

10. Sevchenko I. *Ukraine between East and West : Essays on Cultural History to the Early Eighteenth Century* / I. Sevchenko. — Edmonton-Toronto, 1996. — 341 p.

11. Литвинов О. М. Проблеми державності в сучасному соціокультурному контексті України / О. М. Литвинов // Відродження української державності: проблеми історії та культури : матеріал. Міжнар. наук. конф. — Одеса : Изд-во «Черноморськ», 1996. — Ч. 1. — С. 131–132.

12. Євдокимов В. Світло і тінь «п'ятої влади» / В. Євдокимов // Розбудова держави. — 1997. — № 2. — С. 15–17.

13. Мейсон Д. Українська клептократія / Д. Мейсон // Політична думка. — 1994. — № 4. — С. 29–31.

14. Литвинов О. М. Народження негативпатерналізму: щодо біди, що насувається на нашу країну, або про принципи навчання по-українськи / О. М. Литвинов // Вісник Дніпропетр.

нац. ун-ту : Філософія. Соціологія. Політологія. — 2007. — Вип. 15. — С. 285–292.

15. Вайшвила А. Правовой персоналізм як аксіологічна теорія і як методологія правопонимання в сучасному демократичному суспільстві / А. Вайшвила // Проблеми філософії права : зб. ст. / [под ред. А. Н. Литвинова] ; МВД України, Луганск. гос. ун-т внутр. дел. — Луганск, 2006. — С. 285–305.

16. Пролеєв С. В. Метафізика влади. / С. В. Пролеєв. — К. : Наук. думка, 2005. — 324 с.

17. Розовский Б. Г. Гармонизация законодательства о внешнеэкономической деятельности в контексте международной интеграции Украины (методика исследования НИР) / Б. Г. Розовский, О. А. Ашурков // Экономика и право. — 2005. — № 3. — С. 148–160.

Стаття надійшла до редакції 09.10.2012 р.

УДК 346.2

Д. О. Жоравич,
адвокат,
Харківська обласна
колегія адвокатів

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ОБМЕЖЕНЬ СВОБОДИ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ГРОМАДЯН

У статті розглянуто проблеми правового забезпечення обмежень свободи підприємницької діяльності суб'єктивного характеру на основі аналізу національних і міжнародних правових актів у сфері протидії корупції.

Ключові слова: свобода підприємницької діяльності, обмеження суб'єктивних прав, корпоративні права.

Свобода підприємництва передбачає можливість особи вирішувати, чи займатися підприємницькою діяльністю та вільно її обирати, забезпечення кожному підприємцю можливості без дискримінації визначити вид діяльності, способи її здійснення, часові та територіальні межі втілення власних здібностей. За своєю природою право на підприємницьку діяльність є невідчужуваним і, по суті, передбачає забезпечення кожному рівних можливостей для його реалізації. У той же час «свободу» не слід ототожнювати зі «вседозволеністю».

Гарантуючи свободу підприємництва, держава шляхом правового регулювання визначає межі допустимої свободи, тобто окреслює своєрідний «коридор варіантної поведінки» для підприємця. З метою створення оптимального середовища для всіх учасників ринку держава, в рамках здійснюваної державної економічної політики, за допомогою певних важелів, перелічених у ст. 10 ГК України, формує єдині, рівні для всіх умови здійснення господарської діяльності (у тому числі й підприємницької), які сприяють досягненню необхідного балансу

© Д. О. Жоравич, 2012

приватних і публічних інтересів і зміцненню правового господарського порядку в цій сфері.

Свого часу В. Грибанов зазначав, що як саме суб'єктивне право за своїм змістом, так і та свобода, що гарантується законом з метою реального здійснення права управомоченою особою, не можуть бути безмежними. Будь-яке суб'єктивне право, будучи мірою поведінки управомоченої особи, має певні кордони як за своїм змістом, так і за характером його здійснення. Кордони є невід'ємною властивістю будь-якого суб'єктивного права, адже за відсутності таких кордонів право перетворюється на свою протилежність — свавілля [1, с. 22]. Таким чином, для розуміння сутності обмежень свободи підприємницької діяльності громадян важливо здійснити їх аналіз, що передбачає виділення й дослідження окремих видів таких обмежень як суб'єктивного, так і об'єктивного характеру.

Однак питання обмежень свободи підприємницької діяльності та їх видів, попри свою актуальність, залишаються малодослідженими. Серед вчених, що приділяли увагу питанням обмежень свободи підприємницької діяльності, можна виділити В. В. Добровольську [2, с. 7], К. Ю. Тотьева [3, с. 135, 142], О. В. Бігняк [4, с. 53–56]. Проте предметні дослідження, присвячені окремим видам обмежень свободи підприємницької діяльності громадян, відсутні.

Метою цієї статті є виділення й дослідження обмежень свободи підприємницької діяльності за суб'єктивним критерієм, аналіз діючого та перспективного законодавства, а також вироблення конкретних пропозицій щодо вдосконалення правового забезпечення в досліджуваній сфері відносин.

Згідно з Основним законом України підприємницька діяльність депутатів, посадових осіб органів державної влади й органів місцевого самоврядування обмежується законом (ст. 42). Відповідно до частини четвертої ст. 43 ГК України підприємницька діяльність посадових і службових осіб органів державної влади й органів місцевого самоврядування обмежується законом у випадках, передбачених частиною другою ст. 64 Конституції України. Але відповідно до частини другої ст. 64 Конституції України окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень можуть встановлюватися в умовах воєнного або надзвичайного стану. Тобто, якщо співвіднести частину четверту ст. 43 ГК України та частину другої ст. 64 Конституції України: підприємницька діяльність посадових

і службових осіб органів державної влади й органів місцевого самоврядування обмежується лише в умовах воєнного або надзвичайного стану із зазначенням строку дії цих обмежень. Це, зрозуміло, суперечить положенням діючого законодавства про державних службовців, зокрема Закону України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. № 3723-ХІІ [5, ст. 16], відповідно до якого на державних службовців поширюються обмеження, передбачені Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції», у тому числі обмеження щодо зайняття підприємницькою діяльністю. Також перспективним законодавством, а саме Законом України «Про державну службу» від 17.11.2011 р. № 4050-VI, який набирає чинності 01.01.2013 р., передбачено, що особа, яка вступає на державну службу, зобов'язана до призначення на посаду державної служби вийти зі складу виконавчого органа чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особа здійснює функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі або територіальній громаді, і представляє інтереси держави або територіальній громаді в раді товариства (спостережній раді), ревізійній комісії господарського товариства), припинити іншу оплачувану або підприємницьку діяльність, крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики зі спорту [6, ст. 15].

Слід додати, що багато законів України у сфері правового забезпечення діяльності державних органів містять відсылні норми про поширення дії Закону України «Про державну службу» на посадових осіб відповідних державних органів, наприклад, Закон України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» від 23.06.2005 р. № 2713-IV, Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 07.06.2001 р. № 2493-III, Закон України «Про державну виконавчу службу» від 24.03.1998 р. № 202/98-ВР тощо. Таким чином, на підставі вищенаведеного аналізу частина четверта ст. 43 ГК України потребує нової редакції, а саме: «Підприємницька діяльність посадових і службових осіб органів державної влади й органів місцевого самоврядування обмежується законом».

Закони України, що регламентують особливості певних видів діяльності, насамперед у сфері державного управління та контролю, і визначають правовий статус посадових осіб цих органів, конкретизують конституційні об-

меження щодо здійснення підприємницької діяльності такими особами. Зокрема, Законом України «Про прокуратуру» заборонено сумісництво служби в органах прокуратури з роботою на підприємствах, в установах чи організаціях, а також з будь-яким підприємництвом (за винятком наукової та педагогічної діяльності) (ст. 46); Законом України «Про міліцію» встановлено, що працівники міліції не можуть займатися будь-якими видами підприємницької діяльності (ст. 18); Законом України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей» від 20.12.1991 р. № 2011-ХІІ військовослужбовцям заборонено займатися підприємницькою діяльністю (ст. 8); Законом «Про державну податкову службу в Україні» від 04.12.1990 р. № 509-ХІІ встановлено, що посадові особи органів державної податкової служби не мають права займатися підприємницькою діяльністю, а також працювати за сумісництвом на підприємствах, в установах і організаціях (крім наукової та викладацької діяльності) (ст. 15). При цьому зазначається, що визначений законами України відповідно до положень ст. 17 Конституції України комплекс організаційно-правових і економічних заходів, спрямованих на забезпечення соціального захисту військовослужбовців і працівників правоохоронних органів, зумовлений особливістю професійних обов'язків, пов'язаних із ризиком для життя і здоров'я, певним обмеженням конституційних прав і свобод, у тому числі права заробляти матеріальні блага для забезпечення собі і своїй сім'ї рівня життя, вищого за прожитковий мінімум [7].

Також можна додати, що Законом України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. № 3245-ХІІ нотаріусу забороняється займатися підприємницькою або адвокатською діяльністю, перебувати на державній службі або на службі в органах місцевого самоврядування, перебувати у штаті інших юридичних осіб, входити самостійно, через представників або підставних осіб до складу правління чи інших виконавчих органів господарських організацій, кредитно-фінансових установ, а також виконувати іншу оплачувану роботу, крім викладацької, наукової і творчої діяльності у вільний від роботи час (ст. 5); Декретом Кабінету Міністрів України «Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств» від 31.12.1992 р. № 24-92 керівникам, заступникам керівників державних

підприємств, установ і організацій, їх структурних підрозділів забороняється безпосередньо займатися підприємницькою діяльністю (ст. 5). Подібні норми щодо обмеження осіб займатися іншою оплачуваною, у тому числі підприємницькою діяльністю, містяться і в інших законодавчих актах України.

Загальні положення щодо обмеження свободи підприємницької діяльності містить Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р. № 3206-VI. Так, відповідно до частини 1 ст. 7 цього Закону, якщо інше не передбачено Конституцією або законами України, забороняється займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики зі спорту), а також входити до складу органу управління чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку, за винятком участі в загальних зборах такого підприємства або організації, особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, серед яких: народні депутати України, депутати місцевих рад (які здійснюють свої повноваження у відповідній раді на постійній основі); державні службовці, посадові особи місцевого самоврядування; військові посадові особи Збройних Сил України; професійні судді; особи рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, державної кримінально-виконавчої служби, особи начальницького складу податкової міліції; посадові та службові особи органів прокуратури; Служби безпеки України, митної служби, державної податкової служби; члени Центральної виборчої комісії; посадові та службові особи інших органів державної влади [8, ст. 7]. Чому частина 3 ст. 7 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р. № 3206-VI не поширює вищенаведені обмеження на депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим не зрозуміло.

Для порівняння, раніше згідно з положеннями національного законодавства про боротьбу з корупцією, які діяли до 1 січня 2011 р., державний службовець або інша особа, уповноважена на виконання функцій держави, не мали права займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо чи через посередників або підставних осіб; входити самостійно, через представника або підставних осіб до складу правління чи інших виконавчих органів підприємств, організа-

цій, що здійснюють підприємницьку діяльність (крім випадків, коли державний службовець здійснював функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі, і представляв інтереси держави в органах управління господарського товариства) [9, ст. 5]. При цьому ці обмеження не поширювалися лише на депутатів сільських, селищних, міських, районних у містах, районних, обласних рад, які здійснювали депутатські повноваження, не пориваючи з виробничою чи службовою діяльністю.

Аналізуючи положення діючого та попереднього законодавства, можна дійти невтішного висновку, що сьогодні особам, уповноваженим на виконання функцій держави, створені сприятливі умови для опосередкованого здійснення ними підприємницької та іншої оплачуваної діяльності (через представника або підставних осіб, а також шляхом сприяння іншим особам у здійсненні ними підприємницької діяльності).

Беручи до уваги багатосторонні міжнародні документи щодо запобігання корупції та боротьби з нею, у тому числі Конвенцію про боротьбу з корупцією, яка зачіпає посадових осіб Європейських Співтовариств або посадових осіб держав-членів Європейського Союзу, прийняту Радою Європейського Союзу 26 травня 1997 р., Кримінальну конвенцію про боротьбу з корупцією, прийняту Комітетом міністрів Ради Європи 27 січня 1999 р., Цивільну конвенцію про боротьбу з корупцією, прийняту Комітетом міністрів Ради Європи 4 листопада 1999 р. та Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції, прийняту 31 жовтня 2003 р. [10], слід зазначити, що держави — учасниці цих Конвенцій згідно з основоположними принципами свого внутрішнього права прагнуть запроваджувати заходи й системи, які зобов'язують державних посадових осіб надавати відповідним органам декларації про позаслужбову діяльність, заняття, інвестиції, активи і про суттєві дарунки або прибутки, у зв'язку з якими може виникнути конфлікт інтересів стосовно їхніх функцій як державних посадових осіб. З метою боротьби з корупцією кожна держава заохочує непідкупність, чесність і відповідальність своїх державних посадових осіб згідно з основоположними принципами своєї правової системи, зокрема, прагне застосовувати, у рамках своїх інституціональних і правових систем, кодекси або стандарти поведінки для правильного, добросовісного й належного виконання державних функцій, наприклад, Міжнародний кодекс по-

ведінки державних посадових осіб, який міститься в додатку до Резолюції 51/59 Генеральної Асамблеї від 12 грудня 1996 р. [11].

Відповідно до цього кодексу державні посадові особи не використовують своє офіційне становище для невикорданого здобування особистої користі або особистої та фінансової користі для своїх сімей. Вони у відповідності до займаного службового положення і, як це дозволено або вимагається законом й адміністративними положеннями, виконують вимоги про оголошення або повідомлення інформації про особисті активи і зобов'язання, а також, по можливості, відомостей про активи і зобов'язання чоловіка (дружини) та/або утриманців (ст. 8). Також державні посадові особи не домагаються і не отримують, прямо або опосередковано, будь-яких подарунків або інших знаків уваги, які можуть впливати на виконання ними своїх функцій, здійснення своїх обов'язків і прийняття рішень [11, ст. 9].

Слід зазначити, що встановлені Конституцією та законами України для посадових і службових осіб органів державної влади й органів місцевого самоврядування обмеження щодо їх позаслужбової діяльності є конституційно обґрунтованими, оскільки деякі види діяльності цих осіб за межами їх служби об'єктивно можуть зумовити ситуацію, несумісну з належним виконанням ними службових обов'язків через виникнення конфлікту інтересів, який за абзацом четвертим ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р. визначається як суперечність між особистими інтересами особи та її службовими повноваженнями, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, а також на вчинення чи невчинення дій під час виконання наданих їй службових повноважень. Держава запроваджує правові механізми, які запобігають конфлікту інтересів або забезпечують його врегулювання в разі виникнення. Так, відповідно до Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» особи, уповноважені на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, зобов'язані вживати заходів щодо недопущення будь-якої можливості виникнення конфлікту інтересів і повідомляти невідкладно безпосереднього керівника про наявність такого конфлікту. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають повноваження органів державної влади, органів місцевого самоврядування, порядок надання окремих видів державних послуг і про-

вадження інших видів діяльності, пов'язаних із виконанням функцій держави, місцевого самоврядування, мають передбачати порядок і шляхи врегулювання конфлікту інтересів, а також можуть установлювати спеціальні вимоги щодо поведінки таких осіб [8, ст. 13, 14].

Згідно з Основним Законом України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю; право приватної власності набувається в порядку, визначеному законом; ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності; право приватної власності є непорушним (частини перша, друга, четверта ст. 41). Конституцією України встановлено, що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (частина перша ст. 24); усі суб'єкти права власності рівні перед законом (частина четверта ст. 13). Згідно з частиною третьою ст. 319 ЦК України усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав. За частиною першою ст. 167 ГК України учасники (акціонери) господарського товариства мають корпоративні права, тобто права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом і статутними документами.

Особи, уповноважені на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, як і інші фізичні і юридичні особи, мають право володіти, користуватися та розпоряджатися своєю власністю, у тому числі з метою набуття та реалізації корпоративних прав. У преамбулі Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи про статус публічних державних службовців в Європі від 24 лютого 2000 р. зазначається, що хоч публічні службовці і наділені особливими правами й обов'язками для виконання функцій держави, однак вони є громадянами, а тому за ними слід визнавати ті ж права, що й за іншими громадянами, у тій мірі, в якій це можливо. Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб також допускає здійснення державними посадовими особами діяльності, спрямованої на отримання фінансового прибутку (ст. 5); у той же час державні посадові особи зобов'язані утримуватись від володіння фінансовими, комерційними або

іншими аналогічними інтересами, які є несумісними з їх посадою, функціями, обов'язками або їх виконанням (ст. 4).

Згідно з частиною другою ст. 167 ГК України володіння корпоративними правами не вважається підприємництвом, але законом можуть бути встановлені обмеження для певних осіб щодо володіння ними та/або їх здійснення. Одне з таких обмежень встановлено у пункті 2 частини першої ст. 7 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», за змістом якого особам, зазначеним у пункті 1 частини першої ст. 4 цього закону, забороняється входити до складу органа управління чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку, зокрема бути головою або членом наглядової (спостережної) ради, виконавчого органа, ревізійної комісії, ревізором господарського товариства, а також головою або членом іншого органа товариства, якщо утворення такого органа передбачене статутом товариства. Встановлена заборона не поширюється на володіння та/або реалізацію особами, уповноваженими на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, решти корпоративних прав, не пов'язаних з участю (членством) в управлінні поточною діяльністю господарського товариства.

Відповідно до частини першої ст. 100 ЦК України право участі в товаристві є особистим немайновим правом і не може окремо передаватися іншій особі. З огляду на це особи, уповноважені на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, мають право на придбання акцій (часток, паїв) господарського товариства, брати участь у загальних зборах учасників (акціонерів), отримувати дивіденди, інформацію щодо діяльності товариства, частину його активів у разі ліквідації товариства тощо.

Висновки. З метою вдосконалення правового забезпечення обмежень суб'єктивного характеру щодо здійснення підприємницької діяльності, із врахуванням позицій Конституційного Суду України в рішенні № 6-рп/2012 від 13.03.2012 р. [12] і спираючись на міжнародний досвід боротьби з корупцією, вважаємо за доцільне викласти частину 1 ст. 7 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р. наступним чином: «1. Особам, зазначеним у пункті 1 частини першої ст. 4 цього Закону, забороняється:

1) займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо або через посередників чи підстав-

них осіб, а також іншою оплачуваною діяльністю (крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики зі спорту), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України;

2) входити самостійно або через представника чи підставних осіб до складу органа управління чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку, за винятком участі в загальних зборах такого підприємства, організації (крім випадків, коли особи здійснюють функції управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, представляють інтереси держави чи територіальної громади в органі управління господарського товариства), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України».

Також пропонуємо у частині 3 ст. 7 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р. слова «депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим» виключити.

Слід зазначити, що вищевикладені положення не виключають права державних службовців бути учасниками підприємницьких товариств і отримувати доходи від корпоративних прав. Але на період заняття своїх посад право на управління майном, що належить таким особам у статутному капіталі підприємницьких організацій, з метою уникнення конфлікту інтересів повинно передаватися довірчій особі (управителю) відповідно до законодавства України.

Список використаної літератури

1. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. — М.: Статут, 2000. — 411 с.

2. Добровольська В. В. Правові засади державного регулювання підприємницької діяльності в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» /

В. В. Добровольська; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. — Донецьк, 2007. — 17 с.

3. Тотьев К. Ю. Предпринимательское право: публично-правовой статус предпринимателя / К. Ю. Тотьев. — М.: Профобразование, 2003. — 280 с.

4. Бігняк О. Свобода підприємництва та її обмеження / О. Бігняк // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 5. — С. 53–56.

5. Про державну службу: Закон України від 16.12.1993 р. № 3723-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490.

6. Про державну службу: Закон України від 17.11.2011 р. № 4050-VI (набирає чинності 01.01.2013 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.

7. Рішення Конституційного Суду України від 17 березня 2004 р. № 7-рп/2004 у справі № 1-13/2004 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.

8. Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України від 07.04.2011 р. № 3206-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 40. — Ст. 404.

9. Про боротьбу з корупцією: Закон України від 05.10.1995 р. № 356/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 34. — Ст. 266 (втратив чинність 01.01.2011 р.).

10. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції: Міжнародний документ від 31.10.2003 р.: ратифіковано Законом України від 18.10.2006 р. № 251-V // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 49 (набрання чинності для України 01.01.2010 р.).

11. Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб [Електронний ресурс]: Міжнародний документ від 23.07.96 р. // Система інформаційно-правового забезпечення «Ліга: Закон». — Режим доступу: <http://www.ligazakon.ua>.

12. Рішення Конституційного Суду України від 13 березня 2012 р. № 6-рп/2012 у справі № 1-14/2012 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.

Стаття надійшла до редакції 03.08.2012 р.