

До спеціалізованої вченої ради
Д 11.170.02 в Інституті економіко-правових досліджень
НАН України за адресою:
01032, м. Київ, бульвар Тараса Шевченка, 60.

ВІДГУК
офіційного опонента
Подцерковного Олега Петровича
на дисертаційну роботу Апанасенко Катерини Іванівни на тему
«Дозвільні правовідносини у сфері господарювання: проблеми теорії і
практики», подану на здобуття наукового ступеня доктора
юридичних наук за спеціальністю 12.00.04 – господарське право,
господарсько-процесуальне право

Актуальність теми дослідження Апанасенко Катерини Іванівни обумовлена низкою обставин. Розвиток сучасної господарсько-правової науки відбувається в умовах стрімкого переосмислення багатьох юридичних категорій та інститутів. Увага дослідників прикута переважно до проблем товарно-грошових правовідносин, а суто регулятивний вплив держави залишається здебільшого так би мовити в затінку. Хоча у багатьох випадках саме публічно-правова складова господарських відносин є визначальною для організації бізнесу. Особливо відчувається це питання у сферах, де дозвільно-реєстраційні процедури є не просто формальною, але й фактичною передумовою здійснення господарської діяльності. Питаннями, тісно пов'язаними за дозвільними правовідносинами, фрагментарно переймаються представники наук адміністративного, земельного, природо ресурсного, банківського та фінансового права, але цілісні та ґрунтовні наукові роботи в цій царині можуть бути зроблені лише з погляду господарського права, яке охоплює своїм предметом більшість відповідних сфер. Не випадково Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарювання» вже виходячи із назви орієнтує на господарську основу дозвільних правовідносин.

Такий зв'язок дозвільних процедур з господарським правом не є штучним. Адже сама процедура та умови надання дозволів на здійснення тих чи інших видів діяльності впливають не лише на перспективу започаткування бізнесу у тій чи іншій сфері, але й дозволяють закласти у відповідне правове регулювання та механізм державного управління елементи додержання господарського порядку, які попередять порушення елементів безпеки, сприятимуть пруденційній (розумній) оцінці ризиків здійснення різноманітних видів господарської діяльності, щодо яких є підвищені вимоги суспільства щодо їх ефективності, безпечності, прозорості, продуманості та добросовісності.

Поряд із цим, аналіз сьогодення і перспектив використання державою дозвільних процедур свідчить про те, що притаманні державі підходи, форми, методи і механізми правового регулювання відносин щодо організації

відносин у цій сфері не лише не створюють умови для підвищення ефективності господарської діяльності, але й провокують зловживання, несправедливий розподіл матеріальних благ, монополізацію певних ринків та отримання неправомірних переваг певними особами, тінізації операцій всупереч зарубіжному досвіду та потребам економічного розвитку.

За такої ситуації неабиякої актуальності набувають питання, що стосуються формування сучасної моделі дозвільних правовідносин у сфері господарювання, адаптованої до потреб ринкових відносин, накопиченої практики господарювання, а не лише пристосованої до управлінських потреб державних органів. При цьому вказане осучаснення вимагає переоцінки відповідного практичного досвіду України та специфіки її правової системи, відповідних стандартів і досвіду ЄС та інших іноземних держав; комплексного дослідження та термінового і ефективного вирішення конкретних проблем у цій сфері.

На жаль, ґрунтовні розробки правової проблематики дозвільних правовідносин в Україні майже відсутні, а з позиції господарсько-правового підходу вони досліджувалися у поодиноких роботах, серед яких виділяються хіба що науково-дослідні роботи ІЕПД НАН України та окремі дисертації, зокрема, О.П. Віхрова (організаційно-правові правовідносини), Н.В. Никитченко, В.П. Попелюка (контрольні господарські правовідносини), Дудки І.М. (банківський контроль), І. Зискінда (нагляд за фінансовими установами) та деякі інші. На жаль, питання дозвільного характеру, у тому числі з позиції підприємницької сфери, активно розглядали представники науки адміністративного права (наприклад, Солошкіна І. В.) та навіть цивілістики (щодо прав на об'єкти інтелектуальної власності).

Такий стан утворює в господарсько-правовій науці значну прогалину стосовно вихідних характеристик правовідносин щодо дозвільних процедур та перспектив вдосконалення правових положень у цій сфері, послаблює науково-обґрунтовані підстави проведення реформ, у тому числі щодо дерегуляції, запровадження європейських стандартів взаємин держави та бізнесу за умови сприяння економічному розвитку. Усунення цієї прогалини на рівні докторської дисертації є довгоочікуваною подією.

Дисертаційне дослідження виконано відповідно до планів науково-дослідних робіт Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Макутова Національної академії наук України» за темою «Модернізація господарського законодавства як передумова сталого розвитку України» (ДР № 0117U002308), в якій дисертантка брала участь як співвиконавець, що сприяло обґрунтуванню теоретичних положень і пропозицій по вдосконаленню законодавства.

Наукова новизна, оцінка обґрунтованості наукових положень дисертації та їх достовірності. Новизна наукових положень дисертаційного дослідження К.І. Апанасенко полягає в тому, що це перше, виокремлене багатоаспектне дослідження проблем системного правового регулювання дозвільних відносин у сфері господарювання в Україні.

Авторка по суті представила оригінальну концепцію побудови дозвільних правовідносин у сфері господарювання, яка ґрунтується на сучасному реальному погляді на господарську діяльність та господарські відносини як економіко-правової дійсності із усіма проблемами управлінського, глобалізаційного, внутрішньополітичного, корупційного та іншого змісту в умовах одночасного реформування багатьох сфер суспільного життя. Представлення дозвільних процедур як об'єкту господарсько-правового регулювання чітко доводить об'єктивну потребу не лише у комплексному та системному врегулюванні й дослідженні господарських відносин у цій сфері, але й галузеву своєрідність та цінність господарського права для такого регулювання (досліджень).

Авторка вивела на новий методологічний рівень дискусію щодо правового змісту не лише дозвільних, але й організаційно-господарських відносин, поставила та вирішила низку нових доктринальних питань, без яких сучасна концепція господарського права була б збіднілою та позбавленою методологічних засад. Робота має безпосередній вихід на економічні проблеми з погляду встановлення зв'язку між економічними та юридичними категоріями, державним регулюванням економіки та сукупністю договірних відносин, у тому числі щодо цінності дозвільних документів як об'єкту господарських прав, потребами стимулювання господарської діяльності, вирішує реальну суперечність між досягнутим рівнем правового забезпечення сфери функціонування державних органів управління та потребами економічного розвитку України.

Робота має вагомі висновки, що мають наукову новизну.

Найбільш значимим, як видається, є висновок роботи щодо поняття дозвільних правовідносин у сфері господарювання як регулятивних, активних, складних організаційно-господарських правовідносин, що виникають у процесі управління господарською діяльністю в різних галузях господарювання між зацікавленими суб'єктами господарювання і дозвільними органами (в окремих випадках – з множинністю осіб на стороні дозвільного органу) з приводу забезпечення законного інтересу суб'єкта господарювання в набутті та реалізації права на провадження певних господарських операцій/ дій зі здійснення видів господарської діяльності в цілях забезпечення економічної ефективності, підтримання правового господарського порядку (с. 52, 215 тощо).

По суті фундаментальним здобутком дисертаційної роботи є переведення розуміння дозвільних процедур та дозвільної діяльності органів державної влади та управління на рівень правовідносин дозвільного характеру. Саме таке розуміння представляє дозвільну систему у контексті складової господарської діяльності, коли неефективність відповідних процедур впливає на господарські відносини загалом, а управлінські повноваження існують не у відриві, а у постійній взаємодії прав та обов'язків учасників дозвільних процедур.

Робота К.І. Апанасенко у цьому ключі чітко довела зиск від господарсько-правових досліджень у сфері публічно-господарських відносин, неможливість розмежування їх на економічну та управлінську складові. Тому що одна без одної ці складові заперечують одна одну, провокують економічну анархію або зарегульованість підприємницьких відносин, перешкоджають інвестиціям, що нерідко спостерігається в Україні.

Не можна не відмітити висновок наукової новизни про відмінності дозвільних правовідносин у сфері господарювання від інших правовідносин, у регулюванні яких використовується правовий засіб дозволу, зокрема, від правовідносин з дозвільним компонентом (правовідносин щодо управління об'єктами публічної власності, деяких господарських договірних правовідносин) та правовідносин дозвільного характеру за участю Антимонопольного комітету України (с. 88, 149).

Важливу господарсько-правову перспективу мають обґрунтування роботи про критерії, що допомагають визначити коло потенційно оборотоздатних прав за дозвільними документами, зокрема, встановлено, що оборотоздатними можуть бути лише об'єктоздатні права на здійснення окремих господарських операцій, економічно привабливі для кількох суб'єктів господарювання; права за дозвільними документами, тісно пов'язані з приватним майном або особою власника прав, характеристиками оборотоздатності зазвичай не володіють (с. 118-120).

Такі висновки виводять господарсько-дозвільні відносини на новий рівень сприяння ринковим механізмам заохочення підприємницької активності та збагачують механізм реалізації прав суб'єктів господарювання на сучасній методологічній основі.

Робота ґрунтується на численних практично орієнтованих висновках, що можуть бути використані суб'єктами правозастосування при оцінці тих чи інших обставин у сфері дозвільних правовідносин. Наприклад, можна відмітити аргументацію про те, що дозвільні правовідносини у зовнішньоекономічній сфері та державній митній справі складаються у випадку, коли видача й анулювання дозволу виступає засобом державного регулювання господарської діяльності; такими є правовідносини з поміщення та перебування товарів у митному режимі переробки на митній території України (за її межами) та правовідносини з ліцензування зовнішньоекономічної діяльності за правилами неавтоматичного ліцензування, включно з ліцензуванням імпорту в Україну цукру-сирцю з тростини в межах тарифної квоти; аналогічною є правова природа правовідносин між суб'єктами державного експортного контролю щодо отримання дозволів і висновків у цій сфері (с. 284-286, с. 373 тощо).

Важливе методологічне значення має розмежування ліцензійних і дозвільних правовідносин, зокрема, виділення нових критеріїв розмежування: об'єкт правовідносин; обсяг господарської компетенції, що набувається в ліцензійних і дозвільних правовідносинах; неможливість наділення ліцензіата правом використання об'єктів публічної власності;

певна привілейованість прав за дозвільним документом, на відміну від прав ліцензіата за ліцензією. До речі, дослідження історичних аспектів дозвільних процедур у контексті певних монарших привілеїв (с. 46-52 тощо) є вельми перспективними в контексті навчальних цілей.

Через висновки роботи авторка зробила й низку цікавих внесків загалом в науку господарського права, зокрема у розуміння об'єкта господарських правовідносин через категорію інтересу, а саме: поняття групового об'єкта дозвільних правовідносин у сфері господарювання обґрунтовується через законний інтерес господарюючого суб'єкта у набутті й належній реалізації певних господарських прав (с. 156-159 тощо).

К.І. Апанасенко зробила важливий акцент на розвитку ціннісної концепції права власності, зокрема, доведенні потенційної можливості визнання прав за дозвільними документами об'єктами права власності (с. 112-116 тощо)). Цей сміливий висновок здатен за умови його практичної реалізації не лише покращити стан охорони права суб'єктів господарювання, в тому числі від неправомірних вилучень правоохоронних органів, але й запровадити сучасну модель «продажу бізнесу» у процедурах банкрутства та загалом інвестиційних відносинах. Розвиток законодавства у сфері дозвільних процедур в такий спосіб здатен, я упевнений, нелінійним чином вирішити проблему пріоритету інтересів підприємців у державному регулюванні господарської діяльності у контексті дозвільних процедур. Адже режим захисту власності традиційно є більш розвинутим, ніж режим вимог до органів державної влади щодо виконання покладених на них функцій та запобігання порушення прав підприємців.

Крім іншого, ці висновки також потужно підводять основу під обґрунтування авторкою господарсько-процесуального характеру відносин, пов'язаних із оскарженням відмов у видачі дозвільних документів та інших правопорушень з боку органів влади у дозвільних правовідносинах.

Робота робить чималий внесок у теорії організаційно-господарських правовідносин, розпочатих колись О.П. Віхровим, І.М. Кравець та іншими господарниками. Тут потрібно звернути увагу, наприклад, на висновок щодо організаційно-господарського характеру повноважень Національного банку України з реалізації заходів державного регулювання діяльності банків шляхом доведення організаційно-господарського характеру правовідносин, які складаються між банками та НБУ з приводу видачі дозвільних документів

Робота наповнена цікавими класифікаціями, що здатні сформулювати системну суспільно-правову думку про структуру дозвільних правовідносин. Зокрема, показовою є класифікація дозвільних правовідносин у сфері господарювання за такими критеріями: особливостями юридичного складу, що є підставою виникнення дозвільних правовідносин; предметом; змістом суб'єктивного права, яке надає дозвільний орган; спрямованістю на забезпечення прав і законних інтересів різних категорій суб'єктів, а також на легалізацію чи легітимацію господарської діяльності/ операцій, на здійснення зовнішньоекономічної діяльності або господарських операцій в Україні;

тривалістю; суб'єктивним складом; особливостями нормативно-правового регулювання; галузями господарювання, в яких виникають дозвільні правовідносини; використанням власних ресурсів або об'єктів публічної власності при здійсненні господарських операцій/ діяльності за дозволами (с. 94-96 тощо).

У роботі матеріально-правові висновки тісно поєднуються із процесуальними, зокрема виявлено характерні для господарських правовідносин ознаки у дозвільних правовідносинах у сфері господарювання, що дозволило кваліфікувати судові спори, які виникають між їх учасниками, як спори господарської юрисдикції. (с. 265, 372 тощо). На фоні дискусії щодо розширення юрисдикції господарських судів, що сьогодні дозволила б комплексно вирішувати господарсько-правові спори, не відриваючи правовідносини щодо організації господарської діяльності від правовідносин щодо їх здійснення, ці висновки є вельми корисними та вчасними.

Робота має й інші цікаві висновки та пропозиції.

Фактично наука господарського права отримала цілісну концепцію дозвільних правовідносин в аспекті поєднання управлінської та економічної спрямованості відповідного правового регулювання.

Причому зроблено це із використанням широкої бази рішень судів України, а також рішень ЄСПЛ (с. 266-275 тощо), що перетворило роботу у багатьох випадках у готовий посібник для учасників спорів у сфері дозвільних процедур. Показовим у цьому контексті є обговорення авторкою проблем застосування судами принципу мовчазної згоди, які вона сміливо вирішує на користь інтерпретації пріоритету захисту прав підприємців перед інтересами захисту повноважень органів держави (с. 252-260 тощо).

Не можна не відмітити й антикорупційні висновки роботи, коли К.І.Апанасенко на багатьох сторінках роботи відстоює підходи щодо закладення в процедури дозвільної системи чинників, що усунуть корупціогенні чинники. Наприклад, на с. 350 зроблено цікаві висновки щодо вдосконалення сервісних функцій державних органів із обґрунтуванням того, що «корупційні проблеми мають вирішуватися не за рахунок безконтрольності у будівельній сфері й перерозподілу повноважень між профільними органами, а через ефективну діяльність правоохоронних органів та в інші способи».

Практична значимість результатів дослідження визначається пропозиціями щодо вдосконалення господарського законодавства. Підготовлені дисертанткою пропозиції можуть бути використані суб'єктами законодавчої ініціативи, органами виконавчої влади, вченими та викладачами вищих навчальних закладів.

ЗАУВАЖЕННЯ ДО ДИСЕРТАЦІЇ

Не дивлячись на істотні здобутки роботи, дисертація К.І. Апанасенко має вразливі місця, щодо яких необхідно зробити певні зауваження.

1. Загальним теоретичним зауваженням до роботи можна вважати певне зміщення акцентів у визначенні змісту державної економічної політики при опосередкуванні дозвільних відносин у бік формально-зовнішнього аспекту – видачі й анулювання дозвільних документів, коли основна змістовна мета відповідного державного регулювання – обмеження свободи доступу до певного виду господарської діяльності залишається – у затінку.

Зокрема, авторкою засобом державного регулювання вважається саме видача й анулювання (скасування, зупинення та продовження строку дії) дозвільних документів (с. 19, 25, 29 роботи тощо). Видача й анулювання таких документів виведено на рівень мети «формування й підтримання правового господарського порядку, забезпечення досягнення цілей державної економічної, екологічної політики та політики в соціально-економічній сфері, соціальної спрямованості економіки України» (с. 35, 366 тощо).

Можна зрозуміти намагання авторки в практичній площині, з прикладною метою визначити критерії та межі дозвільних процедур, здійснити юридичну кваліфікацію повноважень державних органів в дозвільній системі. А тому формальним відображенням дозвільних правовідносин, їх логічним підсумком стає видача чи анулювання дозвільних документів.

Але цей підхід, по-перше спрощує інші висновки авторки, де вона цілком аргументовано визначає природу дозволу, цілі державної економічної політики, природу легалізації (легітимації) господарської діяльності тощо. Виникає й пряма суперечність, наприклад, із дозвільними процедурами за мовчазною згодою, де дозвіл не супроводжується дозвільними документами як такими, що представлено авторкою у ґрунтовному поясненні природи такої мовчазної згоди й проблем практичної її реалізації. Це дозволило авторці говорити про властивості дозвільних правовідносин, зокрема засади довіри до підприємця, «охарактеризувати дозвільні правовідносини як партнерські правовідносини» (с. 75 роботи).

По-друге, виведення на перший план дозвільних документів несе ризик надмірної формалізації дозвільних процедур у сфері господарювання.

Самі по собі дозвільні документи мають значення лише тоді, коли їх видача обумовлена потребами втручання в економічні свободи, супроводжується чітко продуманим причинно-наслідковим зв'язком між методами та метою державного регулювання, коли дозвільні документи не стають «правовим фетишем», а виступають результативним чинником ефективної державної економічної політики. Простою мовою, якщо економіка потребує позбутися бар'єрів на шляху певного виду діяльності, то стають проблемою не стільки дозвільні документи як такі, скільки процедури, що ускладнюють доступ до ринку. І навпаки, сама по собі наявність дозвільних документів, що видаються суто за формальними ознаками, є способом тінізації та корупцізації економічних відносин, не є засобом державного регулювання, а є інструментом бюрократичного апарату, далекого від реальних потреб держави.

2. Авторка подекуди перебільшує значення комерціалізації відносин у сфері дозвільних процедур.

Наприклад, відстоюється позиція про те, що видача дозвільних документів у сфері спеціального природокористування (надрокористування зокрема) без проведення конкурсних процедур не повинна здійснюватися. Такі ідеї висловлено «з огляду на необхідність забезпечення засад справедливості в користуванні власністю Українського народу, коли би доступ до надрокористування та іншого спеціального природокористування мали не обмежене, а широке коло кваліфікованих суб'єктів господарювання, зокрема, тих, які раніше в часі, порівняно з іншими, звернуться до дозвільних органів за отриманням дозволу» (с. 222- 223).

Разом із тим, по-перше, як показує український досвід самі конкурсні процедури організувати справедливо подекуди дуже важко чи взагалі неможливо, а по-друге, такий підхід певним чином спрощує проблему на шкоду інтересам тих господарюючих суб'єктів, які не здійснюють комерційну діяльність. Серед таких суб'єктів навчальні та наукові заклади, підприємства оборонного комплексу та зв'язку, природних монополій тощо.

Тут питання ефективності використання має йти на першому плані перед інтересами забезпечення конкуренції. Адже природні ресурси не є звичайним товаром. Що ж до антикорупційної політики, то питання конкурсів у природокористуванні навряд чи вирішать ці питання, адже боротьба з корупцією, як засвідчує національний досвід повинна бути винесена на рівень боротьби із правопорушеннями, а не звуження заходів державної економічної політики. Інакше неможливо здійснювати ефективну управлінську діяльність, коли «обіцянки конкурсантів», тендерні «золоті пропозиції», пропозиції продукції «що не має аналогів» руйнує прогнозованість та стабільність у економічній сфері, грає у кінцевому результаті проти конкуренції та економічного розвитку.

3. Певна теоретико-правова проблема закладено авторкою у розуміння співвідношення матеріально-правових й процесуально-правових аспектів дозвільних правовідносин. Зокрема, процесуально-правовий аспект цих відносин вона вбачає у тому, що «реалізація змістовної складової правовідносин відбувається в рамках достатньо чітко регламентованого порядку, протягом певних періодів часу. Це знаходить свій прояв у процедурній формі взаємодії учасників (визначені законодавством форми й переліки документів, які використовують учасники, спосіб звернення за отриманням дозвільного документа та форма відповідного спілкування між учасниками), у триваючому характері правовідносин, регламентації часових рамок виконання окремих обов'язків або реалізації окремих прав учасників (видати дозвільний документ, звернутися до суду з позовом про припинення права на будівельні / підготовчі роботи, оскаржити бездіяльність дозвільного органу щодо не видачі дозвільного документа тощо)» (с. 354).

По суті К.І. Апанасенко у цьому контексті ототожнює процесуальні правовідносини із процедурними відносинами. Із такою підходом важко погодитися саме з практичного погляду.

Дійсно, в загальнотеоретичному розумінні процес іноді сприймається навіть ширше за поняття процедури. Але таке розуміння ігнорує особливість юрисдикційної діяльності та особливість процесуальних норм, якими керуються юрисдикційні органи, у порівнянні з матеріально-правовими нормами, якими керуються усі інші суб'єкти, у тому числі з погляду додержання різноманітних процедур. Фактично, якщо підійти до поняття процесуальної діяльності занадто широко, то може зникнути межа між матеріальною та процесуальною нормою. Наприклад, укладання договору є процедурою, але не є процесуальним порядком, адже здійснюється поза юрисдикційного контролю суду, поки не виникло охоронювальне правовідношення, в якому задіяний суд чи арбітраж. Не будь-яке правозастосування є процесуальною діяльністю у вузькому сенсі слова. Процесуальним нормам притаманні своєрідні принципи, джерела, заходи відповідальності тощо. У дозвільних процедурах навряд чи можна знайти процесуальні норми у такому юрисдикційному значенні.

4. Робота містить окремі вразливі місця щодо термінології та опрацьованості деяких положень.

Наприклад, застосовується термінологія «законодавство про дозвільні відносини» (с. 3, 7, 46 тощо). Дозвільні відносини є занадто теоретизованою категорією, аби бути предметом законодавчого регулювання. Точніше говорити про дозвільні процедури. Законодавство це не опис певної сфери. Законодавство – це сукупність законодавчих норм, спрямованих на врегулювання певних відносин. Межа між тим, чого стосується закон, та тим, що врегульовано законом, досить велика. Маємо орієнтуватися на останнє саме тому, що закону потрібно надавати спрямованість не регулювання загалом відносин, а встановлення найбільш важливих публічно-правових регуляторів, якщо йдеться про сферу господарювання. Не випадково, в ст. 42 Конституції йдеться про свободу підприємницької діяльності, не забороненої законом, а не про свободу підприємницької діяльності, встановленої у законі.

При формулюванні новизни роботи подекуди застосовуються формулювання, які при буквальному їх прочитанні унеможливають розуміння висновків автора. Наприклад, в дисертації наголошено на «розмежуванні дозвільних відносин і екологічних відносин за критерієм характеру й мети впливу на предмет цих відносин» (с. 373 дисертації, с. 7 автореферату). Хоча, очевидно, що авторка не могла розмежувати відносини за характером та метою впливу на ці відносини, адже державно-правовий вплив має вторинний характер, є надбудовою суспільних відносин. Суспільні відносини вимагають різного державно-правового впливу, а не навпаки.

На с. 251 роботи авторка пише про судову правотворчість Верховного Суду. Насправді, конституційні повноваження Верховного Суду та інших судів України не передбачають створення нових норм права, а тому не

