

Адміністративне ПРАВО і ПРОЦЕС

ISSN 2227-796X



НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ ЖУРНАЛ

№ 3 (22)/2018

Журнал «Адміністративне право і процес» містить результати сучасних наукових досліджень у галузі адміністративного та адміністративного процесуального права України й зарубіжних країн. Дописувачами журналу є провідні українські та європейські вчені, молоді науковці, юристи-практики. Запропонована структура журналу відтворює систему адміністративного права, адміністративного процесуального права, яка відповідає сучасному європейському вченню про сутність і внутрішню побудову цих галузей права.

Для науковців, представників органів державної влади та місцевого самоврядування, юристів-практиків, а також студентів юридичних факультетів та вищих навчальних закладів юридичного спрямування.

**Видається чотири рази на рік
Засновано 2012 року**

*Визнано Міністерством освіти і науки
України науковим фаховим виданням
Наказ про включення до Переліку
наукових фахових видань України
№ 1609 від 21.11.2013*

*Журнал внесений до Index Copernicus
International, CiteFactor, Research Bible*



Адреса редакційної колегії:

*вул. Володимирська, 60,
м. Київ, 01601, Київ, Україна
Телефон: +38 (099) 608 73 25
E-mail: aprlaw@uni.kiev.ua*

Затверджено:

*Вченою радою юридичного факультету
19.11.18 (протокол № 5)*

Зареєстровано:

*Державною реєстраційною
службою України.*

*Свідоцтво про державну
реєстрацію – КВ № 18863–7663 Р
від 28.04.12*

Засновник:

*Київський національний університет
імені Тараса Шевченка.*

Редакційна рада

Гриценко І. С.	доктор юридичних наук, професор (головний редактор журналу)
Мельник Р. С.	доктор юридичних наук, професор (заступник головного редактора)
Берлач А. І.	доктор юридичних наук, професор
Вашенко Ю. В.	доктор юридичних наук, професор
Діхтієвський П. В.	доктор юридичних наук, професор
Губерська Н. Л.	доктор юридичних наук, доцент
Заярний О. А.	доктор юридичних наук, доцент
Комзюк А. Т.	доктор юридичних наук, професор
Кормич Б. А.	доктор юридичних наук, професор
Кузніченко С. О.	доктор юридичних наук, професор
Лукач І. В.	доктор юридичних наук, професор
Мацелюх І. А.	кандидат юридичних наук, доцент
Отрадна О. О.	доктор юридичних наук
Петров Є. В.	доктор юридичних наук, професор
Посдинок В. В.	доктор юридичних наук, професор
Проневіч О. С.	доктор юридичних наук, професор
Гревцова Р. Ю.	кандидат юридичних наук, доцент
Гетманцев Д. О.	доктор юридичних наук, професор
Джанфранко Тамбуреллі	науковий працівник в галузі міжна- родного права (Рим, Італія)
Наталія Чабан	професор (Нова Зеландія)
Томас Манн	доктор права, професор, (Німеччина)
Лана Офак	доцент (Хорватія)
Агне Тваронавічюс	доктор (Литва)
Тома Бімонтієн	доктор, професор (Литва)
Костас Параскева	кандидат юридичних наук, доцент (Кіпр)
Егле Білевичюте	доктор, професор (Литва)

ЗМІСТ / СОДЕРЖАНИЕ / CONTENTS

ЗАГАЛЬНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

АДМІНІСТРАТИВНА ПРОЦЕДУРА (ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ)

Оврамець Ю. О.

Адміністративно-правові процедури публічних закупівель в Україні 4

ОСОБЛИВЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Kazantseva Alona

The role of regulatory authorities in the promotion
of competition in the public utilities sector 18

Резнікова В. В., Кравець І. М.

Поняття бізнесу, його економіко-правова природа
та співвідношення із суміжними категоріями 30

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Левченко А. О.

Деякі особливості адміністративно-правового статусу суб'єктів захисту дітей
від впливу шкідливої інформації рекламного змісту 54

ПРАВО ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА

Kravchenko M. H.

Waste as a type of public property 67

ЗАРУБІЖНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

von Dr. Peter Chvosta

Der zugang zum (verwaltungs-) gericht zu den beschwerdevoraussetzungen
im Isterreichischen Verwaltungsprozess 79

Vashchenko Yuliya

Legal challenges of the decisions of energy regulatory authorities
in certain EU member states 90

НАУКОВИЙ АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Голобородько Д. В.

Проблемні питання судового розгляду справ за вчинення дрібного хуліганства
(за результатами наукового аналізу постанови Фрунзенського районного суду
м. Харкова від 21 серпня 2018 р. (справа № 645/4761/18)) 102

Мальований П. С.

Особливості притягнення до адміністративної
відповідальності за податкові правопорушення 110

Dr. Lars Brocker

Amtsangemessenheit der Besoldung von Richtern und Beamten:
prüfungsstufen und parameter für die berechnung und Verfassungsrechtliche beurteilung 120

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ПРОЦЕДУРИ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ

Мета. У статті досліджуються вітчизняні та іноземні доктринальні підходи щодо сутності процедур публічних закупівель. З огляду на новизну законодавства про публічні закупівлі в правовій доктрині України дотепер не було проведено загальнонауково-теоретичне дослідження із цієї теми. Здійснення аналізу адміністративно-правових процедур публічних закупівель має забезпечити систематизацію знань із різних джерел для формування єдиного розуміння змісту й призначення окреслених процедур, покращення їх нормативного регулювання та практики застосування.

Методи. Актуальність дослідження зумовлюється необхідністю виробити базу знань про адміністративні процедури публічних закупівель, використовувати ці знання під час їх практичного втілення та вдосконалювати існуючу систему публічних закупівель. Метою розвідки є наведення й обґрунтування авторського бачення сутності та системи адміністративно-правових процедур публічних закупівель в Україні.

Результати. У результаті проведеного дослідження доведено, що процедури закупівель відрізняються від адміністративно-правових процедур публічних закупівель своєю спрямованістю. По-перше, процедури закупівель спрямовані на забезпечення взаємовигідного обміну: замовник отримує товари, послуги, роботи за найбільш вигідною для держави ціною, а постачальник отримує державні кошти. Адміністративно-правові процедури у сфері публічних закупівель спрямовані на забезпечення належного функціонування системи публічних закупівель, належного проведення процедур закупівель у повній відповідності до вимог законодавства України. По-друге, їх результатом не є видання нормативно-правового чи індивідуально-правового акта або укладення адміністративного договору, а також вони не спрямовані на вирішення конкретної адміністративної справи.

Висновки. Запропоновано виділяти такі адміністративно-правові процедури публічних закупівель: 1) процедуру авторизації електронних торговельних майданчиків у сфері публічних закупівель; 2) процедуру оскарження публічних закупівель; 3) процедуру перевірки публічних закупівель.

Адміністративно-правова процедура авторизації електронного майданчика полягає у вчиненні певними суб'єктами оперативних, організаційних і правових дій, спрямованих на отримання позитивного рішення про авторизацію оператора електронного майданчика в системі електронних закупівель «PROZORRO». Зазначена процедура має декілька стадій: а) стадію підготовки, що завершується направленням заявки від оператора електронного майданчика до уповноваженого органу; б) стадію тестування, що завершується підготовкою та направленням до уповноваженого органу висновку адміністратора електронної системи «PROZORRO»; в) стадію розгляду та прийняття рішення, що завершується прийняттям наказу уповноваженим органом про авторизацію електронного майданчика; г) стадію авторизації, що завершується переданням продуктивного ключа оператору електронного майданчика.

Ключові слова: публічні закупівлі, адміністративно-правові процедури, адміністративні процедури, авторизація, торговельні майданчики, Антимонопольний комітет України.



Оврамець Юлія Олександрівна,
аспірант Національного
університету біоресурсів
і природокористування
України
KorenetsUA@i.ua

1. Вступ

Діяльність органів державної влади та інших публічних суб'єктів щодо здійснення публічних закупівель є складним процесом, який вимагає чіткого алгоритму дій від суб'єктів цих правовідносин. З метою реалізації принципу раціонального використання публічних коштів Україною взято на себе зобов'язання, передбачені ст. ст. 148–156 Глави 8 «Державні закупівлі» розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди про асоціацію з Європейським Союзом, які передбачають наближення законодавства України у сфері державних закупівель до стандартів Європейського Союзу та створення прозорої системи на основі принципів, якими регулюються публічні закупівлі в країнах Європейського Співтовариства. Відповідно до ст. 153 Угоди про асоціацію з Європейським Союзом Україна зобов'язана впродовж 8 років привести законодавство у сфері державних закупівель у відповідність до права Європейського Союзу згідно з етапами, визначеними в Додатку XXI до Угоди про асоціацію з Європейським Союзом.

Прийняття Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 р. № 922-VII (далі – ЗУ «Про публічні закупівлі») значно вплинуло на врегулювання цієї сфери, однак при цьому так і не було встановлено чіткий порядок забезпечення всіх сфер процесу закупівлі. Адміністративно-правові процедури публічних закупівель здійснюються з метою забезпечення належного функціонування системи публічних закупівель, тому їх нормативна регламентація, правова якість і доступність безпосередньо впливають на якість та своєчасність забезпечення публічних потреб.

З огляду на новизну законодавства про публічні закупівлі в правовій доктрині України досі не було здійснено загальне науково-теоретичне дослідження із цієї теми. Здійснення аналізу адміністративно-правових процедур публічних закупівель має забезпечити систематизацію знань із різних джерел для формування єдиного розуміння змісту й призначення окреслених процедур, покращення їх нормативного регулювання та практики застосування. Фактично актуальність дослідження зумовлюється необхідністю виробити базу знань про адміністративні процедури публічних закупівель, використовувати ці знання під час їх практичного втілення та вдосконалити існуючу систему публічних закупівель.

Вивчення адміністративно-правових процедур публічних закупівель дасть змогу встановити особливості їх реалізації суб'єктами публічної адміністрації. Важливим аспектом актуальності наукового пошуку є формування системного бачення безпеки адміністративно-правових процедур, а також захисту їх від посягання на послідовність і законність із боку зацікавлених осіб. Правильність проведення адміністративно-правових процедур публічних закупівель, з одного боку, є гарантією реалізації прав, свобод та інтересів громадян, а з іншого – гарантією захисту публічних інтересів держави.

Метою статті є наведення та обґрунтування авторського бачення сутності й системи адміністративно-правових процедур публічних закупівель в Україні.

2. Доктринальні підходи щодо розуміння адміністративно-правових процедур публічних закупівель в Україні

Поняття адміністративно-правових процедур публічних закупівель не має законодавчого закріплення. Натомість ЗУ «Про публічні закупівлі» містить поняття «процедура закупівлі», з огляду на що є необхідність більш детального аналізу співвідношення вказаного терміна та поняття адміністративно-правової процедури публічних закупівель. У ст. 12 ЗУ «Про публічні закупівлі» наведено такий перелік процедур закупівель: 1) відкриті торги; 2) конкурентний діалог; 3) переговорна процедура закупівлі.

На рівні доктрини окремі фахівці досліджуваної сфери схильні виокремлювати такі процедури публічних закупівель в Україні: 1) відкриті торги (без публікації англійською мовою); 2) відкриті торги (з публікацією англійською мовою); 3) переговорна процедура; 4) переговорна процедура за нагальною потребою; 5) переговорна процедура для потреб оборони; 6) конкурентний діалог; 7) допорогова процедура (конкурентна); 8) процедура звітування про укладений договір (Звіт USAID та UKAID, 2017).

На думку Н.П. Селіванової, процедури закупівель належать до адміністративно-правових процедур публічних закупівель (Селіванова, 2017), із чим ми не можемо погодитися. Так, публічна закупівля, відповідно до положень ЗУ «Про публічні закупівлі», є придбанням замовником товарів, робіт і послуг у порядку, встановленому цим законом. Тому процедури закупівлі – це процедури, безпосереднім результатом яких має бути укладення договорів про придбання замовником товарів, робіт і послуг. Замовники – це особливі суб'єкти сфери публічних закупівель (органи державної влади, органи місцевого самоврядування та органи соціального страхування, а також у конкретно визначених законом випадках юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі).

Більшість із зазначених суб'єктів є класичними суб'єктами адміністративно-правових відносин, тобто виступають як органи управління або органи надання адміністративних послуг, тобто як суб'єкти публічної адміністрації. Водночас під час проведення публічних закупівель для забезпечення своїх потреб зазначені суб'єкти не реалізують владно-управлінські функції. Практика адміністративного судочинства встановлює, що виконання адміністративних функцій – це діяльність

усіх суб'єктів владних повноважень із виконання покладених на них Конституцією чи законами України завдань (Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України, 2013). Відтак розпорядження публічними коштами хоч і є різновидом організаційно-господарської діяльності, однак не повною мірою може розглядатися як певне завдання, для якого суб'єкт владних повноважень спеціально створюється. Водночас необхідно зазначити широке використання процедур закупівель суб'єктами, які взагалі не є суб'єктами владних повноважень (комунальні та державні підприємства, публічні акціонерні товариства зі значною державною участю тощо).

Договір, що укладається після завершення процедури закупівлі (договір про закупівлю), відповідно до положень ч. 1 ст. 36 ЗУ «Про публічні закупівлі» укладається відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених цим законом (ст. ст. 36, 37 ЗУ «Про публічні закупівлі»). Зазначений договір завжди передбачає, що договір про закупівлю не спрямований на розмежування компетенції органів управління та не стосується реалізації владної управлінської функції замовником. Договір про закупівлю є типовим господарським договором, хоча й опосередковує використання державних коштів. Визначення умов договору, окрім тих, що зазначені в тендерній пропозиції, здійснюється в диспозитивному порядку; допускається встановлення умов про припинення в односторонньому порядку, умов про форс-мажор тощо. Із зазначеного постає, що договір про закупівлю за державні кошти не є адміністративним договором. Відсутність одного з притаманних адміністративно-правовим процедурам результату – укладення адміністративного договору – є підставою вважати, що процедури закупівлі не є адміністративно-правовими процедурами публічних закупівель.

3. Адміністративно-правова процедура авторизації електронних торговельних майданчиків у сфері публічних закупівель

Сфера публічних закупівель є однією зі сфер взаємодії держави та приватних суб'єктів. Зазначена взаємодія проводиться через електронну систему «PROZORRO». Ця система є ядром, навколо якого групуються інші, так звані «стейкхолдери», тобто суб'єкти, що можуть впливати на успішність цієї системи. Українська електронна система закупівель складається з веб-порталу уповноваженого органу (Державне підприємство «Прозорро») та акредитованих електронних торговельних майданчиків (Звіт USAID та UKAID, 2017). Зазначені електронні торговельні майданчики є ключовими партнерами електронної системи «PROZORRO». Саме через ці структури державні замовники оголошують тендери, а постачальники змагаються за перемогу в закупівлях на повністю прозорих умовах.

З метою приєднання до електронної системи «PROZORRO» електронні майданчики потребують авторизації. У зв'язку із цим відповідно до вимог Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків» від 24 лютого 2016 р. № 166 вони проходять авторизаційну процедуру, яка нами розглядається як вид реєстраційної процедури (Постанова Кабінету Міністрів України № 166, 2016).

Відповідно до теорії адміністративного права адміністративна процедура державної реєстрації – це регламентована адміністративно-правовими нормами діяльність уповноважених органів публічної адміністрації щодо розв’язання індивідуальних адміністративних справ про засвідчення (підтвердження, офіційне визнання) певних юридичних фактів шляхом вчинення процесуальних дій, внесення записів до державних реєстрів та видачі підтверджувальних документів (Качура, 2014). В.К. Колпаков зазначає, що роль реєстраційної процедури полягає переважно в підтвердженні юридичних фактів (Колпаков, 1999).

Оператор електронного майданчика з метою отримання права бути авторизованим в електронній системі «PROZORRO» подає за підписом свого керівника до Міністерства економічного розвитку і торгівлі України як уповноваженого органу у сфері публічних закупівель заявку на авторизацію. Відповідна заявка надсилається на його поштову адресу, реєструється та оприлюднюється на веб-порталі (за електронною адресою: <https://prozorro.gov.ua/for-places>). Копія відповідної заявки з додатками надсилається Міністерством економічного розвитку і торгівлі України адміністратору електронної системи – Державному підприємству «Прозорро».

Згідно з вимогами п. 17 Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2016 р. № 166, рішення щодо авторизації (попередньої авторизації) електронного майданчика приймається Міністерством економічного розвитку і торгівлі України на підставі рішення комісії впродовж 20 робочих днів із моменту отримання від адміністратора позитивного висновку результатів тестування. Тобто засідання комісії має бути проведене впродовж 20 днів із дня отримання висновку Державного підприємства «Прозорро».

4. Адміністративно-правова процедура перевірки публічних закупівель

Відповідно до вимог ч. 3 ст. 7 ЗУ «Про публічні закупівлі» центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, здійснює контроль у сфері публічних закупівель у межах повноважень, визначених Конституцією України, вказаним законом та іншими законами України. Загальні засади проведення державного фінансового контролю встановлені Законом України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» від 26 січня 1993 р. № 2939-ХІІ (Закон України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», 1993). Органом, на який покладено виконання вказаної функції, наразі є Державна аудиторська служба України, яка діє на підставі Положення про Державну аудиторську службу України, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 р. № 43 (Постанова Кабінету Міністрів України № 43, 2016). Також функцію контролю виконують Антимонопольний комітет України та Рахункова палата України в межах повноважень, визначених Конституцією й законами України.

Відповідно до вимог ч. 1 ст. 5 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» від 26 січня 1993 р. № 2939-ХІІ контроль за дотриманням законодавства у сфері закупівель здійснюється шляхом проведення моніторингу закупівлі, проведення перевірки закупівель, а також під час державного фінансового аудиту та інспектування. Розглянемо процедуру про-

ведення перевірки закупівель, однак перед цим зазначимо, що аналогічні провадження в теорії адміністративного права розглядаються як втручальні процедури, або інспекційні провадження. Так, Ю.Я. Самагальська зазначає, що інспекційні провадження – це сукупність послідовно здійснюваних процедурних дій і рішень, спрямованих на проведення перевірки особи адміністративним органом, що завершується прийняттям та виконанням адміністративного акта (Самагальська, 2013). Важливою характеристикою інспекційних проваджень є їх «втручальний» характер, тобто ініціатива щодо початку цієї процедури виходить від органу контролю. Водночас початок процедури може мати як підставу звернення від наділеного правом на звернення суб'єкта.

Перевірка закупівель проводиться за місцезнаходженням об'єкта перевірки або за місцем розташування об'єкта його права власності. При цьому важливим є те, що перевірка закупівлі проводиться під час проведення інспектування відповідно до вимог Порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2006 р. № 550 (Постанова Кабінету Міністрів України № 550, 2006), а також під час державного фінансового аудиту згідно з п. 3 Порядку проведення перевірок державних закупівель Державною фінансовою інспекцією та її територіальними органами, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2013 р. № 631.

Рішення про проведення перевірки приймається керівником органу фінансового контролю. Про зазначене рішення повідомляється авторові звернення. При цьому повідомлення про проведення перевірки закупівель та зустрічної звірки не надсилається об'єкту контролю. Перед початком проведення перевірки процедури закупівлі співробітники Державної аудиторської служби України чи її територіальних підрозділів складають у двох примірниках програму перевірки, яка повинна містити найменування об'єкта контролю, тему, період перевірки та питання, що підлягають перевірці відповідно до компетенції контролюючого органу. Програма затверджується керівником контролюючого органу або його заступником. До програми допускається внесення правок за письмовим погодженням із керівництвом органу контролю. Один із примірників програми після її затвердження передається керівнику замовника закупівлі, у якому проводиться інспектування чи аудит, під розписку на примірнику програми контролюючого органу. У разі відмови проставити підпис про це зазначається у вступній частині акта перевірки.

Під час документальної перевірки здійснюється контроль за дотриманням законодавства у сфері закупівель шляхом вивчення документів об'єкта контролю. При цьому забезпечується подання документів на паперових носіях із можливістю перевірки їх електронних відповідників. Надання об'єктом контролю завірених копій документів посадовим особам контролюючого органу для підтвердження фактів виявлення порушень забезпечується головою тендерного комітету, іншою уповноваженою ним особою або керівником об'єкта контролю чи його заступником. Надання копій бухгалтерських документів (у разі потреби) забезпечується головним бухгалтером чи його заступником або уповноваженою на це посадовою особою об'єкта контролю. У разі ненадання завірених копій запитуваних документів про

це зазначається в акті перевірки. Під час проведення перевірки закупівлі можуть вилучатися оригінали документів. Вилучення оригіналів може бути здійснене співробітниками Державної аудиторської служби України виключно на підставі рішення суду за наявності обґрунтованої підозри щодо знищення або підроблення цих документів у зв'язку з тим, що вони доводять факт вчинення правопорушення замовником закупівлі або його посадовими особами (п. 20 Порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2006 р. № 550). При цьому має бути оформлений акт вилучення, копія якого разом із копією вилученого документа передається замовнику закупівлі під розписку.

5. Адміністративно-правова процедура оскарження публічних закупівель

У ч. 3 ст. 8 ЗУ «Про публічні закупівлі» передбачено, що Антимонопольний комітет України як орган оскарження з метою неупередженого й ефективного захисту прав і законних інтересів осіб, пов'язаних з участю в процедурах закупівлі, утворює постійно діючу адміністративну колегію (колегії) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель.

Рішення постійно діючої адміністративної колегії (колегій) приймаються від імені Антимонопольного комітету України. Водночас, як зазначає державний уповноважений Антимонопольного комітету України, член Постійно діючої комісії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель С.М. Панаїотіді, необхідно дуже чітко розмежовувати повноваження Антимонопольного комітету України як державного органу зі спеціальним статусом, основним завданням якого є участь у формуванні й реалізації конкурентної політики в частині, що визначена ст. 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», та повноваження колегії як органу оскарження процедури закупівель, що створюється Антимонопольним комітетом України, проте є незалежним існуючим органом. Рішення колегії не можуть бути оскаржені в Антимонопольному комітеті України, як не може Антимонопольний комітет України визначати, яке рішення має приймати колегія щодо будь-якої скарги (Панаїотіді, 2016). Відтак колегія є самостійним інституційним утворенням та має свої особливі функції.

Скарга до колегії подається суб'єктом оскарження у формі електронного документа через електронну систему закупівель. З приводу зазначеного п. 3 Порядку розміщення інформації про публічні закупівлі, затвердженого Наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 18 березня 2016 р. № 477, передбачає, що розміщення інформації в електронній системі закупівель здійснюється шляхом її внесення та заповнення в електронному вигляді через автоматизоване робоче місце учасника (Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України № 477, 2016). Як уже зазначалося, цією електронною системою є система «PROZORRO». При цьому варто мати на увазі, що подання скарг в іншій формі не допускається. Тобто подання скарги поштою або електронним листом на адресу колегії не приводить до очікуваних скаргником правових наслідків. Його скарга буде розглядатися не як скарга, а як лист-звернення, який розглядатиметься Антимонопольним комітетом України відповідно до положень Закону України «Про

звернення громадян» від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР (Закон України «Про звернення громадян», 1996).

Частина 1 ст. 18 ЗУ «Про публічні закупівлі» передбачає, що після розміщення скарги суб'єктом оскарження в електронній системі закупівель скарга автоматично вноситься до реєстру скарг і формується її реєстраційна картка. Тоді як відповідальність за формування змісту скарги покладається на скаржника, формування реєстраційної картки забезпечується системою «PROZORRO». Картка містить таку інформацію: дату й час подання скарги суб'єктом оскарження в електронній системі закупівель; номер скарги, присвоєний в електронній системі закупівель під час її подання; номер оголошення про проведення процедури закупівлі, що оприлюднене на веб-порталі уповноваженого органу (абз. 2 ч. 1 ст. 18 ЗУ «Про публічні закупівлі»).

Скарга разом із реєстраційною картою в день розміщення суб'єктом оскарження автоматично оприлюднюється на веб-порталі уповноваженого органу – в електронній системі «PROZORRO» (за електронною адресою: www.prozorro.gov.ua), а також надсилається колегії та замовнику. Залежно від того, на якому етапі проведено оскарження, електронна система «PROZORRO» призупиняє електронний аукціон або не оприлюднює договір і звіт про результати закупівлі під час процедури оскаржень.

Процедури закупівлі мають чіткі часові межі згідно з вимогами ЗУ «Про публічні закупівлі». З огляду на це процедура оскарження не становить винятку та проводиться в строки, зазначені в ст. 18 ЗУ «Про публічні закупівлі», ст. 10 Закону України «Про особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони» від 12 травня 2016 р. № 1356-VIII. Дотримання строків під час подання скарги також є важливим фактором забезпечення інтересів скаржника. Порушення строків є однією з процесуальних підстав для відмови в задоволенні скарги (Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2017 рік, 2018).

У разі прийняття скарги колегією до розгляду електронна система «PROZORRO» автоматично призупиняє початок електронного аукціону та не оприлюднює договір про закупівлю та звіт про результати проведення процедури закупівлі. У будь-якому разі укладення договору про закупівлю під час оскарження забороняється. Прийняття рішення про припинення розгляду скарги, про залишення скарги без розгляду на етапі допуску скарги до розгляду не передбачає призупинення ходу публічної закупівлі.

Прийняття рішення про прийняття скарги також зупиняє перебіг строку дії пропозиції укласти договір (ч. 1 ст. 32 ЗУ «Про публічні закупівлі»), строку укладення договору за переговорною процедурою (абз. 8 ч. 3 ст. 35 ЗУ «Про публічні закупівлі»). Скарга розглядається колегією протягом 15 робочих днів. Засідання скликаються головою колегії або за дорученням Голови Антимонопольного комітету України. Інформація про проведення засідань повідомляється шляхом викладення її в електронній системі «PROZORRO». При цьому повідомлення про проведення засідання може надсилатися засобами електронної пошти або поштовою кореспонденцією, однак зазначені способи повідомлення не є обов'язковими.

Засідання колегії є відкритими, присутність сторонніх осіб не обмежується, проте в обов'язковому порядку відбувається реєстрація присутніх осіб (п. 8 Розділу V Регламенту). Учасниками засідання є суб'єкт оскарження, замовник, центральна закупівельна організація, їх представники, а також запрошені особи (експерти, спеціалісти тощо). Колегія, відповідно до положень абз. 2 ч. 10 ст. 18 ЗУ «Про публічні закупівлі», має право залучати для отримання консультацій та експертних висновків представників державних органів, експертів, спеціалістів.

Після закінчення засідання формується протокол, який візується секретарем колегії, членами колегії, які приймали рішення, та підписується головою колегії незалежно від того, як проголосували члени колегії. Водночас оформлюється рішення колегії у формі письмового документа, його обов'язкові реквізити встановлено в ч. 11 ст. 18 ЗУ «Про публічні закупівлі». Зазначене рішення візується виконавцем, керівником структурного підрозділу Антимонопольного комітету України, у якому готувалися матеріали для розгляду на засіданні колегії, секретарем колегії, її членами та головою. Протокол засідання колегії, рішення колегії реєструються та зберігаються в структурному підрозділі колегії, що забезпечує її роботу, – Департаменті з питань оскаржень рішень у сфері публічних закупівель Антимонопольного комітету України. Упродовж 3 днів члени колегії за наявності бажання та незалежно від того, як вони голосували («за» чи «проти»), мають право викласти письмово окрему думку, яка додається до протоколу.

6. Висновки

Процедури закупівель відрізняються від адміністративно-правових процедур публічних закупівель своєю спрямованістю. Процедури закупівель спрямовані на забезпечення взаємовигідного обміну: замовник отримує товари, послуги, роботи за найбільш вигідною для держави ціною, а постачальник отримує державні кошти. Адміністративно-правові процедури у сфері публічних закупівель спрямовані на забезпечення належного функціонування системи публічних закупівель, належного проведення процедур закупівель у повній відповідності до вимог законодавства України. Також їх результатом не є видання нормативно-правового чи індивідуально-правового акта або укладення адміністративного договору, вони не спрямовані на вирішення конкретної адміністративної справи.

У результаті системного аналізу норм законодавства України, яке регулює сферу публічних закупівель в Україні, а також доктрини адміністративного права пропонуємо виділяти такі адміністративно-правові процедури публічних закупівель: 1) процедуру авторизації електронних торговельних майданчиків у сфері публічних закупівель; 2) процедуру оскарження публічних закупівель; 3) процедуру перевірки публічних закупівель.

Адміністративно-правова процедура авторизації електронного майданчика полягає у вчиненні зазначеними вище суб'єктами оперативних, організаційних і правових дій, спрямованих на отримання позитивного рішення про авторизацію оператора електронного майданчика в системі електронних закупівель «PROZORRO». Зазначена процедура має декілька стадій: а) стадію підготовки, що завершується направленням заявки від оператора електронного майданчика до уповноваженого органу; б) стадію тестування, що завершується підготовкою

та направленням до уповноваженого органу висновку адміністратора електронної системи «PROZORRO»; в) стадію розгляду та прийняття рішення, що завершується прийняттям наказу уповноваженим органом про авторизацію електронного майданчика; г) стадію авторизації, що завершується переданням продуктивного ключа оператору електронного майданчика.

Аналіз адміністративно-правової процедури оскарження публічних закупівель дає можливість констатувати, що ця процедура складається з декількох стадій, які поділені на низку взаємозалежних етапів. Так, виявлено, що зазначена процедура складається з таких трьох стадій:

1) стадії підготовки та подачі скарги. Зазначена скарга характеризується значною активністю та ініціативою скаржника в підготовці оскарження публічної закупівлі. Майже всі процесуально значимі дії фіксуються в електронній системі «PROZORRO» та опосередковуються нею, а отже, забезпечення оскарження в обхід системи «PROZORRO» унеможливлене;

2) стадії розгляду та прийняття рішення щодо поданої скарги. Характеризується значною активністю органу оскарження – Антимонопольного комітету України в особі колегії та підрозділів, що забезпечують її роботу. Процесуально значимі дії не фіксуються в електронній системі «PROZORRO», а відображаються документально у формі протокольних рішень, проектів документів, висновків тощо. Ця стадія ініціюється й завершується в середовищі електронної системи «PROZORRO»;

3) стадії впровадження рішення. Тісно пов'язана із системою «PROZORRO», забезпечується через взаємодію співробітників апарату Антимонопольного комітету України та інтерфейсу цієї системи.

Список використаних джерел:

1. Адміністративне право України: підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, В.В. Богуцький та ін.; за заг. ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гаращука, В.В. Зуй. Х.: Право, 2010. 624 с.
2. Дуброва Я.А. Моніторинг публічних закупівель. URL: <https://e-tender.ua/news/monitoring-publicnih-zakupivel-77>.
3. Дуброва Я.А. Перевірки публічних закупівель органами контролю. URL: <https://i.factor.ua/journals/bb/2016/september/issue-36/1/article-21891.html>.
4. Звіт USAID та UKAID: вплив PROZORRO. Березень 2017 р. (створено в рамках проекту «Прозорість та підзвітність у державному управлінні та послугах» за фінансування USAID та UKAID). К., 2017. 12 с.
5. Качура О.А. Поняття адміністративних процедур державної реєстрації. Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». Серія «Політологія. Соціологія. Право». 2014. № 1. С. 101–107.
6. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV / Верховна Рада України. Офіційний вісник України. 2005. № 32. С. 11. Ст. 1918.
7. Колпаков В.К. Адміністративне право України: підручник. К.: Юрінком Інтер, 1999. 736 с.
8. Панаїотіді С.М. Тендери. Про Колегію. URL: <http://blog.liga.net/user/spanaiotidi/article/24401>.
9. Про затвердження Положення про Державну аудиторську службу України: Постанова Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 р. № 43 / Кабінет Міністрів України. Офіційний вісник України. 2016. № 12. С. 43. Ст. 506.

10. Про затвердження Порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами: Постанова Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2006 р. № 550 / Кабінет Міністрів України. Офіційний вісник України. 2006. № 16. С. 215. Ст. 1206.
11. Про затвердження Порядку проведення перевірок державних закупівель Державною фінансовою інспекцією та її територіальними органами і внесення змін до деяких актів Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2013 р. № 631 / Кабінет Міністрів України. Офіційний вісник України. 2013. № 69. С. 27. Ст. 2532.
12. Про затвердження Порядку розміщення інформації про публічні закупівлі: Наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 18 березня 2016 р. № 477 / Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. Офіційний вісник України. 2016. № 25. С. 146. Ст. 1013.
13. Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків: Постанова Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2016 р. № 166 / Кабінет Міністрів України. Офіційний вісник України. 2016. № 22. С. 13. Ст. 855.
14. Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 47. Ст. 256.
15. Про здійснення державних закупівель: Закон України від 10 квітня 2014 р. № 1197-VII / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 24. Ст. 883.
16. Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів: Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20 травня 2013 р. № 8 / Вищий адміністративний суд України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13>.
17. Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні: Закон України від 26 січня 1993 р. № 2939-XII / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 13. Ст. 110.
18. Річний звіт Антимонопольного комітету України за 2017 рік, затверджений розпорядженням Антимонопольного комітету України від 28 лютого 2018 р. № 5-рп (за підтримки World Bank Group, Swiss Confederation, State Secretariat for Economic Affairs SECO). К., 2018. 296 с.
19. Самагальська Ю.Я. Стадії інспекційного провадження: загальна характеристика. Вісник Львівського університету. Серія «Юридична». 2013. Вип. 58. С. 157–162.
20. Селіванова Н.П. Адміністративно-правове забезпечення функціонування системи електронних закупівель в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07; Науково-дослідний інститут публічного права. К., 2017. 222 с.

References:

1. Bytiak, Yu.P. (2010). *Administrativne pravo Ukrainy: pidruchnyk* [Administrative law of Ukraine]. Kharkiv: Pravo. [in Ukrainian].
2. Dubrova, Ya.A. (2017). *Monitorynh publichnykh zakupivel* [Monitoring of public procurement]. Retrieved from: <https://e-tender.ua/news/monitoring-publichnykh-zakupivel-77>.
3. Dubrova, Ya.A. (2016). *Perevirky publichnykh zakupivel orhanamy kontroliu* [Verification of public procurement by the control bodies]. Retrieved from: <https://i.factor.ua/journals/bb/2016/september/issue-36/1/article-21891.html>.
4. USAID & UKAID (2017). *Zvit USAID ta UKAID: vplyv PROZORRO. Berezen 2017 r. (stvorenno v ramkakh proektu "Prozorist ta pidzvitnist u derzhavnomu upravlinni ta posluhakh" za finansuvannia USAID ta UKAID)* [USAID and UKAID report: PROZORRO impact. March 2017 (created within the framework of the project "Transparency and accountability in public administration and services" funded by USAID and UKAID)]. Kyiv. [in Ukrainian].

5. Kachura, O.A. (2014). Poniattia administrativnykh protsedur derzhavnoi reiestratsii [Concept of administrative procedures of state registration]. Visnyk Natsionalnoho tekhnichnoho universytetu Ukrainy "Kyivskiy politekhnichnyi instytut". Seriya "Politolohiia. Sotsiolohiia. Pravo", no 1, pp. 101–107.
6. Verkhovna Rada of Ukraine (2005). Kodeks administrativnoho sudochynstva Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 6 lypnia 2005 r. № 2747-IV [Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine: Law of Ukraine dated July 6, 2005 No. 2747-IV]. Ofitsiyni visnyk Ukrainy, no 32, pp. 11, art. 1918.
7. Kolpakov, V.K. (1999). Administrativne pravo Ukrainy: pidruchnyk [Administrative Law of Ukraine]. Kyiv: Yurinkom Inter. [in Ukrainian].
8. Panaiotidi, S.M. (2017) Tendery. Pro Kolehiu [Tenders. About college]. Retrieved from: <http://blog.liga.net/user/spanaiotidi/article/24401>.
9. Cabinet of Ministers of Ukraine (2016). Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Derzhavnu audytorsku sluzhbu Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 3 liutoho 2016 r. № 43 [On Approval of the Regulation on the State Audit Office of Ukraine: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated February 3, 2016 No. 43]. Ofitsiyni visnyk Ukrainy, no 12, pp. 43, art. 506.
10. Cabinet of Ministers of Ukraine (2006). Pro zatverdzhennia Poriadku provedennia inspektuvannia Derzhavnoi audytorskoii sluzhboii, yii mizhrehionalnymi terytorialnymi orhanamy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 20 kvitnia 2006 r. № 550 [On Approval of the Procedure for Inspection by the State Audit Office, its interregional territorial bodies: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of April 20, 2006 No. 550]. Ofitsiyni visnyk Ukrainy, no 16, pp. 215, art. 1206.
11. Cabinet of Ministers of Ukraine (2013). Pro zatverdzhennia Poriadku provedennia perevirok derzhavnykh zakupivel Derzhavnoi finansovoi inspektsiiei ta yii terytorialnymi orhanamy i vnesennia zmin do deiaknykh aktiv Kabinetu Ministriv Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 1 serpnia 2013 r. № 631 [On Approval of the Procedure for Conducting State Procurement Inspections by the State Financial Inspectorate and its territorial bodies and amending certain acts of the Cabinet of Ministers of Ukraine: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated August 1, 2013 No. 631]. Ofitsiyni visnyk Ukrainy, no 69, pp. 27, art. 2532.
12. Ministry of Economic Development and Trade of Ukraine (2016). Pro zatverdzhennia Poriadku rozmishchennia informatsii pro publichni zakupivli: Nakaz Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 18 bereznia 2016 r. № 477 [On Approval of the Procedure for the Public Procurement Information: Order of the Ministry of Economic Development and Trade of Ukraine dated March 18, 2016 No. 477]. Ofitsiyni visnyk Ukrainy, no 25, pp. 146, art. 1013.
13. Cabinet of Ministers of Ukraine (2016). Pro zatverdzhennia Poriadku funktsionuvannia elektronnoi systemy zakupivel ta provedennia avtoryzatsii elektronnykh maidanchykv: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 24 liutoho 2016 r. № 166 [On Approval of the Procedure for the Functioning of the Electronic System of Procurement and the Authorization of Electronic Sites: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated February 24, 2016 No. 166]. Ofitsiyni visnyk Ukrainy, no 22, pp. 13, art. 855.
14. Verkhovna Rada of Ukraine (1996). Pro zvernennia hromadian: Zakon Ukrainy vid 2 zhovtnia 1996 r. № 393/96-BP [On Citizens' Appeal: Law of Ukraine dated October 2, 1996 No. 393/96-BP]. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, no 47, art. 256.
15. Verkhovna Rada of Ukraine (2014). Pro zdiisnennia derzhavnykh zakupivel: Zakon Ukrainy vid 10 kvitnia 2014 r. № 1197-VII [On Public Procurement: Law of Ukraine dated April 10, 2014 No. 1197-VII]. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, no 24, art. 883.

16. Supreme Administrative Court of Ukraine (2013). Pro okremi pytannia yurysdyktsii administratyvnykh sudiv: Postanova Plenumu Vyshchoho administratyvnoho sudu Ukrainy vid 20 travnia 2013 r. № 8 [On Certain Issues of the Jurisdiction of Administrative Courts: Resolution of the Plenum of the Supreme Administrative Court of Ukraine dated May 20, 2013 No. 8]. Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13>.

17. Verkhovna Rada of Ukraine (1993). Pro osnovni zasady zdiisnennia derzhavnoho finansovoho kontroliu v Ukraini: Zakon Ukrainy vid 26 sichnia 1993 r. № 2939-XII [About the Basic Principles of Implementation of State Financial Control in Ukraine: Law of Ukraine dated January 26, 1993 No. 2939-XII]. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, no 13, art. 110.

18. Antimonopoly Committee of Ukraine (2018). Richnyi zvit Antymonopolnoho komitetu Ukrainy za 2017 rik, zatverdzhnyi rozporiadzhenniam Antymonopolnoho komitetu Ukrainy vid 28 liutoho 2018 r. № 5-rp (za pidtrymky World Bank Group, Swiss Confederation, State Secretariat for Economic Affairs SECO) [Annual report of the Antimonopoly Committee of Ukraine for 2017, approved by the Resolution of the Antimonopoly Committee of Ukraine dated February 28, 2018 No. 5-rp (with the support of the World Bank Group, Swiss Confederation, State Secretariat for Economic Affairs SECO)]. Kyiv. [in Ukrainian].

19. Samahalska, Yu.Ya. (2013). Stadii inspektsiinoho provadzhennia: zahalna kharakterystyka [Inspection Steps: General Characteristics]. Visnyk Lvivskoho universytetu. Seriia "Yurydychna", iss. 58, pp. 157–162.

20. Selivanova, N.P. (2017). Administratyvno-pravove zabezpechennia funktsionuvannia systemy elektronnykh zakupivel v Ukraini [Administrative and legal support for functioning of the electronic procurement system in Ukraine] (PhD Thesis). Kyiv: Research Institute of Public Law. [in Ukrainian].

ADMINISTRATIVE AND LEGAL PROCEDURES OF PUBLIC PROCUREMENT IN UKRAINE

Yuliia Ovrामets,

*Ph.D. Student at the National University of Life
and Environmental Sciences of Ukraine
KorenetsUA@i.ua*

Purpose. *The purpose of this article is to guide and substantiate the author's vision of the essence and the system of administrative and legal procedures of public procurement in Ukraine. The article systematically explores domestic and foreign doctrinal approaches to the essence of public procurement procedures. The author argues that the notion of "public procurement procedures" should be distinguished from the tangible concept of "administrative legal procedures for public procurement". The purpose of this article is to guide and substantiate the author's vision of the essence and the system of administrative and legal procedures for public procurement in Ukraine.*

Methods. *The methodological basis of the scientific research was the philosophical methods of cognition (dialectical, hermeneutic), as well as philosophical laws (unity of historical and logical, concrete and abstract, formal and informative, single and general, theoretical and empirical). In addition, widely used methods of formal logic (analysis, synthesis, abstraction, idealization, generalization, deduction, induction, analogy, extrapolation, modelling, hypothesis), as well as special methods used in jurisprudence (systemic, structural, formal-legal, comparative legal).*

Results. *Procurement procedures differ from the administrative procedures of public procurement by their orientation. Procurement procedures are aimed at ensuring mutually beneficial exchange: the customer receives goods, services, works at the most advantageous price for the state; the supplier receives public funds. Administrative procedures in the field of public procurement are aimed at ensuring the proper functioning of the system of public procurement, proper conduct of procurement procedures in full compliance with the requirements of Ukrainian legislation. Secondly, their result is not the publication of normative-legal or individual-legal act or the conclusion of an administrative contract; they are not aimed at solving a particular administrative case.*

Conclusions. *Having made a systematic analysis of the norms of Ukrainian legislation governing the field of public procurement in Ukraine, as well as the doctrine of administrative law, in the article the author proposes to allocate the following administrative legal procedures for public procurement: 1) the procedure for authorization of electronic trading platforms in the field of public procurement; 2) procedure for appeal of public procurements; 3) the procedure for checking public procurement.*

Key words: public procurement, administrative legal procedures, administrative procedures, authorization, trading platforms, Antimonopoly Committee of Ukraine.

THE ROLE OF REGULATORY AUTHORITIES IN THE PROMOTION OF COMPETITION IN THE PUBLIC UTILITIES SECTOR

Purpose of the paper is to provide the legal analysis of correlation of regulation and competition to determine the role of regulatory authorities in the promotion of competition in the public utilities sector.

Methods. The analysis of notions of the relations between regulation and competition, as well as form of competition in the public utilities sector is based on the formal logical and deductive methods.

Results. The first part is focused on the analysis of different approaches to the correlation of regulation and competition in network industries. Different notions of the relations between regulation and competition are considered, namely such notions as deregulation, re-regulation, regulation-of-competition, regulation-for-competition and meta-regulation. The second part highlights forms of competition in the public utilities sector, including separation of vertically integrated monopolies and yardstick competition. The author refers to several approaches to restructuring of utilities and their regulation and concludes that yardstick competition facilitated by regulatory authorities has a great potential in the public utilities sector. The third part deals with the role of regulatory authorities in promotion of competitive mechanisms in the public utilities sector of Ukraine. Based on the analysis of the legal framework the author comes to the conclusion that Public Utilities Regulator in Ukraine may promote competition through performing monitoring over competitive segments of the market, regulation of access to networks and incentive-based regulation that includes different forms of yardstick competition.

Conclusions. First, regulation and competition are not exclusive, but complementary and non-competing mechanisms that can co-exist within one market. Second, introduction of direct and indirect forms of competition in the public utilities sector expands a toolbox of the regulatory authorities by empowering regulators to perform monitoring over potentially competitive markets, access regulation and incentive-based regulation. Third, the Energy and public utilities regulator in Ukraine is responsible for promotion of competition that expands its functions far beyond core regulation ones; striking a careful balance between core regulatory and monitoring functions gains extraordinary importance.

Key words: regulation, competition, regulatory authorities, network industries, public utilities sector.



Alona Kazantseva,
*PhD Student of Clean
 Energy Leadership
 Institute Fellow,
 Washington DC*
 aokazantseva@gmail.com
 orcid.org/0000-0003-4938-6701

1. Introduction

Over the last decades, Ukraine has faced a number of challenges in the public utilities sector, including technical, financial and environmental ones. As of today, the lifetime of infrastructure facilities considerably exceeds the mark of 25 to 30 years, meaning that most facilities are in operation from the Soviet Union times. Improper technical condition of the infrastructure and operation of outdated and worn-out equipment lead to low energy efficiency, significant losses in the network systems and environmental pollution (Kovalko & Kazantseva, 2015).

This situation caused unnecessary costs, economically unjustified tariffs, which during a long period of time have not covered expenses for production and supply of public utility services, as well as inefficient institutional structures that include low payment discipline of consumers (Institute for Social and Economic Strategies, 2012). The situation worsened because public authorities, regulators and utilities mainly focus their activities on production and operation of systems instead of focusing on consumers' needs. The orientation on production gives utilities little incentive to improve the quality of their operations and provide consumers a reliable and not expensive service. Further, the poor governance and significant influence of corruption create obstacles for investment and deepen the crisis in the industries that belong to the public utilities sector.

In the theory and practice of state regulation it is determined that in order to address the key challenges of public utilities, the choice between two paths should be made: regulation or competition. Based on this approach, regulation and competition are two separate mechanisms that cannot co-exist within the market. However, the relations between regulation and competition have been significantly changed. Recent case studies from the public utilities sector show us that today there is no strict distinction between regulation and competition. Regulation frequently plays a promotional role by empowering regulatory authorities to promote competition in the public utilities sector. The promotion of completion and control over its development is a core function of competition authorities. That is why the exploring of new notions of correlation of regulation and competition to determine the role of regulatory authorities in the promotion of competition gains a significance importance.

Therefore, the aim of this paper is to provide the legal analysis of the correlation of regulation and competition, and

determine the role of regulatory authorities in the promotion of competition in the public utilities sector. The tasks of the paper are as following: to analyze the scientific approaches to the correlation of regulation and competition in network industries, to explore the forms of competition in the public utilities sector, to determine role of regulatory authorities in the promotion of competition in the public utilities sector.

2. Correlation of regulation and competition in network industries

For many decades, the concept of natural monopoly was applied to the network industries such as telecommunications, electricity, gas, postal services, transport, etc. Technological changes and liberalization of network industries removed the barriers and opened the markets for new entrants. It became apparent that the state regulation mechanism was artificially “imposed” on competitive industries. In this context P. Westin and F. Lagergren emphasize that “opening of markets in network sectors illustrates a shift in common opinion about the nature of these industries”. According to the scholars, “where once regulated or government owned monopolies dominated because of the belief that most utilities were “natural monopolies”, there is now a growing consensus that competition can perform a broader and more effective role (Westin & Lagergren, 2002).

Despite of competitive nature of network industries, regulatory authorities did not question the assertion that regulation was required when “market failures” occurred. According to R.A. Posner, competition is not a viable regulatory mechanism under conditions of natural monopoly. From his point of view, “if such a market contains more than one firm, either the firms will quickly shake down to one through mergers or failures, or production will continue to consume more resources than necessary. In the first case, competition is short-lived and in the second, it produces inefficient results” (Posner, 1968).

Other scholars also supported this approach and provided empirical evidence that regulation and competition are two separate mechanisms that cannot co-exist. (Stigler, 1975). After all, if markets are competitive, there is no need to regulate them. However, in case when competition is not feasible or effective, the state should substitute competitive mechanism by regulatory one. Although this aspect of the correlation of regulation and competition is still a part of on-going discussion, it does not reflect the current trends in the development of network industries. Technological changes, liberalization, and regulatory reforms underlined the need to develop new approaches that would capture modern correlation of regulation and competition.

J. Jordana and D. Levi-Faur describe five notions that are used in the literature to capture the relations between state regulation and competition. These notions include deregulation, re-regulation, regulation of competition, regulation for competition and meta-regulation (Jordana & Levi-Faur, 2004).

The process of deregulation in network industries started in 1970ths in the United States as a response to the need to remove or reduce a comprehensive control over particular industries in order to ensure competition (Posner, 2011). However, most of network industries are still in the midst of transition that involve restructuring, deregulation of major industry segments, and application of new regulatory mechanisms to those segments that continue to be regulated (Joskow, 2005). Regarding these industries, it is fair to say that the regulation was changed rather than diminished.

The notion of re-regulation is frequently used in the context of liberalization process and regulatory reforms in the meaning of transition to new regulatory approaches and tools. We agree with J. Jordana and D. Levi-Faur that nowadays the relations between regulation and competition significantly changed, the regulatory toolbox was expanded, and today it contains new tools and techniques. We also share their point of view that the notion of re-regulation does not provide a clear answer to the question on the nature and objectives of new regulation, as well as a full description of new regulatory tools and techniques that are a part of the re-regulation mechanism (Jordana & Levi-Faur, 2004).

Besides deregulation and re-regulation, J. Jordana and D. Levi-Faur also explore such forms as regulation-of-competition, regulation-for-competition and meta-regulation. The scholars believe that “the notions of regulation-of-competition and regulation-for-competition allow to promote competition via administrative control”. These notions “differ in the degree of intervention by state authorities and in the capacities of the state to monitor and enforce competition”. According to J. Jordana and D. Levi-Faur, “in regulation-of-competition national competition authorities have economy-wide responsibilities that allow them less influence the market actors; on the contrast, in the regulation-for-competition regulatory authorities have narrow sector-specific responsibilities that give them much more influence over market actors and allow be involved in market design and market control to an unprecedented extent”. J. Jordana and D. Levi-Faur point out that meta-regulation occurs when the process of regulation itself becomes regulated. As an example they provide institutionalization of internal mechanisms of self-regulation that correspond with the legal requirements of competition law in general and the regulatory regime in particular (Jordana & Levi-Faur, 2004).

The distinction of regulation-of-competition, regulation-for-competition and meta-regulation as separate forms can be argued. The significance of changes in the correlation of regulation and competition, and extension of regulatory tools is evident and thus beyond any doubts. However, we believe that the notions of regulation-of-competition and regulation-for-competition shall be captured by the notion of re-regulation. As far as the main purpose of re-regulation is to establish new regulatory settings, it also can include the key features of regulation-of-competition and regulation-for-competition that aim at promoting competition via administrative control.

P. Crampton provides the most structured approach to the correlation of regulation and competition. The scholar pays attention to the fact that “competition and regulation have the same ultimate goals, namely to prevent the illegitimate acquisition and exercise the market power and to facilitate the efficient allocation of resources”. From his point of view, “where free and unrestricted competition is unlikely to produce this result, it is generally recognized that some sort of regulation is appropriate, either as a full substitute of competition, as means for establishing a sustainable framework, within which effective competition can take place, or as means of “holding a fort” until the anticipated arrival of competition” (Crampton, 2002). Therefore, nowadays regulation plays both roles – substitutional and “promotional”. It means that regulation substitutes competition, when it is required, and regulation promotes competition by establishing a framework for it and by facilitating a transition from regulation to competition.

Based on this, a few conclusions can be drawn. A primary approach to the correlation of regulation and competition was that these policies could not co-exist within the market. Regulatory and competitive mechanisms could not be applied to the market at the same time. In each particular case there was a need to determine, whether the competition was feasible or not. If it was not feasible, then competition should be substituted by regulation. The distinction between regulation and competition was clear: market could be either competitive, or regulated. However, over the decades, this strict distinction between regulation and competition erased and new forms of their correlation appeared. For effective functioning of network industries, it is crucial to use both mechanisms. That is why regulation and competition are complementary and non-competing mechanisms.

3. The forms of competition in the public utilities sector

The historical model of network industries was premised on the assumption that some markets including their natural monopoly segments and competitive ones “were best served – and served best – when structured as vertically integrated monopolies” (Kessides, 2004). It was a standard practice “to lump the different activities together, treat them as monopolies normally to be supplied by a single vertically integrated firm, and then to regulate the firm as a single entity on an end-to-end basis” (Baldwin, Cave & Lodge, 2012). However, in recent years the approach to utility regulation was changed. Network industries are not treated as monolithic natural monopolies. Instead, they are divided into different activities that allow applying state regulation and competition mechanisms within a single market.

This modern approach offers to separate vertically integrated monopolies. The simple version of this concept distinguishes “the network, considered to be a natural monopoly in the traditional sense, and downstream markets open to the introduction of effective competition if non-discriminatory third party access to the networks is granted to all competitors” (Kirchner, 2006). In the other words, transmission distribution are with a few exceptions regulated monopolistic activities, while generation and supply – competitive ones.

In practice, the separation of the natural monopoly from the competitive segments of the market can be achieved by breaking down of vertically integrated monopolies and unbundling of their activities. D. Newbery in his papers describes two broad approaches to restructuring of utilities.

The radical approach captures the vertical ownership separation of monopoly segments (transportation and distribution) from the structurally competitive segments (upstream production and downstream supply) (Newbery, 2000). In this case, regulatory authorities shall be responsible for regulation of monopoly segments of the market, while competition authorities shall monitor its competitive segments. As pointed out in the World Bank Policy Research Report, many developing and transition economies still lack good competition policies; some have not even implemented the basic elements of competition law and have made uneven progress in establishing strong competition authorities (Kessides, 2004). Given this, the role of regulatory authorities increases: they continue regulating the monopoly segments of the market and additionally perform monitoring function over the development of competition until appropriate policy and relevant competitive authorities are created.

The second approach described by D. Newbery allows the owner of the network to carry out integrated operations on the condition that it ensures fair and equal access to the network facilities to the third parties (Newbery, 2000). In this case, regulation of the access to the network infrastructure (access regulation) gains extraordinary importance, as regulation enables competition on the downstream markets. Within this approach, regulatory authorities promote competition via regulatory mechanism and thus combine core regulatory functions with the functions of competitive authorities.

The technology used by district heating, water supply and sewage, as well as solid waste management sector makes long distance transmission and supply inefficient. Moreover, unlike other network industries, the public utilities sector has relatively small size of markets that does not allow many entities to operate and compete. Therefore, separation of monopoly from competitive segments of the market is not always a feasible solution for the public utilities sector. Despite of technology and market size constraints, the process of liberalization and promotion of competition in the public utilities sector is still possible. In practice, some forms of indirect competition may occur in these markets. One of the examples of indirect competition facilitated by regulatory authorities is yardstick competition or benchmarking.

Yardstick competition or benchmarking aims at ensuring competition between utilities according to certain indicators (benchmarking). The universal benchmarking model was introduced by M. Spendolini, who defines benchmarking as “a permanent systematic process for assessing goods, services and work processes of organizations, by identifying best practices for the purpose of improvement of activities of these organizations” (Spendolini, 1992).

Benchmarking process in the public utilities sector can be described as following. The regulator makes decision on indicators to compare the activities of utilities within the formed group. The regulator also determines the conditions and efficiency of the operation of each utility, defines the performance indicators for the group, and establishes the system of incentives for achieving these indicators. If utilities achieve performance indicators and improve their efficiency, they increase their profits. The regulator reviews and adjusts performance indicators periodically. This form of indirect competition is effective when benchmarking methodology takes into account local conditions of the public utilities sector.

Development of new approaches to the correlation of regulation and competition result in emergence of new forms of direct and indirect competition. Application of these forms to the public utilities sector and competitive transformation of the sector expands a toolbox of the regulatory authorities and highlights their new functions.

4. Promotion of competition in the public utilities sector

The past decades have seen dramatic change in views how the public utilities sector should be organized and regulated in Ukraine. We agree with Yu. Vashchenko that the effectiveness of state regulation largely depends on its institutional framework. Based on the analysis of the legal status of the energy regulators, Yu. Vashchenko comes to conclusion that regulatory authorities have a special legal status that determined by the place in the system of public authorities and their functions. According to the scholar, among the core tasks of regulatory authorities are regulation of prices/tariffs for goods and ser-

vices produced by natural monopolies, ensuring access to these goods and services, and creating conditions for the development of competition in the relevant regulated sectors (Vashchenko, 2015). Given the competitive transformation of public utilities sector in Ukraine and the expansion of the functions of regulatory authorities, development of a strong institutional framework remains a key priority for the public utilities sector.

Energy and public utilities regulator – National Commission for Energy and Public Utilities Regulation in Ukraine (hereinafter referred to as the Regulator) was established in August 2014. Two years later, the Parliament of Ukraine adopted the Law “On National Commission for Energy and Public Utilities Regulation” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2016). The Law determines the legal status of the Regulator, its tasks, functions, powers and procedure for their performance. According to the Law, the Regulator has a special legal status of a permanently acting independent state collegial authority. Regulator performs state regulation, monitoring and control over the activity of economic entities in the sector of energy and public utilities. The key tasks of the Regulator includes ensuring the effective functioning and development of energy and public utilities markets, promoting effective market opening for all consumers and suppliers, and ensuring non-discriminatory access of users to networks/pipelines, as well as promoting competition in energy and utilities markets. As we see, the tasks of the Regulator reflect the latest developments in correlation of regulation and competition. The Law creates basis for promotion of competition in the public utilities in Ukraine via regulatory mechanisms, as well as expands the role of the Regulator.

Starting from 1997 public authorities developed dozens of concepts and strategies that determined a transition to competition in the public utilities sector as one of the main policy priorities. In 2017 the Cabinet of Minister of Ukraine developed new strategies for public policy in district heating, water supply and sewage, as well as waste management strategy. These strategies confirmed the intention of the government to promote competition in all industries that belong to the public utilities sector.

The Regulator may promote competition in the public utilities of Ukraine through performing monitoring over competitive segments of the market, regulation of access to networks and incentive-based regulation that includes different forms of yardstick competition.

The Law of Ukraine “On natural monopolies” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2000) creates a legal framework for unbundling and introducing competition in the public utilities sector. The Law allocates all the activities in network industries in two groups – regulated activities (natural monopoly) and activities on related markets (competitive or potentially competitive segments of the market). According to the Law, heat transmission and distribution, water supply and sewage, as well as disposal of household waste are natural monopoly activities. At the same time heat generation and supply, as well as recycling of household waste belong to potentially competitive segments of the public utilities sector. According to the legislation, natural monopoly activities should be regulated, while other activities are open for competition.

The Law creates a legal basis for separation of activities and promotion of competition in the public utilities sector. However, deregulation with structural (ownership) separation of the monopoly segments from the competitive ones is not a feasible solu-

tion for the public utilities sector. One of the key conclusions of the World Bank Policy Research Report is that “unbundling is likely to be particularly attractive when market size and density permit many operators to function, providing both active and potential competition”. Another factor required for unbundling is “a mature, well-developed set of network facilities, so there is little need for new investments in physical infrastructure” (Kessides, 2004). The benefits of competition that may come from unbundling in the public utilities sector in Ukraine will be limited because the size of markets is relatively small and the infrastructure requires substantial investments for modernization of its facilities. Concerns about structural (ownership) separation shall lead the Regulator to consider less radical alternatives and pay more attention to the access regulation.

Yardstick competition (benchmarking) has a great potential in the public utilities sector in Ukraine. Benchmarking is a part of ongoing regulatory reform in Ukraine towards transition to incentive-based regulation in the public utilities sector. In the Plan of Activities for 2018–2020, NEURC determined that the introduction of incentive-based regulation as one of the key priority. In 2017 NEURC adopted a regulatory framework for incentive-based regulation in the district heating sector, including benchmarking methodology. In 2018 NEURC plans to develop a similar regulatory framework for the sector of water supply and sewage. That means that the Regulator promotes indirect competition through regulatory mechanism.

The idea of transition to competition-based system in the public utilities sector in Ukraine is based on the assumption that the competition will create the incentives for utilities to optimize the technology of production, improve the quality of services and minimize costs and prices. However, competition will not automatically solve all the problems that sector is facing. Moreover, competitive transformation of the public utilities sector does not mean the elimination of regulation. In contrast, such transformation requires regulatory oversight of monopoly and competitive activities.

This approach strengthens the role of the Regulator, expands its core regulatory functions and allows promoting competition and achieving its benefits via regulatory instruments. That modifies the nature and scope of the Regulator’s competence as the tasks of the Regulator cover regulation and monitoring. The last one takes the form of a broadly understood monitoring of the functioning of regulated sectors that includes the support of their development (including promotion of competition, energy efficiency and renewable energy, protection of customers and ensuring of secure and reliable supply).

5. Conclusions

Regulation and competition have the same ultimate goals – to ensure the effective market functioning. From this standpoint, we cannot consider them as exclusive mechanisms that are not able to co-exist within one market. These two mechanisms are not necessarily mutually exclusive, and neither alone can best serve the needs of most network industries that include both monopolistic and competitive segments. Based on different viewpoints it becomes apparent that in the long-term perspective a system in which regulation and competition coexist may be the best alternative for network industries.

Despite the difficulty in introducing competitive principles in the public utilities sector, some forms of direct and indirect competition occur in the sector. The separation of natural monopoly from the competitive segments of the market achieved by breaking down of

vertically integrated monopolies and unbundling of their activities is not always feasible for the public utilities sector. Instead the forms of indirect competition such form as yardstick competition (or benchmarking) – allow achieving the benefits of competition in the public utilities sector. Introduction of competition in the public utilities sector expands a toolbox of the regulatory authorities by empowering regulators to perform monitoring over potentially competitive markets, access regulation and incentive-based regulation.

Competitive transformation of the public utilities sector of Ukraine requires effective regulatory authorities. The Regulator in Ukraine has a special legal status and responsible for promotion of competition in the public utilities sector. This mandate transforms the role of the Regulator and expend its monitoring function. However, the Regulator must strike a careful balance between its core regulatory and monitoring functions to ensure proper functioning of both mechanisms – regulatory and competitive one.

Bibliography:

1. Kovalko N., Kazantseva A. The directions of improvement of the investment attractiveness of enterprises in the sphere of municipal heat energy of Ukraine. *Evropsky Politicky a Pravni Diskurz*. 2015. Vol. 3. P. 225–229.
2. Дослідження чинного законодавства у сфері житлово-комунального господарства та підготовка комплексу пропозиції щодо його вдосконалення з питань надання житлово-комунальних послуг: заключний звіт / за ред. І.В. Запатріна. К., 2012. 183 с.
3. Westin P., Lagergren F. Re-regulating district heating in Sweden. *Energy Policy*. 2002. Vol. 30. P. 583–593.
4. Posner R.A. Natural monopoly and its regulation. *Stanford Law Review*. 1968. Vol. 21. P. 548–643.
5. Stigler G. *Citizens and the State: essays on regulation*, Chicago: University of Chicago Press, 1975. 224 p.
6. Jordana J., Levi-Faur D. The politics of regulation in the age of governance. The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. P. 1–28.
7. Posner R.A. *Economic analysis of law*. Austin: Wolters Kluwer, 2011. 1056 p.
8. Joskow P.L. Regulation and deregulation after 25 years: lessons learned for research in industrial organization. *Review of Industrial Organization*. 2005. Vol. 26. № 2. P. 169–193.
9. Crampton P. Striking the right balance between competition and regulation: the key is learning from our mistakes. URL: <https://www.oecd.org/regreform/2503205.pdf> (date of access: 21.09.2018).
10. Kessides I. *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation, and Competition*. Policy Research Report. Washington, DC: World Bank and Oxford University Press, 2004. 325 p.
11. Baldwin R., Cave M., Lodge M. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press, 2012. 563 p.
12. Kirchner Ch. Regulating towards what? The concepts of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services. The evolution of European competition law: whose regulation, which competition? Cheltenham: Edward Elgar, 2006. P. 241–256.
13. Newbery D. *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2000. 484 p.
14. Spendolini M.J. The Benchmarking Process. *Compensation & Benefits Review*. 1992. Vol. 24. Issue 5. P. 21–29.

15. Ващенко Ю.В. Адміністративно-правовий статус енергетичного регулятора в Україні: сучасний стан та перспективи реформування у контексті європейської інтеграції: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2015. 288 с.

16. Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг: Закон України від 22 вересня 2016 р. № 1540-VIII / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 51. С. 238. Ст. 833.

17. Про природні монополії: Закон України від 20 квітня 2000 р. № 1682 / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 30. Ст. 238.

References

1. Kovalko, N. and Kazantseva, A. (2015). The directions of improvement of the investment attractiveness of enterprises in the sphere of municipal heat energy of Ukraine. *Evropsky Politicky a Pravni Diskurz*, vol. 3, pp. 225–229.

2. Zapatrin I.V. (ed.) (2012). *Doslidzhennia chynnoho zakonodavstva u sferi zhytlovo-komunalnoho hospodarstva ta pidhotovka kompleksu propozyitsii shchodo yoho vdoskonalennia z pytan nadannia zhytlovo-komunalnykh posluh: zakliuchnyi zvit* [Research of the current legislation on housing and municipal economy and preparation of the complex of proposals for improvement for housing and communal services provision: final report]. Kyiv. [in Ukrainian].

3. Westin, P. and Lagergren, F. (2002). Re-regulating district heating in Sweden. *Energy Policy*, vol. 30, pp. 583–593.

4. Posner, R.A. (1968) Natural monopoly and its regulation. *Stanford Law Review*, vol. 21, pp. 548–643.

5. Stigler, G. (1975). *Citizens and the State: essays on regulation*. Chicago: University of Chicago Press. [in English].

6. Jordana, J. and Levi-Faur, D. (2004). *The politics of regulation in the age of governance. The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 1–28.

7. Posner, R.A. (2011). *Economic analysis of law*. Austin: Wolters Kluwer. [in English].

8. Joskow, P.L. (2005). Regulation and deregulation after 25 years: lessons learned for research in industrial organization. *Review of Industrial Organization*, vol. 26, no 2, pp. 169–193.

9. Crampton, P. (2002). Striking the right balance between competition and regulation: the key is learning from our mistakes. Retrieved from: <https://www.oecd.org/regreform/2503205.pdf>.

10. Kessides, I. (2004). *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation, and Competition*. Policy Research Report. Washington, DC: World Bank and Oxford University Press. [in English].

11. Baldwin, R., Cave, M. and Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press. [in English].

12. Kirchner, Ch. (2006). Regulating towards what? The concepts of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services. *The evolution of European competition law: whose regulation, which competition?* Cheltenham: Edward Elgar, pp. 241–256.

13. Newbery, D. (2000). *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*. Cambridge, Mass.: MIT Press. [in English].

14. Spadolini, M.J. (1992). The Benchmarking Process. *Compensation & Benefits Review*, vol. 24, issue 5, pp. 21–29.

15. Vashchenko, Yu.V. (2015) *Administratyvno-pravovyi status enerhetychnoho rehuliatora v Ukraini: suchasnyi stan ta perspektyvy reformuvannia u konteksti yevropeiskoi intehtratsii: monohrafiia* [The administrative and legal status of the energy regulator in Ukraine: the current state and prospects of the reforming in the context of the European integration: a monograph]. Kyiv: Yurinkom Inter. [in Ukrainian].

16. Verkhovna Rada of Ukraine (2016). Pro Natsionalnu komisiiu, shcho zdiisniue derzhavne rehuliuvannia u sferakh enerhetyky ta komunalnykh posluh: Zakon Ukrainy vid 22 veresnya 2016 roku № 1540-VIII [On National Commition for Energy and Public Utilities Regulation: the Law of Ukraine dated of September 22, 2016 №1540-VIII]. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, no 51, art. 833.

17. Verkhovna Rada of Ukraine (2000). Pro pryrodni monopolii: Zakon Ukrainy vid 20 kvitnya 2000 roku № 1682 [On natural monopolies: the Law of Ukraine dated of April 20, 2000 № 1682]. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, no 30, art. 238.

РОЛЬ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ В СПРИЯННІ РОЗВИТКУ КОНКУРЕНЦІЇ У СФЕРІ КОМУНАЛЬНИХ ПОСЛУГ

Альона Казанцева,

аспірант Інституту провідних екологічно чистих технологій,
Вашингтон

aokazantseva@gmail.com

orcid.org/0000-0003-4938-6701

Мета. Статтю присвячено аналізу підходів до співвідношення регулювання та конкуренції з метою визначення ролі органів державного регулювання в сприянні розвитку конкуренції у сфері комунальних послуг України.

Методи. Для цілей дослідження автор здійснює аналіз підходів до співвідношення регулювання та конкуренції, а також форм конкуренції у сфері комунальних послуг, що здійснюється шляхом застосування формально-логічного й дедуктивного методів.

Результати. Перша частина статті зосереджена на аналізі теоретичних підходів до співвідношення регулювання та конкуренції в мережеских галузях. Розглядаються різні аспекти співвідношення цих понять, а саме: дерегулювання, ре-регулювання, регулювання конкуренції, регулювання для конкуренції та мета-регулювання. Друга частина дослідження висвітлює питання щодо форм конкуренції у сфері комунальних послуг, у тому числі поділ вертикально інтегрованих монополій і конкуренцію за показниками (бенчмаркінг). Автор розглядає декілька підходів до реструктуризації сфери комунальних послуг та її регулювання, на підставі яких доходить висновку про те, що конкуренція за показниками (бенчмаркінг) має значний потенціал у сфері комунальних послуг. Третя частина публікації присвячена визначенню ролі органів державного регулювання в сприянні розвитку конкуренції у сфері комунальних послуг України. На підставі аналізу законодавчих актів автор доходить висновку про те, що регулятор у сфері комунальних послуг в Україні може сприяти розвитку конкуренції шляхом здійснення моніторингу функціонування конкурентних сегментів ринку, регулювання доступу до мереж та стимулюючого регулювання, що включає різні форми бенчмаркінгу.

Висновки. По-перше, регулювання й конкуренція не є взаємовиключними та конкуруючими механізмами, а є такими, що доповнюють один одного та можуть співіснувати в межах одного ринку. По-друге, запровадження прямих і непрямих форм конкуренції у сфері комунальних послуг розширює набір регулятивних інструментів

та, відповідно, зумовлює розширення повноважень органів державного регулювання шляхом закріплення за ними повноважень щодо здійснення моніторингу на потенційно конкурентних ринках, регулювання доступу до мережі та стимулюючого регулювання. По-третє, регулятор у сфері енергетики й комунальних послуг в Україні здійснює забезпечення розвитку конкуренції шляхом здійснення функцій, які виходить за межі класичного розуміння регулятивних функцій, а тому неабиякого значення набуває питання збалансування функцій регулятора.

Ключові слова: регулювання, конкуренція, органи державного регулювання, мережеві галузі, сфера комунальних послуг.

ПОНЯТТЯ БІЗНЕСУ, ЙОГО ЕКОНОМІКО-ПРАВОВА ПРИРОДА ТА СПІВВІДНОШЕННЯ ІЗ СУМІЖНИМИ КАТЕГОРІЯМИ

Поняття бізнесу не визначене легально, однак воно набуло значного поширення як в економіці й праві, так і безпосередньо в практиці підприємництва. З поняттям підприємництва, комерційної діяльності та торгівлі поняття бізнесу застосовується паралельно, а тому необхідно встановити співвідношення цих понять.

Визначення основних напрямів економічної політики держави, обрання конкретних правових форм здійснення державного регулювання економіки, засобів державного регулювання бізнесу як діяльності тощо є немислимим без з'ясування сутності самого поняття бізнесу.

Статтю присвячено дослідженню поняття бізнесу, його економіко-правовій природі та співвідношенню із суміжними правовими категоріями. Проаналізовано зарубіжну літературу та з'ясовано, як визначається поняття бізнесу в західній економіко-правовій літературі. Розкрито стратегію й тактику бізнесу. Зроблено висновок, що вони є взаємозалежними. Вибір стратегії визначає успіх (прибутковість) чи невдачу (збитковість) як усієї діяльності загалом, так і окремої операції. Водночас сама по собі стратегія існувати й реалізовуватися не може без конкретних дій (тактики).

За наслідками дослідження встановлено, що поняття бізнесу є комплексним і багатозначним, його економіко-правова природа з'ясована не до кінця. Воно не має розглядатися як явище суто економічне, соціальне чи виключно правове. В економіко-правовій літературі досить часто бізнес (підприємництво) визначається не просто як господарська діяльність, а саме як тип господарської поведінки, заснованої на пошуку нових, більш ефективних засобів використання ресурсів, організаційно-господарському новаторстві, нововведеннях, задоволенні потреб як суспільства загалом, так і конкретного споживача. Загалом під бізнесом розуміється корисна економічна (господарська) діяльність, що має своєю головною метою отримання прибутку. Це насамперед форма економічної активності, спрямована на здобуття максимального прибутку.

Виділено три основні підходи до співвідношення понять бізнесу та підприємництва за ознакою обсягу: 1) поняття бізнесу є ширшим за поняття підприємництва; 2) поняття підприємництва є ширшим за поняття бізнесу; 3) поняття бізнесу та підприємництва є синонімічними. Найбільш виправданим із позиції потреб чинного господарського законодавства визнано підхід до розуміння підприємництва й бізнесу як синонімічних понять.

У результаті аналізу економіко-правової літератури все розмаїття підходів щодо економіко-правової сутності бізнесу (підприємництва) та його теоретичної основи систематизовано й зведено до таких основних підходів, як атрибутивний, процесуальний, діяльнісний, інституціональний і функціональний. Аналіз кожного з підходів свідчить про те, що в основу легального визначення підприємництва, а також його правового забезпечення покладено атрибутивний і діяльнісний підходи.

Проаналізовано доктринальні підходи до співвідношення понять «підприємницька діяльність (підприємництво)», «комерційна діяльність» та «торговельна діяльність (торгівля)». Доктринальні підходи щодо цього питання кардинально різняться. Обґрунтовано, що співвідношення між ними має вибудовуватися в такій логічній послідовності: господарська діяльність – підприємницька (комерційна) діяльність – торговельна діяльність.

Ключові слова: бізнес, поняття бізнесу, економіко-правова природа бізнесу, основні підходи до економіко-правової сутності бізнесу, підприємництво, стратегія й тактика бізнесу.



Резнікова Вікторія Вікторівна,
професор кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор
reznikova.vv78@gmail.com
orcid.org/0000-0003-0149-0710
Researcher ID O-4799-2018



Кравець Ірина Мирославівна,
доцент кафедри господарського права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент
ikravets104@gmail.com
orcid.org/0000-0002-7523-5045
Researcher ID O-O-3908-2018

1. Вступ

Етимологічно термін «бізнес» походить від давньоанглійського «bisid», що означає «активний», «діловий», «зайнятий справою». Уже в давньому розумінні слова було закладено декілька змістових значень. Зрозуміло, що з історичним розвитком суспільства змістове навантаження цього поняття багатократно зростає. Саме слово як одиниця людської мови, що відображає думку, знання, соціальний досвід конструктивної діяльності, вимагає багатоаспектного підходу до вивчення його сутності та спроб визначення (Лапшин, 2004).

Зародження основ бізнесу можна простежити ще із часів первіснообщинного ладу, оскільки тоді відбувався обмін натуральними продуктами, які були здобуті збиральницькою діяльністю, а також виробленими речами, засобами та предметами праці. Тоді простежується потреба у веденні бізнесу через об'єднання в певні групи для реалізації спільних завдань, що є закономірним, оскільки за часів первіснообщинного ладу об'єднуватися людсьї змушувала елементарна потреба вижити й прогодувати свої сім'ї. Усі стародавні об'єднання характеризувалися примусовим характером: суб'єкти, які до них входили, не могли не перебувати в їх складі (оскільки не вижили б), не могли обирати їх своєю волею, не могли зазвичай вийти з них добровільно. У подальшому, з розподілом праці та розвитком індивідуальної особистості, виникає потреба в заміні примусових союзів добровільними, адже необхідність об'єднання з іншими для досягнення спільних цілей, потреба в союзах була незаперечною (Покровський, 2001).

В епоху появи грошей і розвитку товарно-грошових відносин бізнес набуває ринкових рис, виникають нові його форми. На зміну натуральному обміну приходить вартісний обмін, виникає поняття прибутку як такого, що й стає «наріжним каменем» у бізнесі. Бізнес із суспільного погляду можна представити як сферу задоволення зростаючих матеріальних (а інколи й духовних) потреб як суспільства загалом, так і окремих індивідуумів-споживачів (покупців). Як відомо, потреби суспільства та індивідуума безмежні. Процес експансії суспільних потреб буде мати місце доти, доки існує суспільство, цивілізація. Бізнес – це продукт суспільного розвитку, його складник. З удосконаленням самого суспільства, зростанням продуктивних сил і виробничих відносин, інших проявів ци-

вілізації вдосконалюються також форми бізнесу. Кожний історичний етап розвитку суспільства вносить свої корективи в реальні форми існування, сутність і теоретичні визначення бізнесу (Лапшин, 2004).

Поняття бізнесу на сьогодні не визначене легально, однак воно набуло значного поширення як в економіці та праві, так і безпосередньо в практиці підприємництва. З поняттям підприємництва, комерційної діяльності й торгівлі поняття бізнесу застосовується паралельно, а отже, необхідно встановити співвідношення цього поняття із суміжними правовими категоріями. Визначення основних напрямів економічної політики держави, обрання конкретних правових форм здійснення державного регулювання економіки, засобів державного регулювання бізнесу як діяльності тощо є немислимим без з'ясування сутності самого поняття бізнесу.

Попри економічну нестабільність, за підсумками рейтингу Світового банку «Doing Business», Україна очолила список із 10 держав, що досягли найбільшого прогресу в поліпшенні умов для ведення бізнесу. У процесі вдосконалення умов ведення бізнесу відбулися зрушення в частині скорочення кількості документів дозвільного характеру та видів ліцензування, спрощено процедури їх отримання, зменшено контрольний тиск на бізнес, удосконалюється сфера надання адміністративних послуг, проводиться значна робота з підготовки законодавчих актів у сфері дерегуляції господарської діяльності, спрямованих на подальше покращення правового середовища бізнесу в Україні. Дедалі частіше на державному рівні обговорюються питання правового забезпечення безпеки бізнесу (економічної, корпоративної, фінансової тощо). Водночас не зрозуміло: а що таке, власне, бізнес? Яким змістом сповнене це поняття, яким є його походження та економіко-правова сутність?

Саме цим зумовлюється *мета статті* – комплексне дослідження поняття бізнесу, встановлення його економіко-правової природи, систематизація, виділення та опис основних доктринальних підходів до розуміння економіко-правової сутності бізнесу, визначення співвідношення цього поняття із суміжними правовими категоріями. *Методологічну основу* дослідження становить система загальних і спеціальних методів наукового пізнання, що зумовлено економіко-правовою сутністю бізнесу (зокрема, це діалектичний, формально-логічний, системний методи).

2. Поняття бізнесу в західній економіко-правовій літературі

У західній літературі домінують системні, комплексні визначення бізнесу. Так, досить типовим є визначення бізнесу з праці «Концепція бізнесу», виконаної вченими університетів Техасу та Іллінойса (США) С. Розенблаттом, Р. Боннінгтоном та В. Нідлсом. Вони зазначають: «Що таке бізнес? Бізнес – це система здійснення діяльності, ведення власної справи. Бізнес – це створення продукції, потрібної людям. Бізнес – це робота. Бізнес – це центральна магістраль у нашій соціально-економічній системі. Бізнес – система, яку людство створило для задоволення власних потреб. Бізнес – це те, як ми живемо» (Розенблатт, Боннінгтон, Нідлс, 1992). Отже, бізнес – це система діяльності, де організація виробництва товарів і послуг здійснюється тими, кому належать засоби виробництва (Кісельов, 1991). Бізнес – це також організація та безпосереднє здійснення господарської діяльності на основі власності з метою досягнення економічних і соціальних результатів, одержання

прибутку. Бізнес як система не потребує централізованого управління, планування та координації діяльності з боку держави, усе це замінюють ринок і система ринкового ціноутворення.

Бізнес здатний до саморегулювання, яке у свою чергу полягає в можливості для суб'єктів бізнесу, що об'єднуються на добровільній основі, самостійно здійснювати регулювання своєї діяльності (шляхом локальної нормотворчості), контроль за її здійсненням. Змістом саморегулювання є засноване на нормах законодавства регулювання відносин в окремих сферах економічної діяльності, що здійснюється на принципах самоорганізації, тобто без безпосереднього втручання держави. Це означає встановлення певних правил для учасників визначеного сегмента ринку, у тому числі санкцій за порушення цих правил, механізмів вирішення конфліктів між учасниками ринку тощо, що встановлюються самими учасниками ринку. Із цією метою ними створюються спеціальні організаційні структури – саморегульовні організації, яким надаються певні повноваження, за допомогою реалізації яких здійснюється саморегулювання в тій чи іншій сфері. Як слушно зауважує З.С. Варналій, бізнесмен (підприємець) – це активний суб'єкт, який поєднує в собі новаторські, комерційні та організаторські здібності для пошуку й розвитку нових видів, методів і способів виробництва, створення нових благ та їх нових якостей, нових сфер застосування капіталу. Відповідно, бізнес (підприємництво) – це особливий тип господарської поведінки з організації розроблення, виробництва та реалізації благ із метою отримання прибутку й соціального ефекту (Варналій, 2008).

Г. Форд основою та сутністю бізнесу вважав корисну роботу. Він писав: «Працю на загальну користь став вище, ніж вигоду. Без прибутку не може існувати жодна справа. Фактично у прибутку немає нічого поганого. Добре налагоджений бізнес, приносячи користь суспільству, повинен і буде приносити великий прибуток його власникам. Проте прибутковість повинна виникати як наслідок корисної роботи, а не лежати в її основі» (Форд, 2015). А. Хамер, один із найвідоміших бізнесменів США, говорив, що якщо він працює по 14 годин на день і 7 днів на тиждень, то йому безперечно починає таланти. Він також пояснював успіхи в бізнесі та його сутність кропіткою корисною працею (Консайдін, 1981). Відомий американський спеціаліст у сфері бізнесу П. Друкер писав: «Існує лише одне достовірне визначення мети бізнесу – створення споживача. Те, що фірма думає про свою продукцію, – не найголовніше, особливо для майбутнього бізнесу чи для його успіху. Що споживач думає про свою покупку та в чому бачить її цінність – ось що має вирішальну вагу, визначає суть бізнесу, його спрямованість і шанси на успіх» (Друкер, 2004). Ф. Хайєк сутність бізнесу визначив свого часу як пошук нових економічних можливостей досягнення кінцевої мети – одержання максимального прибутку (Хайєк, 2009). Іншу думку з приводу визначення природи бізнесу було висловлено Й.А. Шумпетером, на переконання якого підприємництво (бізнес) полягає насамперед у створенні й організації нових комбінацій, наявності підвищеного ризику, прагненні до самостійності (Шумпетер, 2007).

3. Стратегія та тактика бізнесу

Стратегія бізнесу – це максимізація вигоди (доходу, прибутку) у процесі провадження підприємницької діяльності того чи іншого виду, укладення й виконання

різних підприємницьких угод. *Тактика* – це реалізація цієї стратегічної установки у відносинах із контрагентами в кожному окремому випадку. Тактика визначає, якими саме способами й методами буде реалізовано стратегію бізнесу. Стратегія та тактика бізнесу взаємозалежні. Вибір стратегії визначає успіх (прибутковість) чи невдачу (збитковість) як усієї діяльності загалом, так і окремої господарської операції. Водночас сама по собі стратегія існувати й реалізовуватися не може без конкретних дій (тактики), оскільки ризикує залишитися відірваною від життя абстракцією.

4. Співвідношення за ознакою обсягу понять бізнесу та підприємництва

Можна виділити три основні підходи до цього питання, які ми й розглянемо більш детально нижче.

Перший підхід – *поняття бізнесу є ширшим за поняття підприємництва*. Згідно з ним бізнес є ширшим поняттям, ніж підприємництво, оскільки під бізнесом варто розуміти будь-яку сферу діяльності, яка приносить прибуток. Це не обов'язково ризикова й інноваційна діяльність, бізнес також передбачає здійснення будь-яких одноразових угод у будь-якій сфері діяльності. Бізнесмену притаманні такі якості, як бажання отримання швидкого прибутку, авантюризм, комплексне знання з основ економіки (Корогод, 2012).

Бізнес – поняття ширше, ніж підприємництво, оскільки охоплює всі відносини, що виникають між усіма учасниками ринкової економіки, тобто не тільки підприємцями, а й споживачами, найманими працівниками, державними структурами. Підприємництво – динамічний, активний елемент бізнесу, що є ініціативною, самостійною діяльністю, яка здійснюється на власний ризик і під власну майнову відповідальність, із виробництва продукції, виконання робіт та надання послуг із метою отримання прибутку. Підприємництво включає в оборот свого суб'єкта – підприємця, а не всіх учасників ринку.

Бізнес – це власна справа, ділова активність, спрямована на вирішення завдань, пов'язаних у підсумку зі здійсненням на ринку операцій обміну товарів і послуг між економічними суб'єктами ринку, з використанням форм та методів конкретної діяльності, які склалися в ринковій практиці. Бізнес провадиться заради одержання доходу (прибутку) від результатів діяльності в найрізноманітніших сферах (у виробництві й торгівлі товарами та послугами, банківській і страховій справах, під час проведення транспортних, орендних, інших операцій). Бізнес – поняття більш широке, ніж підприємницька діяльність, оскільки до бізнесу належить також здійснення будь-яких одноразових комерційних угод у будь-якій сфері діяльності, що спрямовані на одержання доходу (Осовська, Осовський, 2008).

Бізнес – це не просто власна справа, це система діяльності на основі приватної власності з метою отримання прибутку (Лукашевич, 2011). Категорія «підприємництво» за своїми ознаками є вужчою, ніж категорія «бізнес». До найважливіших відмінних ознак підприємництва від бізнесу належать такі: значно більший ступінь свободи й самостійності у виборі напрямів і методів діяльності, у прийнятті рішень та відповідальності за ці рішення; інноваційний характер підприємницької діяльності та, відповідно, набагато більший рівень ризикованості; орієнтація на досягнення комерційного успіху (Лаготюк, Безродна, 2016).

Загалом суть зазначеного підходу можна звести до таких положень:

- підприємництво – особливий вид бізнесу. Його метою є отримання не прибутку загалом, а надприбутку, тобто підприємницького доходу, що отримується внаслідок самостійної ризикованої інноваційної діяльності, яка ґрунтується на повній економічній відповідальності, на персоніфікованому гнучкому управлінні та організації процесу відтворення;
- підприємництво є четвертим фактором виробництва, сутність якого полягає в найбільш ефективному комбінуванні трьох основних факторів (землі, капіталу, праці) з метою задоволення потреб споживача способами, які є відмінними від застосовуваних конкурентами, що й дає можливість отримання підприємницького доходу;
- підприємництво – окремий випадок бізнесу, що більшою мірою орієнтований на особистість людини, яка здійснює бізнес та якій притаманні певний стиль і тип господарської поведінки.

Бізнес розуміється як багатогранне поняття, яке набуло безліч споріднених, проте неоднакових за змістом значень: професія, заняття, справа, підприємництво (господарська діяльність із метою отримання прибутку); угоди, ділові кола; ділове життя, компанії; джерела заробітку (Саніахметова, 2005). Відтак за аналізованого підходу поняття бізнесу набуває широкого значення. Це загальноекономічний термін, що характеризує сферу діяльності суб'єкта господарювання та його економічні інтереси (сільськогосподарський, торговельний, банківський тощо), величину й обсяг діяльності (дрібний, великий, середній), а також деякі поодинокі характеристики занять суб'єкта господарювання, що нерідко виходять за межі як правової, так і економічної термінології (наприклад, нечесний бізнес).

Бізнес – це будь-яка діяльність, спрямована на отримання прибутку, тоді як підприємництво – це діяльність легальна (zareєстрована у встановленому законом порядку), комерційна (з метою отримання прибутку), самостійна (кінцевим вигодонабувачем є сам підприємець), систематична (разовий продаж товарів, виконання робіт чи надання послуг не є підприємництвом), ризикована (ніхто не гарантує підприємцю отримання прибутку). Основна відмінність бізнесу від підприємництва полягає в тому, що підприємництво не може бути нелегальним, тоді як бізнес може. До бізнесу також можна віднести разові та непостійні, несистематичні операції в будь-якій сфері діяльності (на відміну від підприємництва, яке є систематичною діяльністю). Якщо підприємництво є завжди «формалізованим», то суб'єктами бізнесу можуть бути також непідприємницькі структури, які укладають комерційні угоди епізодично в товарній та/або грошовій формі.

Бізнес охоплює відносини, що виникають між усіма учасниками ринкової економіки, та приводить у дію не лише підприємців, а й споживачів, найманих робітників, державні структури. Це пояснюється прибічниками зазначеного підходу двома основними обставинами. По-перше, бізнес охоплює більший спектр видів діяльності шляхом проведення як одноразових, так і постійних бізнес-операцій, натомість підприємництво здійснюється тільки у видах діяльності, що дозволені законодавством України; підприємець – це той, хто пройшов процедуру державної реєстрації в місцевих органах влади, набув певного статусу, має ліцензію, спла-

чує податки, веде облік і документацію. По-друге, кількість учасників у бізнесі є більшою, ніж кількість офіційно зареєстрованих суб'єктів підприємництва. Отже, підприємництво є категорією бізнесу.

Більш широке визначення бізнесу веде до того, що залежно від позиції йому можна дати декілька ознак. Наприклад, бізнес як система господарювання – це ділові відносини між людьми або учасниками справ. Ділові відносини – це вираження виробничих відносин. Діяльність будь-якого суб'єкта господарського процесу – це його «діло». Обмін діяльністю та її результатами – це обмін ділами, або ділова угода. Учасники ділових угод є діловими людьми – бізнесменами. Бізнес можна розглядати як засіб функціонування підприємства в ринковому середовищі. При цьому не важливо, до якої галузі діяльності воно належить (промисловості, сільського господарства, торгівлі, фінансово-банківської сфери, науково-технічного обслуговування тощо). Головне те, що це діяльність, яка спрямована на досягнення успіху, отримання доходу, а конкретна галузь визначає лише її особливості. Бізнес – це діяльність, здійснювана приватними особами чи підприємствами (організаціями) щодо використання природних благ, виробництва, придбання та продажу товарів або надання послуг в обмін на інші товари, послуги чи гроші до взаємної вигоди зацікавлених сторін (Доброва, Осипова, 2018).

На практиці ж бізнесу без підприємництва не буває. Підприємництво – це не лише елемент системи бізнесу, а й фактор його розвитку.

Другий підхід – *поняття підприємництва є ширшим за поняття бізнесу*. Згідно з ним підприємництво (entrepreneurship) – це загалом будь-яка діяльність (із метою отримання прибутку), а бізнес (business) – конкретна справа, конкретний проект, конкретна сфера діяльності підприємця.

Термін «бізнес» розуміється також як такий, що характеризує не загалом підприємництво, а лише його сферу, величину й обсяги, тобто переважно кількісні характеристики підприємництва без позначення його сутнісних рис, характерних для будь-якої сфери та виду такої діяльності.

Цей підхід є визначальним для наукових публікацій стосовно теоретичного обґрунтування природи та призначення підприємництва в суспільстві. Значною мірою підприємництво пов'язується з творчою природою людини і її розкриттям у конкретних історичних та економічних умовах, воно розглядається як одна з основних форм соціальної діяльності, що змінює не лише умови життєдіяльності, а й саму людину (її поведінку, погляди, місце в суспільстві тощо) (Калабухова, 2011).

Окремі вчені, обґрунтовуючи доцільність комплексного підходу, трактують поняття підприємництва, на відміну від бізнесу, надто широко. Так, В.Д. Базилевич вважає, що підприємництво є економічною категорією, типом господарської поведінки, господарським мистецтвом і методом економічного мислення (Базилевич, 2008).

Підприємництво, згідно з аналізованим підходом, можливе не тільки у сфері бізнесу, а й у науці, культурі, медицині тощо. Визначальним при цьому є не продукт чи послуга, що надаються, а стиль роботи, суть діяльності підприємця, тип його поведінки, мотивація.

Третій підхід – *поняття бізнесу та підприємництва є синонімічними*. Так, у західній економіко-правовій літературі поняття підприємництва має свої особли-

вості та традиційну назву – «бізнес». Бізнес у вузькому розумінні – це власна справа, підприємництво, а в широкому – здійснення будь-якої діяльності в економічній сфері, характеристика ділових, комерційних відносин у країні загалом. Бізнес – це сукупність ділових відносин, що склалися для задоволення потреб суспільства. Синонімами слова «бізнес» є слова «комерція», «торгівля», «ділова активність», «підприємництво» (Пугінський, 2005).

В Україні бізнес у широкому розумінні цього поняття ще не набув системного характеру, тому його здебільшого ототожнюють із підприємницькою діяльністю (підприємництвом). Поняття підприємництва набуло поширення в соціальній, економічній і правовій літературі, у практичній підприємницькій діяльності як еквівалент поняття «бізнес» (англ. business) – дієве підприємництво, а «бізнесмен» – це підприємець, особа, яка робить вигідну справу.

Підхід до розуміння підприємництва та бізнесу як синонімічних понять досить поширений у сучасній вітчизняній економіко-правовій науці. Його також покладено в основу чинного господарського законодавства.

У нормативно-правових актах України терміни «бізнес» і «підприємництво» вживаються як синонімічні, не розмежовуються жодним чином. Зокрема, п. 2 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» щодо відновлення можливостей розвитку малого та середнього бізнесу з використанням позикового фінансування на території проведення антитерористичної операції» від 21 грудня 2017 р. № 2266-VIII було внесено зміни до п. 2 ст. 9 Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції», відповідно до яких «положення ч. 1 цієї статті, крім зупинення дії ст. 40 (у частині виселення мешканців із житлових будинків та приміщень, переданих в іпотеку, щодо яких є судові рішення про звернення стягнення на такі об'єкти) Закону України «Про іпотеку», не поширюються на нерухоме майно фізичних осіб – підприємців, юридичних осіб – суб'єктів малого і середнього підприємництва, місцем розташування якого є територія проведення антитерористичної операції, крім населених пунктів згідно з переліками, передбаченими ч. 4 ст. 4 цього Закону, оформлене в іпотеку з метою забезпечення виконання зобов'язань за договорами, укладеними після 1 січня 2018 р., або за договорами, до яких після 1 січня 2018 р. за погодженням сторін вносилися зміни в частині продовження строків виконання зобов'язань та/або зменшення розміру процентів, штрафних санкцій» (Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» щодо відновлення можливостей розвитку малого та середнього бізнесу з використанням позикового фінансування на території проведення антитерористичної операції», 2017). Відповідно до п. 3 Положення про Раду бізнес-омбудсмена, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2014 р. № 691, Раду бізнес-омбудсмена створено з метою сприяння прозорості діяльності органів державної влади, суб'єктів господарювання, що належать до сфери їх управління, запобігання корупційним діям та/або іншим порушенням законних інтересів суб'єктів підприємництва (Постанова Кабінету Міністрів України «Про утворення Ради бізнес-омбудсмена», 2014).

5. Підходи до економіко-правової сутності бізнесу

Усе розмаїття підходів до економіко-правової сутності бізнесу (підприємництва), його теоретичної основи можна впорядкувати та систематизувати.

Так, згідно з *атрибутивним підходом* підприємництво (бізнес) розуміється як сукупність певних атрибутів. Наприклад, В.Є. Пилипенко та І.П. Шевель виділяють такі атрибути підприємництва: 1) мотив дії, що є водночас мотивом збагачення; 2) механізм дії, який спирається на інвестування в певній сфері економічної діяльності; 3) ризик, пов'язаний із невпевненістю в прийнятих рішеннях та з покриттям наявних витрат в особистих цілях (Пилипенко, Шевель, 1997). Однією з визначальних для існування підприємницького феномена в суспільстві визнається ознака свободи, під якою розуміється свобода вибору напрямів і методів діяльності, самостійність у прийнятті рішень, свобода попиту й пропозиції робочої сили, свобода ініціативи та підприємливості, незалежність мислення (Краєва, Мінаєв, 1995). Категорія свободи визнається однією з ключових у розумінні суті підприємництва. Серед інших ознак підприємництва прийнято виділяти орієнтацію підприємця на досягнення комерційного успіху (зиску), постійну наявність чинника ризику, інноваційний характер діяльності (Покропивний, Колот, 1998); відповідальність підприємця за прийняте рішення, його наслідки (Іванов, Кравченко, Хоменко, 1995).

В економічній науці до ознак підприємництва відносять такі:

- 1) це самостійна діяльність суб'єктів ринкової економіки. Ніхто не може примусити іншого займатися тим чи іншим видом бізнесу;
- 2) це ініціативна діяльність, основана на комбінуванні факторів виробництва, на інноваціях. Інструментом підприємництва в будь-якій сфері діяльності є інновації;
- 3) це ризикована діяльність. Без ризику немає підприємництва, усе нове, як правило, пов'язане з ризиком (свідомим, розрахованим, помірним);
- 4) це діяльність, спрямована на систематичне отримання прибутку. Відповідно, це не разовий, а довгостроковий господарський процес, спрямований на виробництво й реалізацію товарів, виконання робіт чи надання послуг споживачам, суспільству;
- 5) це професійна діяльність господарюючих суб'єктів, орієнтована на краще задоволення потреб ринку шляхом ефективного використання матеріальних, фінансових, трудових та інших ресурсів. Базою підприємництва є знання, які дають змогу ефективно використовувати економічні ресурси;
- 6) це законна діяльність, що втілюється її учасниками в певних організаційно-правових формах. Вона має бути зареєстрована у встановленому законом порядку з використанням особливого дозволу (ліцензії), якщо це необхідно за законодавством.

З позиції господарського права підприємництво – найбільш поширений у світовій і вітчизняній практиці вид господарської діяльності. Окрім загальних ознак, які визначені в ст. 3 Господарського кодексу України та характеризують будь-який вид господарської діяльності (сфера здійснення, спрямованість на виготовлення й реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг, вартісний характер і цінова визначеність), підприємництву властиві також специфічні риси, що отримали

відображення в легальному визначенні, наведеному в ст. 42 Господарського кодексу України. Цими атрибутивними ознаками підприємництва є такі:

1) *самостійність*, що має організаційно-майновий характер. В організаційно-правовому аспекті це дістає вияв у безпосередньому здійсненні підприємцем господарської діяльності, у можливості виступати від свого імені, на власний розсуд обирати вид діяльності, організаційно-правову форму, у якій він планує здійснювати таку діяльність, визначати організаційну структуру (для підприємств), встановлювати принципи управління діяльністю з урахуванням самостійно розробленої стратегії розвитку, приймати рішення щодо способів господарського використання належних активів (майна, грошових коштів (власних і залучених), майнових прав тощо). Майново-правовий аспект самостійності підприємництва – це наявність майна, що належить підприємцю на підставі права власності, права господарського відання або права оперативного управління, можливість самостійного розпорядження прибутком, що залишився після сплати обов'язкових платежів до бюджету (податків, зборів та інших видів платежів), а також самостійна майнова відповідальність за власними зобов'язаннями, якщо інше не передбачене законом або установчими документами;

2) *ініціативність*, що має внутрішню та зовнішню сторони. Внутрішня ініціатива підприємця дістає вияв у розробленні власного підходу до поєднання факторів виробництва в єдиний процес виробництва та/або реалізації суспільно корисного продукту. При цьому підприємець є організатором виробництва, налагоджує діяльність, упроваджує нові ідеї, що підвищують конкурентоспроможність продукту, який виробляється (реалізується), оптимізує процес одержання прибутку. Внутрішня сторона підприємницької ініціативи проявляється також у пошуках і реалізації нових комбінацій факторів виробництва (оновлення продукції, технологій, організаційно-управлінських підходів) з метою задоволення наявного чи потенційного попиту. Зовнішня сторона підприємницької ініціативи отримує відображення переважно в побудові організаційно-господарських відносин (з добровільної сертифікації продукції, вступу до об'єднання підприємств тощо);

3) *систематичність* – підприємець має на меті не вчинення однієї разової господарської операції, а провадження регулярної діяльності в обраній сфері суспільного виробництва. Водночас сама по собі кількість здійснення підприємцем господарських операцій не впливає на кваліфікацію господарської діяльності як підприємництва, оскільки до уваги береться мета – здійснення невизначеної кількості господарських операцій;

4) *ризиковість*, що виявляється в імовірному характері прибутку. Підприємництво здійснюється з метою отримання прибутку, проте не завжди цієї мети може бути досягнуто. У таких випадках підприємець несе всі ризики, пов'язані з негативними майновими наслідками його діяльності;

5) *мета – отримання прибутку* поряд із досягненням інших економічних і соціальних результатів. Проте відсутність реально отриманого прибутку не означає, що діяльність перестала бути підприємницькою (тобто найголовнішою ознакою є саме мета отримання прибутку, а ступінь її досягнення має вторинне значення для віднесення діяльності до підприємництва).

Згідно з *процесуальним підходом* підприємництво розуміється як процес, який має певні часові ознаки (початок, розвиток, завершення), а також змістові характеристики. Прибічники цього підходу вважають, що спонтанний порядок ринку найкраще розглядати не в термінах рівноваги, яка існує в кожний заданий момент, а в термінах процесу, що триває безперервно. Центральна фігура в цьому процесі – підприємець. Саме прагнення підприємця перемістити заходи й ресурси з розряду низькооцінюваних у розряд високооцінюваних (звісно ж, з отриманням при цьому прибутку) упорядковує цей процес. Так, Е.Дж. Доллан і Д. Ліндсей заперечують визнання підприємництва четвертим фактором виробництва та вважають таке порівняння недоречним, оскільки, на відміну від інших факторів (праці, капіталу й природних ресурсів), підприємництво є невимірним. Натомість учені пропонують вважати підприємництво процесом пошуку найкращого засобу поєднання трьох основних факторів виробництва (Доллан, Ліндсей, 1994).

Р. Хизрич і М. Пітере розуміють підприємництво як процес, який вимагає багато часу й зусиль, моральної та соціальної відповідальності; процес, який приносить у результаті грошовий дохід та особисте задоволення від досягнутого (Хизрич, Пітере, 1994).

І.Е. Мусаелян та Ю.О. Славінський підкреслюють, що підприємництво – це процес соціальної інновації, спрямований на започаткування й ведення власної справи, професійних організацій, нових професій і робочих місць (Мусаелян, Славінський, 1995). Бізнес (підприємництво), на переконання Д. Куратко й Р. Ходжетса, неодмінно містить характеристику процесу інновації та створення нового ризикового підприємства шляхом використання чотирьох основних величин: особистості, оточення, організації та процесу (Куратко, Ходжетс, 1995).

Таким чином, під час визначення теоретичної основи підприємництва (бізнесу) чимало провідних учених зосереджують увагу на ньому як на процесі, що має інноваційний характер, відбувається постійно й цілеспрямовано. Такий підхід підкреслює динаміку підприємництва. Поняття бізнесу (підприємництва) трактується як таке, що має принаймні такі основні значення: а) процес виробництва, матеріальний, технологічний процес; б) система передбачених законом організаційно-правових форм підприємництва (здійснення господарської діяльності з метою отримання прибутку), тобто законодавчий і соціальний процес. Підприємництво за аналізованим підходом визначається насамперед як динамічний процес створення прибуткового добробуту особами, які враховують основні ризики; це творчий акт, застосування енергії, ініціативності та створення підприємства чи організації, що потребує бажання ризикувати та робити все можливе, щоб зменшити ризик несення втрат, збитків. У всіх визначеннях бізнесу (підприємництва) за процесуальним підходом підкреслюється динамічний і ризиковий характер.

Проте необхідно зазначити, що, незважаючи на переваги й переконливість визначення підприємництва як процесу з позиції економічної теорії, воно не може бути покладене в основу легального (законодавчого) визначення підприємницької діяльності з огляду на його узагальненість і брак низки ознак, що давали б змогу відмежувати підприємництво від інших видів господарської діяльності.

Діяльнісний підхід об'єднує погляди науковців, які розглядають підприємництво (бізнес) як різновид економічної діяльності й поведінки, форму економічної активності. Як зазначає О.М. Леонт'єв, діяльність – це не реакція та не сукупність реакцій, а система, що має свою будову, свої внутрішні трансформації й перетворення, свій розвиток (Леонт'єв, 1977).

Якщо класична економічна теорія під час визначення підприємництва концентрується на питаннях отримання максимального прибутку з ресурсів і досягнення рівноваги, то нетрадиційна економічна теорія пояснює сутність підприємництва (бізнесу) з позицій економічної теорії динамічної нерівноваги. Так, Й.А. Шумпетер стверджував, що «нормою» здорової економіки є не рівновага чи оптимізація, а динамічна нерівновага, спричинена не чим іншим, як діяльністю новатора – підприємця, яка спрямована на створення нового споживчого попиту, на поліпшення чогось іншого, відмінного від попереднього, що більш повно забезпечує потреби (Шумпетер, 2007). П.Ф. Друкер також висловлював думку про те, що теоретичною основою підприємництва є економічна теорія динамічної нерівноваги (Друкер, 2004).

Типовим для цього підходу є розуміння підприємництва (бізнесу) таким чином:

- як особливої ініціативної економічної активності дієздатних громадян, спрямованої на задоволення потреб суспільства й населення та отримання особистого зиску;
- як інтелектуальної діяльності ініціативної, цілеспрямованої енергійної людини, яка володіє повністю або частково якими-небудь цінностями (матеріальними, грошовими) для організації та провадження власної справи;
- як соціально-організуючої та перетворюючої діяльності, що є різновидом творчої як однієї з ключових форм соціальної діяльності загалом;
- як особливого, творчого типу економічної поведінки, що є необхідною основою досягнення економічного успіху (Калабухова, 2011; Лукашевич, 2011);
- як діяльності, що спрямована на максимізацію прибутку, зміст якої полягає в задоволенні його шляхом продажу продуктів і послуг як товару (Бобров, 1995);
- як будь-якої діяльності, що ставить за мету одержання прибутку за рахунок залучення власних коштів, або опосередкованої участі в такій діяльності шляхом вкладення в справу власного капіталу (Крутик, Піменова, 1995; Львов, 1992);
- як діяльності, яка здійснюється приватними особами, підприємствами та організаціями щодо виробництва, надання послуг, виконання робіт, продажу товарів (обміну на інші товари чи гроші) задля взаємної вигоди зацікавлених осіб, підприємств та організацій;
- як самостійної, ініціативної, постійної діяльності у сфері виробництва, надання послуг і торгівлі, що здійснюється на власний страх і ризик із метою отримання прибутку (Дзюбик, Ривак, 1994);
- як творчої діяльності ділових людей, спрямованої на пошук нових сфер застосування капіталу, створення нових і вдосконалення існуючих продуктів, виробництв, організацій, розвиток власних переваг та ефективне використання різних можливостей для одержання прибутку (Мединський, Шаршукова, 1997);
- як господарсько-фінансової діяльності суб'єктів різних форм власності в межах чинного законодавства на свій ризик і під власну фінансову й майнову відповідальність (Онищенко, Мельничук, 1993).

Для цього ж підходу характерне визначення підприємництва як способу життя або дій, одного з постійних занять ділової людини, певного стилю (типу) поведінки (Нельга, 1994). Так, А. Шапіро визначає підприємництво як тип поведінки, що включає ініціативне прийняття рішень, організацію або реорганізацію економічних механізмів та прийняття на себе ризику поразки (Шапіро, 1975). Підприємництво визначається також як особливий новаторський, антибюрократичний стиль господарської поведінки, в основі якого лежить постійний пошук нових можливостей і ресурсів (Єрмошенко, Борсученко, 1991). Поширення набула також позиція, за якою підприємництво визначається як спільна ініціативна діяльність громадян та їх об'єднань, спрямована на отримання прибутку; діяльність, що здійснюється на власний ризик і під майнову відповідальність у межах, визначених організаційно-правовою формою підприємництва (Позняков, 1994).

А.В. Бусигін аналізує поняття підприємництва в різних його аспектах: а) мистецтво ведення ділової активності; б) розумовий процес; в) з філософської позиції – особливий настрій душі, форма ділової романтики, засіб реалізації потенцій; г) у професійному змісті – уміння організувати свій бізнес та досить успішно реалізувати функції, пов'язані з веденням власної справи; ґ) з позиції можливості підприємця передбачити те, як реалізація його ідей у виробничому процесі буде сприйнята ринком, підприємництво – це форма поєднання унікальних знань і конкретної ринкової ситуації з метою забезпечення твердих позицій на ринку. Зрештою, автор визначає підприємництво як особливу форму економічної активності, засновану на інноваційному, самостійному підході до виробництва й поставки на ринок товарів, що приносять підприємцю дохід та усвідомлення своєї значимості (Бусигін, 2001).

Законодавство (ст. 42 Господарського кодексу України) також визначає підприємництво саме як діяльність (вид господарської діяльності), що є самостійною, ініціативною, систематичною, здійснюваною на власний ризик суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку. Відтак і вітчизняні юристи-господарники підприємництво тлумачать саме як діяльність. Так, В.Л. Мусіяка визначає підприємництво як не заборонену законом ініціативну, систематичну діяльність приватних осіб (підприємців) і юридичних осіб, що базується на приватній або будь-якій іншій формі власності, спрямовану на отримання прибутку від виробництва товарів, виконання робіт і надання послуг, здійснювану на власний ризик та під свою відповідальність (Мусіяка, 1995). В.С. Щербина зазначає, що підприємництвом є господарська діяльність, яка здійснюється для досягнення економічних і соціальних потреб із метою отримання прибутку, а суб'єкти такої діяльності (підприємництва) є підприємцями. Підприємництво є основним видом господарської діяльності (Щербина, 2012). На думку Д.В. Задихайла, під підприємництвом варто розуміти реалізацію фізичною або юридичною особою своєї правоздатності шляхом складання та виконання цивільно-правових договорів неспоживчого характеру з метою отримання прибутку (Задихайло, 1998). Т.В. Кашаніна визначає підприємництво як ініціативну діяльність господарських суб'єктів, яка ґрунтується на їхній самостійності, власній зацікавленості та відповідальності, новаторстві й ризику (Каша-

ніна, 1994). В.Ф. Попондопуло зазначає, що підприємництво – це сукупність правомірних вольових дій, які здійснюються професійно, систематично та на власний ризик особою, яка зареєстрована як підприємець, з метою одержання прибутку (Попондопуло, 1994).

Згідно з *інституціональним підходом* підприємництво розглядається як соціально-економічний чи економіко-правовий інститут.

В умовах суспільства, що трансформується, особливо вагомий вплив на процеси формування підприємницької активності мають фактори середовища, пов'язані з фоновими, зовнішніми, детермінуючими умовами функціонування підприємництва. У своєму поєднанні вони формують суспільні передумови розвитку підприємництва. Визначаючи шляхи й форми його розвитку, вони закладають фундамент для існування підприємництва як ринкового інституту на рівні соціально-економічних, політичних, організаційно-правових, культурно-освітніх і технічних передумов (Пачковський, 2003). Зокрема, Є.І. Суїменко характеризує підприємництво як один із соціально-економічних інститутів суспільства (Суїменко, Ворона, 2001). На думку ж А. Коуела, підприємництво є містком між суспільством загалом та орієнтованими на одержання прибутку інститутами, заснованими для отримання вигод і найповнішого задоволення їхніх економічних потреб (Коул, 1959).

Яскравим представником *функціонального підходу* прийнято вважати Й.А. Шумпетера. Автор виводить із процесу обігу капіталу принципову необхідність особливої підприємницької функції, яка полягає в реалізації організаційно-господарської інновації (дослівно «нових комбінацій факторів виробництва»). Підприємці, на його думку, не утворюють особливу професію чи окремих клас. Ідеться саме про функцію, що здійснюється періодично різними суб'єктами. У кожній господарській сфері вона то з'являється, то затихає, замінюючись більш рутинними діями. При цьому підприємець не обов'язково сам винаходить «нові комбінації». Він здійснює їх практично, часто імітуючи при цьому чужий господарський досвід (Шумпетер, 2007).

Існує думка, що саме функціональний підхід об'єднує та вичерпує практично всі існуючі підходи. Так, В.В. Радаєв вважає, що всі інші підходи варто розглядати як видові відмінності функціонального підходу. На його переконання, підприємництво може бути пов'язане з власністю на капітал, супроводжується або не супроводжується трудовою (управлінською, виконавчою) активністю. Підприємницькі акції можуть проводитися зверху через існуючі адміністративні канали або ініціюватися знизу неформальними лідерами. А підприємцями можуть бути як спеціально підготовлені професіонали (випускники елітних бізнес-шкіл), так і «аматори», які не мають професійної підготовки. Підприємницькі дії можуть бути засновані на ретельних підрахунках і на значній інтуїції. Одні з них спрямовані на ефективне прилаштування, імітацію існуючих зразків організації в нових умовах; друга група таких дій спрямовується на пізнання прихованих від більшості людей господарських можливостей, а третя – на активне формування цих нових організаційних форм. В одних випадках підприємницькі дії пов'язані з очевидним ризиком (втратою доходів і майна, статусу й часу), в інших цей ризик прорахований, проте залишається місце для невизначеності, а в третіх ризику може не існувати зовсім

(окрім неминучої втрати часу за будь-якого фіналу). Характер організаційно-господарських дій залежить від розмірів залучених ресурсів та сфер (галузей) їх освоєння. Ці дії можуть виходити за межі власне виробництва (наприклад, у сфері політики, науки, мистецтва), якщо вони орієнтовані на здобуття прибутку. Зрештою, підприємництво може бути індивідуальним чи груповим за виконанням, успішним або неуспішним за результатом. У всіх цих випадках, як вважає В.В. Радаєв, зберігається розуміння підприємництва як функції, яка виникає та зникає за потребою, може безмежно дробитися та інтегруватися. Ця функція властива будь-якій господарській системі, принаймні з моменту її вступу в стадію індустріалізації. Вона може реалізовуватися як у державному, так і в недержавному секторі, існувати за найрізноманітніших політичних режимів (Радаєв, 2005).

Певні ознаки функціонального підходу з елементами атрибутивності репрезентує також Ю.Ф. Пачковський, який розглядає підприємництво як особливий різновид людської діяльності й поведінки, в основі якого лежать такі явища: особлива чутливість до змін та прагнення щось змінити у своєму житті (елемент ініціативи); взяття на себе відповідальності за можливі невдачі й поразки, готовність ризикувати (елемент ризику); сприяння реалізації та використання нових технологій шляхом упровадження у виробництво винаходів та інновацій (елемент новаторства); самостійність судження під час прийняття важливих рішень (елемент свободи); спрямованість на діяльне перетворення навколишнього світу, побудову нових відносин (елемент активності). Підприємництво, на думку зазначеного вченого, – це соціальний феномен кумулятивного типу, що створює основу для поступального розвитку людської цивілізації, з'являється в певний період розвитку суспільства чи груп та є основою їх подальшого розвитку (Пачковський, 2003).

Узагальнюючи, варто зауважити, що наукове осмислення підприємництва пройшло «три хвилі» в розвитку теорії підприємницької функції (Саніахметова, 2005) у розрізі функціонального підходу. «Перша хвиля», яка виникла у XVIII ст., була пов'язана з концентрацією уваги на несенні підприємцем ризику (Р. Кантільон, Й. Тюнен, Г. Мангольдт, Ф. Найт). «Друга хвиля» в науковому осмисленні підприємництва пов'язана з виділенням інноваційності як основної характерної риси (Й.А. Шумпетер). «Третя хвиля» пов'язана з обґрунтуванням поліфункціональної моделі підприємництва та відрізняється концентруванням уваги на особистих якостях підприємця (Л. Мізек, Ф. Хайєк, І. Кірцнер). Сучасний етап розвитку теорії підприємницької функції відносять до «четвертої хвилі», виникнення якої пов'язується з перенесенням акценту на управлінський аспект в аналізі дій підприємця, у тому числі у внутрішньофірмовому підприємстві (Бусигін, 2001).

6. Співвідношення понять «підприємницька діяльність (підприємництво)», «комерційна діяльність» та «торгівельна діяльність (торгівля)»

Доктринальні підходи щодо цього питання кардинально різняться.

Зокрема, одні автори вважають синонімічними поняття підприємництва та комерційної діяльності, які розглядаються ними як більш загальні порівняно з більш вузьким поняттям торгівлі. Так, В.С. Щербина, ототожнюючи комерційну діяльність і підприємництво, вказує на те, що господарська комерційна діяльність (підприємництво) здійснюється суб'єктом господарювання (підприємцем) як самостій-

на, ініціативна, систематична, на власний ризик діяльність із метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку (ст. 42 Конституції України) (Щербина, 2012). Такої ж думки дотримується О.П. Подцерковний, який стверджує, що господарська комерційна діяльність (підприємництво) утворює основу предмета господарсько-правового регулювання, оскільки більшість норм господарського права присвячені регулюванню комерційних відносин (Подцерковний, 2010). В.В. Лаптев вважає, що викликає сумніви трактування як комерційної діяльності лише діяльності у сфері обороту. На його думку, терміни «підприємницька діяльність» та «комерційна діяльність» є синонімами. Відповідно, є синонімами також терміни «підприємницьке право» та «комерційне право» (Лаптев, Занковський, 2006).

У сучасній економічній літературі також мають місце спроби провести розмежування між більш широким поняттям «комерція (комерційна діяльність)» та власне торгівлею. Наприклад, деякі автори вважають, що поняття «комерційна діяльність» включає не лише торгівлю у вузькому сенсі (посередницьку), а й комерційний продаж та комерційне придбання товарів (Зирянова, 1995). Не зрозуміло за такого підходу, щоправда, чому зміст поняття «торгівля (торговельна діяльність)» обмежується виключно діяльністю посередницькою. Розглядаючи підприємництво в нерозривному зв'язку з фазами виробничого циклу (виробництвом продукції та послуг, обміном і розподілом товарів, їх споживанням), інші автори пропонують виділяти такі базові види підприємницької діяльності, як виробнича, комерційна, фінансова та консультативна. При цьому під комерційним підприємництвом вони розуміють діяльність товарних і торговельних господарських організацій (Горфінкель, Поляк, Швандар, 2001).

З економічної позиції комерційна діяльність розглядається також як така, що передбачає три напрями її здійснення: збут промисловими підприємствами товарів, закупку сировини, комплектуючих виробів та інших матеріально-технічних ресурсів, комерційно-посередницьку діяльність. При цьому комерційна діяльність розглядається як така, що включає в себе, окрім торговельної діяльності (реалізації та закупки товарів), надання різноманітних послуг, спрямованих на просування товару на ринку та ефективне задоволення купівельного (споживчого) попиту. Комерція визначається як торговельна й посередницька діяльність, участь у продажі та сприяння продажу товарів і послуг (у широкому сенсі – підприємницька діяльність). Тому під час дослідження співвідношення понять «торговельна діяльність» і «комерційна діяльність» більш широким поняттям має визнаватися «комерційна діяльність», оскільки вона включає в себе, крім торгівлі, також інші види діяльності, що сприяють процесу реалізації й просування на ринку товару від його виробника до кінцевого споживача (Андрєєва, 2013).

Натомість інші науковці вважають синонімічними поняття комерційної та торговельної діяльності, відмежовуючи їх від більш широкого поняття підприємництва. Так, на думку В.С. Белих, поняття «підприємницька діяльність» і «торговельна діяльність» не є синонімами. Відомо, що процес виробництва продукції (товару) у широкому значенні можна поділити на окремі етапи та види діяльності: маркетинг (пошук і вивчення ринку), проектування та/або розроблення технічних

вимог до продукції, підготовка й розроблення виробничих процесів, виробництво (у вузькому розумінні), торговельна (торговельно-посередницька, торговельно-закупочна) діяльність, контроль, проведення випробувань і досліджень, упаковка й зберігання, монтаж та експлуатація, технічне обслуговування, утилізація використання. Ці етапи й види діяльності охоплюються терміном «життєвий цикл продукції». Тому виробнича й торговельна (торговельно-посередницька, торговельно-закупочна) діяльність – це самостійні види життєвого циклу продукції. За своїм економічним змістом торгівля входить у стадію обміну продуктами праці. Комерція та торгівля – це синоніми, а тому поняття «комерційне право» й «торгове право» співпадають за обсягом і за змістом (Белих, 2005). Комерційна (торговельна) діяльність, на думку В.С. Белих, є видом підприємницької діяльності, яка у свою чергу є видом господарської діяльності (Белих, 2005).

На думку Б.І. Пугінського, не викликає сумнівів те, що комерція, тобто торгівля, – це вид підприємницької діяльності. Торговельна діяльність виконує значні економічні й соціальні функції, що відрізняють її від інших видів підприємницької діяльності. Вона опосередковує відносини відокремлених товароволодільців в умовах суспільного розподілу праці. Ці відносини розвиваються через товарний ринок, купівлю-продаж товарів. Торгівля забезпечує просування товарів від виробників до споживачів. Комерція співпадає з іншим підприємництвом лише за ознакою націленості на систематичне отримання прибутку. Із цього співпадіння жодним чином не постає, що комерційне право – це частина підприємницького права (Пугінський, 2005). Позиція автора є дещо суперечливою, оскільки він, ставлячи знак рівності між торговельною та комерційною діяльністю, усе-таки робить спробу відмежування комерційного права від права торгового.

Г.Ф. Шершеневич зазначає, що діяльність, яка має на меті посередництво між виробниками та споживачами в процесі обороту економічних благ, іменується торгівлею. Торгівля у свою чергу поділяється на оптову й роздрібну. Учений також звертає увагу на необхідність розмежування економічного та правового розуміння поняття торгівлі. В економічній науці склалося усталене уявлення про торгівлю як про один із видів діяльності, у межах якого відбувається реалізація товарів шляхом їх продажу. Із цього постає висновок Г.Ф. Шершеневича про те, що коло відносин, до яких застосовується торгове право, виходить за межі, визначені економічним уявленням про торгівлю. Якщо первинно торгове право співпадало з правом виключно торговельного обороту, то згодом сфера застосування торгового права почала розширюватися та переходити до сфери економічного обороту загалом (Шершеневич, 1914).

Інакше кажучи, за таких підходів слово «комерція» тлумачиться як таке, що означає торгівлю, торговельні операції. А оскільки комерція та торгівля є синонімами, то й поняття «торгове право» та «комерційне право» співпадають за обсягом і змістом.

7. Висновки

Поняття бізнесу є комплексним і багатозначним, його економіко-правова природа не до кінця з'ясована. Відтак воно не повинне розглядатися як явище суто економічне, соціальне чи виключно правове. Більше того, вкрай важливим під час

дослідження бізнесу є первинне звернення до напрацювань економічної науки з таких причин:

1) будь-які господарські явища, інститути, види й способи господарювання (не є винятком і бізнес як такий) мають економічне підґрунтя, економічні передумови виникнення та становлення;

2) дослідження економічної сутності того чи іншого явища в науці господарського права необхідне для того, щоб віднайти адекватні правові форми відносин, які становлять предмет відповідної галузі права, а тому визначити й висвітлити правову природу тієї чи іншої категорії господарського обороту неможливо без з'ясування її економічної сутності, і навпаки, вирішенню різноманітних економічних завдань сприяє використання адекватних правових форм (при цьому бізнес знов-таки не виняток);

3) правова наукова думка не завжди встигає засвоювати досягнення економічної науки щодо ринкової інфраструктури, різноманітних форм господарювання тощо, у результаті чого економічна та правова проблематика підприємництва (зайняття бізнесом) у сфері господарювання виявляється замкненою єдиним колом.

В економіко-правовій літературі досить часто бізнес (підприємництво) визначається не просто як господарська діяльність, а саме як тип господарської поведінки, заснованої на пошуку нових, більш ефективних засобів використання ресурсів, організаційно-господарському новаторстві, нововведеннях, задоволенні потреб як суспільства загалом, так і конкретного споживача. У загальному вигляді під бізнесом розуміється корисна економічна (господарська) діяльність, що має своєю головною метою отримання прибутку. Тобто це насамперед форма економічної активності, спрямована на здобуття максимального прибутку.

Вважаємо найбільш виправданим із позиції потреб чинного господарського законодавства підхід до розуміння підприємництва та бізнесу як до синонімічних понять.

Усе розмаїття підходів щодо економіко-правової сутності бізнесу (підприємництва), його теоретичної основи може бути зведене до таких основних підходів, як атрибутивний, процесуальний, діяльнісний, інституціональний і функціональний. Аналіз кожного з них свідчить про те, що в основу легального визначення підприємництва, а також його правового забезпечення покладено атрибутивний і діяльнісний підходи.

На нашу думку, співвідношення між такими економіко-правовими категоріями, як «підприємницька діяльність (підприємництво)», «комерційна діяльність» та «торговельна діяльність (торгівля)», має вибудовуватися в такій логічній послідовності: господарська діяльність – підприємницька (комерційна) діяльність – торговельна діяльність.

Список використаних джерел:

1. Андреева Л.В. Правовое регулирование торговой деятельности в России (теория и практика). М.: Проспект, 2013. 350 с.
2. Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: ТК «Велби», Изд-во «Проспект», 2005. 432 с.
3. Бобров В.Я. Основы рыночной экономики. К.: Либідь, 1995. 320 с.
4. Бусыгин А.В. Предпринимательство. М.: Дело, 2001. 640 с.
5. Варналій З.С. Мале підприємництво: основи теорії і практики. К.: Знання; КОО, 2008. 302 с.

6. Господарське право / за ред. О.П. Подцерковного. Х.: Одіссей, 2010. 640 с.
7. Дзюбик С.Д., Ривак О.С. Основи економічної теорії. К.: Основи, 1994. 423 с.
8. Добрава Н.В., Осипова М.М. Основи бізнесу. О.: Бондаренко М.О., 2018. 305 с.
9. Доллан Э.Дж., Линдсей Д. Макроэкономика / пер. с англ. В.В. Лукашевича др.; под общ. ред. Б.С. Лисовика и др. СПб., 1994. 405 с.
10. Друкер П. Энциклопедия менеджмента / пер. с англ. О.Л. Пелявского. М.: Вильямс, 2004. 432 с.
11. Економічна теорія: політекономія / за ред. В.Д. Базилевича. К.: Знання, 2008. 719 с.
12. Ермошенко Н.Н., Борсученко Э.И. Формы предпринимательства за рубежом. К.: УкрНИИТИ, 1991. 80 с.
13. Задыхайло Д.В. Проблемы кодификации предпринимательского законодательства. Предпринимательство, хозяйство и право. 1998. № 5. С. 6.
14. Иванов Ю.Б., Кравченко Ю.І., Хоменко М.М. Вступ до бізнесу. К.: Лібра, 1995. 252 с.
15. Калабухова С.В. Визначення соціально-економічної сутності підприємницької діяльності як об'єкта аналітичного забезпечення. Економічні науки. Серія «Облік і фінанси». 2011. Вип. 8. Ч. 1. С. 210–226.
16. Кашанина Т.В. Предпринимательство (правовые основы). М.: Юридическая литература, 1994. 377 с.
17. Кісельов А.П. Основи бізнесу. К.: Вища школа, 1997. 191 с.
18. Cole A. Business Enterprise in its Social Setting. Harvard: Business & Economics, 1959. 286 p.
19. Коммерческо-посредническая деятельность на товарном рынке / под ред. А.В. Зырянова. Екатеринбург, 1995. 416 с.
20. Консидайн Б. Больше, чем жизнь: удивительная биография доктора Арманда Хаммера / под ред. М.Г. Стурюа. М.: Прогресс, 1981. 224 с.
21. Корогод І.В. Генезис і сутнісна характеристика бізнесу в контексті економічних учень. Економіка і регіон. 2012. № 2. С. 57–62.
22. Краева Н.М., Минаев В.Н. Особенности развития российского предпринимательства. Общество и экономика. 1995. № 4. С. 76–78.
23. Крутик А.Б., Пименова А.Л. Введение в предпринимательство. СПб.: Политехника, 1995. 583 с.
24. Kuratko F.D., Hodgets M.R. Entrepreneurship: A Contemporary Approach. Texas: The Dryden Press, 1995. 748 p.
25. Лаготюк В.О., Безродна С.М. Підприємництво і бізнес-культура. Чернівці: Родовід, 2016. 158 с.
26. Лапшин В.В. Бізнес: соціально-економічна сутність і проблема визначення. Сучасна картина світу: інтеграція наукового та позанаукового знання: збірник наукових праць. Суми: УАБС НБУ, 2004. Вип. 3. С. 112–116.
27. Леонтьев А.Н. Деятельность. Сознание. Личность. М.: Политиздат, 1977. 188 с.
28. Лукашевич М.П. Соціологія ринку. К.: ІПК ДСЗУ, 2011. 231 с.
29. Львов Ю.А. Основы экономики и организации бизнеса. СПб.: Форма, 1992. 384 с.
30. Медынский В.Г., Шаршукова Л.Г. Инновационное предпринимательство. М.: Инфра-М, 1997. 240 с.
31. Мусияка В.Л. Правовые основы предпринимательской деятельности. Х.: Бизнес-информ, 1995. 90 с.
32. Мусаелян И.Э., Славинский Ю.О. Психология предпринимательства – новая область отечественной психологической науки. Вестник Московского университета. Серия 14 «Психология». 1995. № 1. С. 21–24.

33. Нельга Т.О. Українське підприємництво: історичні передумови й соціокультурні детермінанти. Філософська і соціологічна думка. 1994. № 7. С. 81–84.
34. Онищенко В.Ф., Мельничук В.П. Организация и экономика частного предприятия. К.: Ділова Україна, 1993. 93 с.
35. Осовська Г.В., Осовський О.А. Основы менеджменту. К.: Кондор, 2008. 664 с.
36. Пилипенко В.Є., Шевель І.П. Соціологія підприємництва. К.: Європа, 1997. 104 с.
37. Пачковський Ю.Ф. Підприємництво як предмет соціопсихологічного дослідження (діяльнісно-поведінковий аспект): дис. ... докт. соціол. наук: 22.00.04; Львівський нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2003. 427 с.
38. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права (1917 г.). М.: Статут, 2001. 354 с.
39. Покропивний С.Ф., Колот В.М. Підприємництво: стратегія, організація, ефективність. К.: КНЕУ, 1998. 352 с.
40. Про утворення Ради бізнес-омбудсмена: Постанова Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2014 р. № 691 / Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/691-2014-%D0%BF>.
41. Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 1994. 208 с.
42. Предпринимательское (хозяйственное) право / ред.: В.В. Лаптев, С.С. Занковский. М.: Волтерс Клувер, 2006. 560 с.
43. Предпринимательство / ред.: В.Я. Горфинкель, Г.Б. Поляк, В.А. Швандар. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. 581 с.
44. Предприниматель Украины: эскиз к социальному портрету / ред.: В.М. Ворона, Е.И. Суименко. К.: Ин-т социологии НАНУ, 2001. 352 с.
45. Про внесення змін до Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» щодо відновлення можливостей розвитку малого та середнього бізнесу з використанням позикового фінансування на території проведення антитерористичної операції: Закон України від 21 грудня 2017 р. № 2266-VIII / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2266-19>.
46. Пугинский Б.И. Коммерческое право и предпринимательство. Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права: сборник научных статей / под общ. ред. В.Ф. Попондопуло, О.Ю. Скворцова. М.: Волтерс Клувер, 2005. Вып. 5. С. 49–60.
47. Радаев В.В. Экономическая социология. М.: ГУ ВШЭ, 2005. 603 с.
48. Розенблатт С., Боннингтон Р., Нидлс Б. Концепция бизнеса. Рыночная экономика. М.: Соминтек, 1992. 685 с.
49. Саніахметова Н.О. Підприємницьке право. К.: А.С.К., 2005. 912 с.
50. Толковый словарь по управлению / под ред. В.В. Познякова. М.: Аланс, 1994. 252 с.
51. Форд Г. Моє життя та робота / пер. з англ. У. Джаман. К.: Наш Формат, 2015. 384 с.
52. Хайек Ф.А. Экономическая теория 1920-х годов: взгляд из Вены. Судьбы либерализма в XX веке. М.: ИРИСЭН, 2009. 337 с.
53. Хизрич Р., Питере М. Предпринимательство, или как завести собственное дело и добиться успеха. Выпуск I: предприниматель и предпринимательство. М.: Прогресс, 1992. 160 с.
54. Shapiro A. Entrepreneurship and Economic Development. New York: Project ISEED, 1975. 22 p.
55. Шершеневич Г.С. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). М.: СПАРК, 1994. 335 с.
56. Шумпетер Й.А. Теория экономического развития. Капитализм, социализм и демократия. М.: Эксмо, 2007. 864 с.
57. Щербина В.С. Господарське право. К.: Юрінком Інтер, 2012. 600 с.

References:

1. Andreeva L.V. Pravovoe regulirovanie torgovoy deyatel'nosti v Rossii (teoriya i praktika). M.: Prospekt, 2013. 350 s.
2. Belyih V.S. Pravovoe regulirovanie predprinimatelskoy deyatel'nosti v Rossii. M.: TK "Velbi", "Prospekt", 2005. 432 s.
3. Bobrov V.Ya. Osnovy rynkovoi ekonomiki. K.: Lybid, 1995. 320 s.
4. Busyigin A.V. Predprinimatel'stvo. M.: Delo, 2001. 640 s.
5. Varnalii Z.S. Male pidpriemnytstvo: osnovy teorii i praktyky. K.: Znannia, KOO, 2008. 302 s.
6. Hospodarske pravo / pod red. O. P. Podtserkovnoho. Kh.: Odissei, 2010. 640 s.
7. Dziubyk S.D., Ryvak O.S. Osnovy ekonomichnoi teorii. K.: Osnovy, 1994. 423 s.
8. Dobrova N.V., Osypova M.M. Osnovy biznesu. Odesa: Bondarenko M.O., 2018. 305 s.
9. Dollan E.Dzh., Lindsey D. Makroekonomika / per. s angl. V.V. Lukashevicha i dr.; pod obsch. red. B.S. Lisovika i dr. SPb., 1994. 405 s.
10. Druker P. Entsiklopediya menedzhmenta / per. s angl. O.L. Pelyavskogo. M.: Vilyams, 2004. 432 s.
11. Ekonomichna teoriia: politekonomiia / za red. V.D. Bazylevycha. K.: Znannia, 2008. 719 s.
12. Ermoshenko N.N., Borsuchenko E.I. Formy predprinimatel'stva za rubezhom. K.: UkrNIINTI, 1991. 80 s.
13. Zadyhaylo D. Problemy kodifikatsii predprinimatelskogo zakonodatel'stva. Predprinimatel'stvo, hozyaystvo i pravo. 1998. No 5. S. 6.
14. Ivanov Yu.B., Kravchenko Yu.I., Khomenko M.M. Vstup do biznesu. K.: Libra, 1995. 252 s.
15. Kalabukhova S.V. Vyznachennia sotsialno-ekonomichnoi sutnosti pidpriemnytskoi diialnosti yak obiekta analitychnoho zabezpechennia. Ekonomichni nauky. Seriia "Oblik i finansy". 2011. Vyp. 8. Ch. 1. S. 210–226.
16. Kashanina T.V. Predprinimatel'stvo (pravovye osnovy). M.: Yurid. lit., 1994. 377 s.
17. Kislov A.P. Osnovy biznesu. K.: Vyscha shkola, 1997. 191 s.
18. Cole A. Business Enterprise in its Social Setting. Harvard: Business & Economics, 1959. 286 s.
19. Kommerchesko-posrednicheskaya deyatel'nost na tovarnom rynke / pod red. A.V. Zyryanova. Ekaterinburg, 1995. 416 s.
20. Konsidain B. Bolshe, chem zhizn: Udivitel'naya biografiya doktora Armanda Hammera / pod red. M.H. Sturua. M.: Progress, 1981. 224 s.
21. Korohod I.V. Henezys i sutnisna kharakterystyka biznesu v konteksti ekonomichnykh uchen. Ekonomika i rehion. 2012. № 2. S. 57–62.
22. Kraeva N.M., Minaev V.N. Osobennosti razvitiya rossiyskogo predprinimatel'stva. Obschestvo i ekonomika. 1995. No 4. S. 76–78.
23. Krutik A.B., Pimenova A.L. Vvedenie v predprinimatel'stvo. SPb.: Politehnika, 1995. 583 s.
24. Kuratko F.D., Hodgets M.R. Entrepreneurship: A Contemporary Approach. Texas: The Dryden Press, 1995. 748 p.
25. Lahotiuk V.O., Bezrodna S.M. Pidpriemnytstvo i biznes-kultura. Chernivtsi: Rodovid, 2016. 158 s.
26. Lapshyn V.V. Biznes: sotsialno-ekonomichna sutnist i problema vyznachennia. Suchasna kartyna svitu: intehratsiia naukovoho ta pozanaukovoho znannia: zb. nauk. prats. Sumy: UABS NBU, 2004. Vyp. 3. S. 112–116.
27. Leontev A.N. Deyatel'nost. Soznanie. Lichnost. M.: Politizdat, 1977. 188 s.
28. Lukashevych M.P. Sotsiologiia rynku. K.: IPK DSZU, 2011. 231 s.
29. Lvov Yu.A. Osnovy ekonomiki i organizatsii biznesa. SPb.: Formika, 1992. 384 s.
30. Medyinskiy V.G., Sharshukova L.G. Innovatsionnoe predprinimatel'stvo. M.: Infra-M, 1997. 240 s.
31. Musiyaka V.L. Pravovye osnovy predprinimatelskoy deyatel'nosti. H.: Biznes-inform, 1995. 90 s.

32. Musaelyan I.E., Slavinskiy Yu.O. Psihologiya predprinimatelstva – novaya oblast otechestvennoy psihologicheskoy nauki. Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 14 “Psihologiya”. 1995. No 1. S. 21–24.
33. Nelha T.O. Ukrainske pidpriemnytstvo: istorychni peredumovy y sotsiokulturni determinanty. Filosofska i sotsiologichna dumka. 1994. № 7. S. 81–84.
34. Onischenko V.F., Melnichuk V.P. Organizatsiya i ekonomika chastnogo predpriyatiya. K.: Dilova Ukrayina, 1993. 93 s.
35. Osovska H.V., Osovskiy O.A. Osnovy menedzhmentu. K.: Kondor, 2008. 664 s.
36. Pylypenko V.E., Shevel I.P. Sotsiologhiia pidpriemnytstva. K.: Yevropa, 1997. 104 s.
37. Pachkovskiy Yu.F. Pidpriemnytstvo yak predmet sotsiopsykholohichnoho doslidzhennia (diialnisno-povedinkovi aspekt): dys. ... dokt. sotsiol. nauk: 22.00.04; Lvivskiy nats. un-t im. Ivana Franka. Lviv, 2003. 427 s.
38. Pokrovskiy I.A. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava (1917 g.). M.: Statut. 2001. 354 s.
39. Pokropyvnyi S.F., Kolot V.M. Pidpriemnytstvo: stratehiia, orhanizatsiia, efektyvnist. K.: KNEU, 1998. 352 s.
40. Polozhennia pro Radu biznes-ombudsmena: skhvaleno postanovoiu Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 26.11.2014 r. № 691. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/691-2014-%D0%BF>.
41. Popondopulo V.F. Pravovoy rezhim predprinimatelstva. SPb.: Izd-vo S.-Peterb. un-ta, 1994. 208 s.
42. Predprinimatelskoe (hozyaystvennoe) pravo / red.: V.V. Laptev, S.S. Zankovskiy. M.: Volters Kluver, 2006. 560 s.
43. Predprinimatelstvo / red.: V.Ya. Gorfinkel, G.B. Polyak, V.A. Shvandar. M.: YuNITI-DANA, 2001. 581 s.
44. Predprinimatel Ukrainyi: eskiz k sotsialnomu portretu / red.: V.M. Vorona, E.I. Suimenko. K.: In-t sotsiologii NANU, 2001. 352 s.
45. Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy “Pro tymchasovi zakhody na period provedennia antyterorystychnoi operatsii” shchodo vidnovlennia mozhlyvosti rozvytku maloho ta serednoho biznesu z vykorystanniam pozыkovoho finansuvannia na terytorii provedennia antyterorystychnoi operatsii: Zakon Ukrainy vid 21.12.2017 r. № 2266-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2266-19>.
46. Puginskiy B.I. Kommercheskoe pravo i predprinimatelstvo. Aktualnyie problemy nauki i praktiki kommercheskogo prava: sb. nauchn. st. / pod obsch. red. V.F. Popondopulo, O.Yu. Skvortsov. M.: Volters Kluver, 2005. Vyip. 5. S. 49–60.
47. Radaev V.V. Ekonomicheskaya sotsiologiya. M.: ID GU VShE, 2005. 603 s.
48. Rozenblatt S., Bonnington R., Nidls B. Kontseptsiya biznesa. Ryinochnaya ekonomika. M.: Somintek, 1992. 685 s.
49. Saniakhmetova N.O. Pidpriemnytske pravo. K.: A.S.K., 2005. 912 s.
50. Tolkovyy slovar po upravleniyu / pod. red. V.V. Poznyakova. M.: Alans, 1994. 252 s.
51. Ford H. Moie zhyttia ta robota / per. z anhl. U. Dzhaman. K.: Nash Format, 2015. 384 s.
52. Hayek F.A. Ekonomicheskaya teoriya 1920-h godov: vzglyad iz Venyi. Sudbyi liberalizma v XX veke. M.: IRISN, 2009. 337 s.
53. Hizrich R., Pitere M. Predprinimatelstvo, ili kak zavesti sobstvennoe delo i dobitya uspeha. Vyip. I: predprinimatel i predprinimatelstvo. M.: Progress, 1992. 160 s.
54. Shapero A. Entrepreneurship and Economic Development. New York: Project ISEED, 1975. 22 p.
55. Shershenevich G.S. Uchebnik trgovogo prava (po izdaniyu 1914 g.). M.: SPARK, 1994. 335 s.
56. Shumpeter Y.A. Teoriya ekonomicheskogo razvitiya. Kapitalizm, sotsializm i demokratiya. M.: Eksmo, 2007. 864 s.
57. Shcherbyna V.S. Hospodarske pravo. K.: Yurinkom Inter, 2012. 600 s.

CONCEPT OF BUSINESS, ITS ECONOMIC AND LEGAL NATURE AND CORRELATION WITH RELATED CATEGORIES

Victoria Reznikova,

*Professor of the Department
of Economic Law of the Faculty of Law
of Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Doctor of Law, Professor
reznikova.vv78@gmail.com
orcid.org/0000-0003-0149-0710
Researcher ID O-4799-2018*

Iryna Kravets,

*Associate Professor of the Department
of Economic Law of the Faculty of Law
of Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Candidate of Law, Associate Professor
ikravets104@gmail.com
orcid.org/0000-0002-7523-5045
Researcher ID O-O-3908-2018*

The concept of business is not legally defined, but it has become widespread in the economy, law and in the entrepreneurship practice. It applies in parallel with concepts of entrepreneurship, business and trade. Therefore, it is necessary to determine interrelation between these concepts.

Determination of the main aspects of the state's economic policy and choosing of specific economy or business activity state regulation legal forms, etc., are impossible without understanding of business concept essence.

The article is devoted to researching of the business concept, its economic and legal nature and interrelations with neighbor legal categories. It defines the concept of business according international economic and legal sources. The strategy and the tactics of business also were outlined in this article and as a conclusion was assumed that they are interdependent. Strategy determines the success (profitability) or failure (loss making), as well as the whole activity or separate operation. At the same time, the strategy can't exist and be realize without concrete actions (tactics).

According to the research results, was established that the concept of business is complex and multi-valued with not fully explored, economic and legal nature. It should not be regarded as only economic, social or legal phenomenon. In international economic and legal sources business (entrepreneurship) is often defined not only as economic activity, but as a type of economic behavior based on searching for new more effective means of using resources, organizational and economic innovations needs of society as a whole and individual consumers. In general, business refers to a useful economic (economic) activity with main purpose of making profit. Mainly, this is a form of economic activity aimed at maximizing profits.

There are three main approaches to interrelations between the volume and concept of the business and entrepreneurship: 1) the concept of business is broader than the concept of entrepreneurship; 2) the concept of entrepreneurship is broader than the concept of business; 3) the concepts of business and entrepreneurship are synonymous. The most reasona-

ble, including from current economic legislation requirements point of view, is recognition that entrepreneurship and business are synonymous concepts.

After analyzing economic and legal sources, all approaches diversity to the economic and legal essence of business (entrepreneurship), its theoretical basis, was systematized and reduced to such basic approaches: attributive, procedural, activity, institutional and functional. An analysis of each approach has shown that the in basis for the legal definition of entrepreneurship, as well as in its legal support were put attributive and activity approaches. The doctrinal approaches to the interrelation of concepts "entrepreneurship activity (entrepreneurship)", "commercial activity" and "trading activity (trade)" are analyzed in the article. Doctrinal approaches to this question differ radically. Was substantiated that the interrelation between them should be constructed in the following logical sequence: economic activity – business (commercial) activity – trade activity.

Key words: business, business concept, economic and legal nature of business, basic approaches to the economic and legal essence of business, entrepreneurship, strategy and tactics of business.

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ЗАХИСТУ ДІТЕЙ ВІД ВПЛИВУ ШКІДЛИВОЇ ІНФОРМАЦІЇ РЕКЛАМНОГО ЗМІСТУ

***Метою** статті є аналіз суб'єктного складу адміністративних правовідносин захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами, виявлення недоліків цієї системи та розроблення пропозицій для її вдосконалення з метою підвищення ефективності захисту прав і законних інтересів дітей у галузі реклами.*

*Автор використовує **методи** та прийоми логіки, зокрема аналізу, узагальнення й дефінування. Застосовується формально-юридичний метод для оцінки та інтерпретації положень нормативно-правових актів. Автор надав оцінку зарубіжному досвіду вирішення проблем, які є предметом дослідження.*

Надано конкретні пропозиції щодо вдосконалення системи суб'єктів адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами. Запропоновано створити окремий орган зі спеціальною компетенцією у сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами. Також дослідником пропонується включити до системи суб'єктів відповідних правовідносин органи саморегулювання. Автор вважає за доцільне розширити перелік суб'єктів рекламної діяльності, які несуть відповідальність за порушення законодавства про рекламу, включивши до нього рекламні агентства.

***Результати** дослідження передбачають здійснення інституційних і функціональних реформ системи публічної адміністрації у сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами. Зокрема, має бути створений окремий орган зі спеціальною компетенцією в цій сфері, якому повинні бути передані повноваження низки інших органів. Також передбачається розширення повноважень громадських організацій та створення правових передумов для функціонування саморегулювних організацій у галузі реклами. Це означає необхідність внесення змін до існуючих нормативно-правових актів та розроблення, прийняття й упровадження нових. Усе вищезазначене має сприяти системному підвищенню ефективності захисту дітей у цій сфері.*

***Висновки.** Автор демонструє власне бачення поняття «суб'єкт адміністративних правовідносин» у контексті дослідження. Зазначається, що не є можливою побудова цілісної дефініції категорії «суб'єкти адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами» з огляду на різноманітність і складність її структурних елементів. Автор пропонує власний варіант вирішення проблем побудови системи суб'єктів адміністративних правовідносин у зазначеній сфері. Зокрема, запропоновано варіант побудови системи суб'єктів правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами.*

Ключові слова: діти, реклама, суб'єкти рекламної діяльності, суб'єкти владних повноважень, права дитини, адміністративно-правова охорона.



**Левченко Анастасія
Олегівна,**
аспірант кафедри
адміністративного права
юридичного факультету
Київського національного
університету
імені Тараса Шевченка
anastasialevchenko93@gmail.com
orcid.org/0000-0002-9721-3234

1. Вступ

Актуальність теми дослідження пов'язана з відсутністю однозначного доктринального та правозастосовного розуміння механізму захисту дітей від шкідливої інформації рекламного характеру. Поширення шкідливої інформації створює загрозу для належного розвитку дитини та порушує публічний інтерес суспільства у вихованні здорового майбутнього покоління. Держава як гарант прав і законних інтересів людини зобов'язана вживати всіх необхідних заходів для припинення протиправної поведінки та відновлення порушених прав і законних інтересів. Однак без розуміння суб'єктного складу адміністративних правовідносин неможливо побудувати ефективну правозахисну діяльність держави, розробити адміністративні процедури щодо контролю й притягнення до юридичної відповідальності тощо. Як наслідок, для формування комплексного адміністративно-правового механізму захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами важливим є дослідження його базового елемента – суб'єктного складу.

Стан наукового дослідження проблеми. Теоретичні підходи до розуміння адміністративних правовідносин були розроблені В.Б. Авер'яновим, Д.М. Бахрахом, В.М. Бевзенком, Є.С. Герасименко, П.В. Діхтієвським, О.А. Заярним, Л.В. Ковалем, І.Б. Коліушком, Є.В. Курінним, Д.М. Лук'янцем, Р.С. Мельником, Т.М. Олексенко, О.І. Харитоновною та іншими вченими. Питаннями рекламних правовідносин та їх суб'єктним складом займалися Є.В. Ромат, Ю.О. Громенко, І.Б. Тацишин, А.В. Гринько-Гузевська, А.В. Стрельников, І.І. Беца та інші науковці. Незважаючи на тривале ґрунтовне вивчення системи суб'єктів рекламних правовідносин, питання правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації та їх суб'єктний склад досі залишаються малодослідженими.

Метою статті є аналіз правового статусу суб'єктів адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації рекламного характеру, виявлення недоліків у суб'єктному складі правовідносин та розроблення пропозиції для його вдосконалення з метою підвищення ефективності захисту прав і законних інтересів дітей.

2. Загальна характеристика поняття

У науковій літературі поняття «суб'єкт адміністративних правовідносин» визначається по-різному. В акаде-

мічному курсі за загальною редакцією В.Б. Авер'янова під суб'єктами адміністративних правовідносин розуміються «суб'єкти адміністративного права, тобто носії передбачених адміністративно-правовими нормами прав та обов'язків, які здатні ці права реалізовувати, а покладені обов'язки – виконувати» (Авер'янов, 2004). У підручнику за редакцією І.С. Гриценка суб'єкти адміністративно-правових відносин визначаються як конкретні учасники (сторони) цих відносин, наділені законодавчо (нормативно) закріпленими правами й обов'язками, які вони здійснюють у сфері публічного управління (Гриченко, 2014). О.В. Кузьменко та В.К. Колпаков наголошують на необхідності розрізняти суб'єктів адміністративного права та адміністративних правовідносин. Суб'єкт адміністративного права має потенційну здатність вступати в адміністративні правовідносини, тоді як суб'єкт адміністративних правовідносин – це фактичний учасник правових зв'язків у сфері управління, тобто він обов'язково бере в них участь (Кузьменко, Колпаков, 2003).

Ми згодні з підходом, за яким необхідно розрізняти суб'єкта адміністративного права та суб'єкта адміністративних правовідносин, і пропонуємо під суб'єктом адміністративних правовідносин розуміти фактичного учасника правовідносин, який наділений законодавчо закріпленими правами й обов'язками. Відповідно, під суб'єктами адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами варто розуміти фактичних учасників суспільних відносин, наділених правами й обов'язками, що необхідні для припинення протиправної діяльності в галузі реклами та відновлення прав і законних інтересів дітей, порушених унаслідок поширення шкідливої інформації.

У сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами суб'єктів правовідносин можна поділити на три групи:

- 1) суб'єкти владних повноважень;
- 2) суб'єкти рекламної діяльності;

3) суб'єкти звернення до суб'єктів владних повноважень зі скаргою/поданням, що містять повідомлення про рекламу, зміст та/або форма якої не відповідають законодавству.

3. Суб'єкт владних повноважень

До суб'єктів владних повноважень належать органи державної влади, наділені контрольними повноваженнями в галузі реклами та повноваженнями щодо притягнення порушників до адміністративної відповідальності. При цьому до досліджуваної групи не варто включати суб'єктів нормотворчої діяльності (крім наділених контрольно-наглядовими й адміністративно-юрисдикційними повноваженнями), таких як Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України тощо, оскільки їх діяльність спрямована на виконання регулятивної функції держави, а не захисної, тоді як захист передбачає вжиття заходів впливу щодо суб'єктів, які порушують встановлений порядок здійснення господарської діяльності.

До першої групи необхідно віднести насамперед Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів (далі – Держпродспоживслужба України). Її створення було передбачене в Постанові Кабінету Міністрів України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 10 вересня 2014 р. № 442 шляхом перетворення Державної ветеринарної та

фітосанітарної служби та приєднання до неї Державної інспекції з питань захисту прав споживачів і Державної санітарно-епідеміологічної служби (Постанова Кабінету Міністрів України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади», 2014).

У галузі реклами основним завданням Держпродспоживслужби України є реалізація державної політики у сфері державного контролю за дотриманням законодавства про рекламу в частині захисту прав споживачів реклами (пп. 1 п. 3 Положення про Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2015 р. № 667 (далі – Положення)) (Постанова Кабінету Міністрів України «Положення про Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів», 2015). Відповідно до покладеного на неї завдання вона має право здійснювати контроль за дотриманням законодавства про рекламу в частині захисту прав споживачів реклами, приймати рішення про визнання реклами недобросовісною, прихованою, про визнання порівняння в рекламі неправомірним з одночасним зупиненням її поширення (пп. 9 п. 4 Положення). Варто звернути увагу на те, що повноваження Держпродспоживслужби України в галузі реклами обмежуються винятково випадками, коли може бути або було завдано шкоди споживачам. З огляду на той факт, що поняття «споживач» не має жодних вікових обмежень, можна зробити висновок, що Держпродспоживслужба України уповноважена також захищати права споживачів-дітей у галузі реклами.

Іншим органом, який наділяється контрольними повноваженнями в галузі реклами, є Національна рада телебачення і радіомовлення України (далі – Національна рада). До її наглядових повноважень належить нагляд за дотриманням телерадіоорганізаціями та провайдерами програмної послуги вимог Закону України «Про рекламу» щодо спонсорства й порядку поширення реклами на телебаченні та радіомовленні (Закон України «Про телебачення та радіомовлення», 1993). З огляду на це можна зробити висновок, що Національна рада уповноважена також здійснювати контроль за поширенням на телебаченні й радіо реклами, яка може завдати шкоду дітям. Такий висновок обґрунтовується тим, що правила поширення реклами на телебаченні та радіо стосуються також прав і законних інтересів дітей. Наприклад, існують обмеження щодо трансляції реклами в перервах між дитячими програмами (Закон України «Про рекламу», 1996).

На окрему увагу заслуговує вирішення питання про те, чи варто включати Антимонопольний комітет України до суб'єктів владних повноважень, уповноважених здійснювати контроль у межах досліджуваної групи правовідносин. Незважаючи на те, що він входить до системи контролюючих органів у галузі реклами, його повноваження є досить специфічними та спрямовуються виключно на дотримання законодавства про захист економічної конкуренції. А отже, він не уповноважений захищати права й законні інтереси дітей як споживачів реклами.

Водночас варто звернути увагу на той факт, що до недобросовісної конкуренції належить поширення інформації, яка вводить в оману, у тому числі в рекламі (Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції», 1996). Неправдива інформація, безумовно, належить до шкідливої, адже може завдати шкоди дітям (наприклад,

через перебільшення властивостей іграшки для дітей або проголошення унікальних властивостей дитячих товарів). Із цього постає, що дії Антимонопольного комітету України щодо припинення поширення інформації, яка вводить в оману, сприяють не лише захисту економічної конкуренції, а й досягненню побічного результату у вигляді захисту прав і законних інтересів дітей. Саме тому обґрунтованим є висновок про включення Антимонопольного комітету України до переліку суб'єктів адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації.

Водночас до суб'єктів владних повноважень не варто відносити такі органи (їх перелік закріплено в ч. 1 ст. 26 Закону України «Про рекламу»): Міністерство фінансів України, Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку, Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, Державну службу України з питань праці. Це пов'язано з тим, що зазначені органи здійснюють контроль за тими різновидами реклами, які не спрямовані на дітей та не можуть бути їм цікаві (наприклад, реклами цінних паперів).

З урахуванням викладеного першу групу суб'єктів досліджуваних адміністративних правовідносин можна охарактеризувати таким чином: суб'єкти владних повноважень нарівні із суб'єктами рекламної діяльності є обов'язковими учасниками цих правовідносин; одним з основних їхніх завдань є реалізація правоохоронної та правозахисної функцій держави. А найголовніше те, що до предметної сфери діяльності цих органів має входити протидія створенню й поширенню шкідливої інформації рекламного характеру, яка може завдати шкоди дітям.

4. Суб'єкти рекламної діяльності

Друга група суб'єктів адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами охоплює учасників ринку реклами, щодо яких суб'єкт владних повноважень має право проводити заходи державного контролю, а також застосовувати заходи адміністративної відповідальності. У Законі України «Про рекламу» визначені такі види суб'єктів рекламної діяльності:

- рекламодавець;
- розповсюджувач реклами;
- виробник реклами.

Поведінка кожного із цих суб'єктів підпадає під ознаки окремих складів адміністративних правопорушень, передбачених у ст. 27 Закону України «Про рекламу», у більшості з яких шкода може бути завдана дітям, за винятком складів правопорушень, об'єктивна сторона яких полягає в порушенні прав третіх осіб під час виготовлення реклами виробниками реклами та надання недостовірної інформації виробнику реклами, необхідної для виробництва реклами. Такий підхід зумовлений тим, що шкода дітям може бути завдана інформацією, яка міститься в рекламі, а також якщо реклама товарів, які можуть рекламуватися виключно дорослим, розміщується в дитячих виданнях або демонструється в не відведений для цього час тощо. Тоді як порушення в процесі виготовлення реклами не можуть завдати шкоди дітям, адже стосуються переважно «використання рекламних матеріалів третіх осіб під час виготовлення реклами, прав третіх осіб на об'єкти авторського права та інші об'єкти права інтелектуальної власності, що використовуються під час виготовлення реклами тощо» (Андрощук, Шкляр, 2012).

Таким чином, виключно рекламодавець та розповсюджувач реклами є суб'єктами адміністративних правовідносин щодо захисту дітей у галузі реклами. Рекламодавець може замовити рекламу зі сценами насильства або із зображеннями дітей у небезпечних ситуаціях (у такому разі відбуватиметься порушення обмежень щодо недопустимості замовлення поширення реклами, забороненої законом). Розповсюджувач може не дотримуватися обмежень щодо часу демонстрації реклами, яка містить контент, що має обмеження за віком. Тоді як виробник реклами завдає своїми діями шкоди не дітям, а особам, чії торгові марки або авторські матеріали він безпідставно використовує.

Узагальнюючи особливості другої групи суб'єктів адміністративних правовідносин, можемо зазначити, що суб'єкти рекламної діяльності є ще одним обов'язковим учасником цих правовідносин за умови, що шкідлива інформація, яка ними створюється чи поширюється, порушує права та законні інтереси не будь-якого суб'єкта (власника торгової марки, автора реклами, дорослої людини як споживача тощо), а саме дітей.

5. Суб'єкти звернення до суб'єктів владних повноважень

Суб'єкт владних повноважень може як самостійно виявляти правопорушення, так і отримувати про нього інформацію від інших суб'єктів. Насамперед джерелом такої інформації можуть бути звернення громадян України, у тому числі дітей. Можливість подавати скарги дитиною постає зі змісту ч. 2 ст. 3 Закону України «Про звернення громадян», якою забороняється відмова в прийнятті та розгляді звернення з посиланням на вік громадянина (Закон України «Про звернення громадян», 1996). Також правом на звернення до органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування з метою повідомлення про порушення законодавства про рекламу наділені об'єднання громадян та об'єднання підприємств (ст. 29 Закону України «Про рекламу»). Окрім скарг громадян, підставою для проведення перевірок можуть бути подання й звернення інших суб'єктів публічної адміністрації, окрім перелічених у цій статті, у тому числі Уповноваженого Президента України з прав дитини та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

Отже, звернення, що містить інформацію про поширення реклами, зміст та/або форма якої порушує права й законні інтереси дитини, може бути підставою для виникнення втручальних правовідносин у галузі реклами. Саме це зумовлює доцільність виділення третьої категорії в системі суб'єктів адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації в галузі реклами.

6. Пропозиції щодо вдосконалення

Викладена система суб'єктів адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації є досить розгалуженою та охоплює всі аспекти захисту дітей. Однак детальний аналіз законодавства й наукових робіт у галузі реклами дає змогу констатувати існування в ній суттєвих недоліків, які можуть бути усунені завдяки впровадженню певних пропозицій.

По-перше, автор підтримує концепцію, яка висловлювалася багатьма вченими (Шведун, 2016; Корнієв, Олійник, 2013; Леськів, 2016), щодо необхідності створення єдиного органу, який би займався виключно питаннями контролю за дотриманням законодавства про рекламу. На сьогодні повноваження Держпродспоживслуж-

би України охоплюють надмірно широкий спектр питань. А зосередженість служби виключно на рекламній діяльності є необхідною, оскільки лише цей орган може накладати штрафи за порушення законодавства про рекламу з метою захисту прав споживачів. Отже, надмірна розпорошеність призводить до неефективності діяльності державного органу, що є особливо важливим з огляду на те, що інші суб'єкти владних повноважень не можуть вживати жодних заходів щодо припинення та протидії порушенням прав і законних інтересів дітей як споживачів реклами.

Ось чому доцільною є реорганізація існуючої системи органів, уповноважених здійснювати контроль за дотриманням законодавства про рекламу, шляхом передачі їхніх повноважень новоствореному органу. Останній має займатися виключно питаннями контролю та притягнення порушників до відповідальності. У результаті система суб'єктів владних повноважень буде складатися з новоутвореного органу та Антимонопольного комітету України, повноваження якого залишаться незмінними. За таких умов контроль за діяльністю суб'єктів рекламного ринку буде більш ефективним, а захист прав дітей – більш оперативним.

По-друге, пропонуємо включити до системи суб'єктів адміністративних правовідносин четверту групу – органи саморегулювання. Саморегулювання означає надання можливості суб'єктам певного виду професійної діяльності внаслідок об'єднання на добровільній основі на принципах самоорганізації самостійно регулювати (шляхом локальної нормотворчості) та контролювати здійснення такої діяльності (Кологойда, 2016). Під органами саморегулювання розуміються «різні громадські організації (об'єднання), асоціації та спілки юридичних осіб, які регулюють рекламу через правила поведінки рекомендаційного характеру, що базуються переважно на етичних нормах» (Черячукін, 2002).

Введення системи саморегулювання в Україні необхідне з огляду на низку недоліків системи державного регулювання, основними з яких є такі: а) тривалість процедури прийняття нового законодавства та відставання правового регулювання від реальної рекламної практики, що виникає у зв'язку із цим; б) неможливість на законодавчому рівні врегулювати всі необхідні та такі, що постійно змінюються, аспекти рекламної діяльності; в) неможливість урегулювати з позицій закону питання, що стосуються етичної сторони реклами (Чубукова, 2009).

Така система працює виключно на добровільних засадах, оскільки на законодавчому рівні відсутні норми, які покладали б на суб'єктів рекламної діяльності обов'язок виконувати приписи чи рекомендації громадських організацій. Зазвичай громадські організації самостійно приймають акти, у яких визначають порядок їх функціонування, компетенцію, етичні вимоги до рекламної діяльності тощо.

До причин ефективності системи саморегулювання варто віднести такі положення:

- боротьбу з недобросовісною конкуренцією у сфері рекламного бізнесу та викорінення оманливої реклами, що завдає шкоди іміджу всіх рекламистів;
- пом'якшення критики широкою громадськістю діяльності суб'єктів рекламної діяльності;
- запобігання ескалації втручання держави в проблеми галузі реклами (Ромат, 2004);

– загрозу для учасників ринку реклами зазнати серйозних іміджевих втрат (наприклад, у результаті публікації негативної реклами про порушника в засобах масової інформації) за порушення добровільно взятих на себе зобов'язань щодо дотримання етичних вимог.

Таким чином, суб'єкти рекламної діяльності в разі дотримання вимог, що висуваються до них саморегулювними організаціями, у підсумку отримують низку переваг, а в разі порушення етичних правил втрачають більше, ніж від матеріальних чи організаційних обмежень, які застосовуються державою. Адже прес-реліз про неетичну поведінку рекламодавця в засобах масової інформації означає більші втрати для майбутніх доходів, ніж одноразовий штраф. Саме тому, незважаючи на відсутність законодавчо закріпленого обов'язку щодо виконання етичних правил поведінки, саморегулювним організаціям вдається часом досягати навіть більш значного результату в захисті прав і законних інтересів споживачів, ніж суб'єктам владних повноважень.

З огляду на переваги системи саморегулювання в окремих державах громадські організації навіть утворюють спеціальні органи, що займаються виключно питаннями захисту прав і законних інтересів дітей у галузі реклами. Наприклад, у США Рада з удосконалення ділової практики (Council of Better Business Bureaus) та Саморегулятивна рада в галузі реклами (Advertising Self-Regulatory Council) утворили Групу щодо контролю за рекламою, яка адресується дітям (Children's Advertising Review Unit).

Ще одним напрямом роботи громадських організацій є проведення досліджень ринку реклами з різних питань. Так, у Великій Британії їх увага присвячується також питанням захисту неповнолітніх від недобросовісної реклами. За результатами досліджень у цій сфері було опубліковано низку звітів, до яких можна віднести Звіт щодо суспільного сприйняття шкоди та злочинів у галузі реклами у Великобританії 2012 р. (Public perceptions of harm and offence in UK advertising), звіт «Діти та реклама в соціальних мережах» 2013 р. (Children and advertising on social media websites), «Гаряча тема про дітей і рекламу» 2013 р. (ASA Hot Topic on Children and advertising).

Як уже було встановлено, система саморегулювання не може підмінити суб'єктів владних повноважень з огляду на відсутність імперативності в її діях. Проте вона може бути корисною як для учасників ринку реклами, адже забезпечує захист їхніх інтересів під час взаємодії з державними органами, так і, власне, для державних органів, яким можна передавати матеріали, зібрані саморегулювними організаціями для припинення протиправної поведінки. До того ж якщо система саморегулювання працює ефективно, то громадяни будуть звертатися насамперед до громадських об'єднань, а отже, зменшиться навантаження на органи державної влади.

В Україні сьогодні аналогічний механізм саморегулювання рекламної діяльності відсутній. Причин цього декілька. Насамперед повноваження громадських організацій у галузі реклами є незначними. У ст. 29 Закону України «Про рекламу» закріплене право об'єднань громадян та об'єднань підприємств проводити експертизи, звертатися до суду та органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, представляти інтереси своїх членів. Також не є зацікавленими в системі саморе-

гулювання (точніше, у добровільних самообмеженнях) суб'єкти господарювання. Переважно цьому сприяє недосконале законодавство, яке містить прогалини й колізії в правовому регулюванні рекламної діяльності та майже не коригується уповноваженими органами. Як наслідок, вигода від існуючого стану є значно більшою, ніж від створення альтернативи імперативному регулюванню з боку держави. Не допомагає покращенню ситуації також держава, яка з моменту прийняття Закону України «Про рекламу» не проводила комплексних реформ у цій галузі.

Таким чином, необхідне внесення змін до чинного законодавства з метою розширення прав громадських організацій та створення законодавчих передумов для функціонування органів саморегулювання в галузі реклами. Такі зміни дадуть змогу в подальшому посилити охорону й захист прав і законних інтересів дітей як споживачів реклами.

По-третє, необхідним є включення до суб'єктів рекламної діяльності, які несуть відповідальність за порушення законодавства про рекламу, рекламних агентств.

Відповідно до положень Національного класифікатора України ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності» рекламне агентство входить під номером класу 73.11 до групи 73.1 «Рекламна діяльність» розділу 73 «Рекламна діяльність і дослідження кон'юнктури ринку» секції М «Професійна, наукова та технічна діяльність» (Національний класифікатор України ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності», 2010). За даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, на сьогодні в Україні функціонують 162 рекламні агентства. Однак рекламне законодавство не враховує існування такого суб'єкта рекламної діяльності, як рекламне агентство, що призводить до виведення його за межі адміністративної відповідальності в галузі реклами.

Отже, включення рекламного агентства до системи суб'єктів рекламної діяльності в контексті ст. 27 Закону України «Про рекламу» є нагальною необхідністю, адже воно не несе майже жодної відповідальності за порушення прав споживачів, хоча бере активну участь у безпосередньому створенні реклами та сприяє рекламодавцям у її поширенні, виступаючи посередником у правовідносинах із засобами масової інформації та іншими власниками рекламних засобів.

7. Висновки

Таким чином, під суб'єктом адміністративних правовідносин у сфері захисту дітей від шкідливої інформації рекламного характеру варто розуміти фактичних учасників суспільних відносин, наділених адміністративною правосуб'єктністю, необхідною для припинення протиправної діяльності в галузі реклами та відновлення прав і законних інтересів дітей, порушених унаслідок поширення шкідливої інформації.

З огляду на викладені пропозиції систему цих суб'єктів пропонується сформулювати в такому вигляді:

- суб'єкти владних повноважень (Державна служба України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, Антимонопольний комітет України);
- суб'єкти рекламної діяльності (рекламодавець, розповсюджувач реклами, рекламне агентство);

- суб'єкти звернення до суб'єктів владних повноважень зі скаргою на рекламу, зміст та/або форма якої не відповідають законодавству (органи державної влади, громадські організації, громадяни України);
- органи саморегулювання.

Список використаних джерел:

1. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. / за заг. ред. В.Б. Авер'янова К.: Юридична думка, 2004. Т. 1: Загальна частина. 584 с.
2. Загальне адміністративне право: підручник / за заг. ред. І.С. Гриценка. К.: Юрінком Інтер, 2014. 568 с.
3. Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2003. 544 с.
4. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2014 р. № 442 / Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/442-2014-%D0%BF>.
5. Про затвердження Положення про Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів: Постанова Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2015 р. № 667 / Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/667-2015-%D0%BF>.
6. Про телебачення та радіомовлення: Закон України від 21 грудня 1993 р. № 3759-XII / Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3759-12>.
7. Про рекламу: Закон України від 3 липня 1996 р. № 270/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80>.
8. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 7 червня 1996 № 236/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80>.
9. Андрощук Г.О., Шкляр С.В. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції: науково-практичне видання. К.: Юстініан, 2012. 472 с.
10. Про звернення громадян: Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>.
11. Шведун В.О. Уніфікація механізмів державного регулювання в сфері рекламної діяльності. Вісник Національного університету цивільного захисту України. Серія «Державне управління». 2016. Вип. 1. С. 108–114. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNUCZUDU_2016_1_18.
12. Корінев В.Л., Олійник І.В. Нормативно-правове регулювання рекламної діяльності підприємства. Держава та регіони. Серія «Економіка та підприємництво». 2013. № 2. С. 136–139. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/drep_2013_2_29.
13. Леськів О.А. Система державного регулювання рекламного ринку в Україні: проблеми функціонування та перспективи розвитку. Причорноморські економічні студії. 2016. Вип. 8. С. 66–69. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bses_2016_8_15.
14. Кологойда О.В. Теоретичні проблеми правового регулювання господарських відносин на фондовому ринку України: дис. ... докт. юрид. наук. К., 2016. 700 с.
15. Черячукин Ю.В. Проблемы правового регулирования рекламной деятельности в России и зарубежных государствах: дисс. ... докт. юрид. наук. Волгоград, 2002. 370 с.
16. Чубукова И.В. Административно-правовое регулирование рекламной деятельности: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 26 с.
17. Ромат Є.В. Державне управління рекламною діяльністю в Україні (теоретико-методологічний аспект): дис. ... докт. наук з держ. упр. К., 2004. 435 с.

18. Національний класифікатор України ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності»: затверджений Наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11 жовтня 2010 р. № 457 / Державний комітет України з питань технічного регулювання та споживчої політики. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/vb457609-10/conv>.

References:

1. Averianov, V.B. (Ed.) (2004). *Administrativne pravo Ukrainy. Akademichniy kurs* [Administrative law of Ukraine. Academic course]. Kyiv: Yurydychna dumka, vol. 1. [in Ukrainian].
2. Hrytsenko, I.S. (Ed.) (2014). *Zahalne administrativne pravo: pidruchnyk* [General administrative law: textbook]. Kyiv: Yurinkom Inter. [in Ukrainian].
3. Kolpakov, V.K., Kuzmenko, O.V. (2003) *Administrativne pravo Ukrainy: pidruchnyk* [Administrative law of Ukraine: textbook]. Kyiv: Yurinkom Inter. [in Ukrainian].
4. Pro optymizatsiiu systemy tsentralnykh orhaniv vykonavchoi vlady: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy (Sep. 10, 2014, No 442) [On Optimization of the System of Central Executive Authorities: the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/442-2014-%D0%BF>.
5. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Derzhavnu sluzhbu Ukrainy z pytan bezpechnosti kharchovykh produktiv ta zakhystu spozhyvachiv: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy (Sep. 2, 2015, No 667) [On Approval of the Regulation on State Service of Ukraine for Food Safety and Consumer Protection: the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/667-2015-%D0%BF>.
6. Pro telebachennia ta radiomovlennia: Zakon Ukrainy (Dec. 21, 1993, No 3759-XII) [On Television and Radio Broadcasting: the Law of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3759-12>.
7. Pro reklamu: Zakon Ukrainy (July 03, 1996, No 270/96-VR) [On Advertising: the Law of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80>.
8. Pro zakhyst vid nedobrosovisnoi konkurentsii: Zakon Ukrainy (June 07, 1996, No 236/96-VR) [On Protection against Unfair Competition: the Law of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80>.
9. Androshchuk, H.O., Shkliar, S.V. (2012) *Konkurentne pravo: zakhyst vid nedobrosovisnoi konkurentsii: naukovo-praktychne vydannia* [Competition Law: Protection against Unfair Competition: Scientific-Practical Edition] Kyiv: Yustinian. [in Ukrainian].
10. Pro zvernennia hromadian: Zakon Ukrainy (Oct. 02, 1996, No 393/96-VR) [On applications of citizens: the Law of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80>.
11. Shvedun, V.O. (2016) *Unifikatsiia mekhanizmiv derzhavnoho rehuliuвання v sferi reklamnoi diialnosti* [Unification of state regulation mechanisms in advertising activity sphere]. *Visnyk Natsionalnoho universytetu tsyvilnoho zakhystu Ukrainy. Seriiia "Derzhavne upravlinnia"*, no 1, pp. 108–114. Retrieved from: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNUCZUDU_2016_1_18.
12. Koriniev, V.L., Oliinyk, I.V. (2013) *Normativno-pravove rehuliuвання reklamnoi diialnosti pidpriemstva* [Normatively-legal adjusting of publicity activity of enterprise]. *Derzhava ta rehiony. Seriiia "Ekonomika ta pidpriemnytstvo"*, no 2, pp. 136–139. Retrieved from: http://nbuv.gov.ua/UJRN/drep_2013_2_29.
13. Leskiv, O.A. (2016) *Systema derzhavnoho rehuliuвання reklamnoho rynku v Ukraini: problemy funktsionuvannia ta perspektyvy rozvytku* [The government system of advertising market regulations in Ukraine: the problems of functioning and developmental perspectives]. *Pry-*

chornomorski ekonomichni studii, no 8, pp. 66–69. Retrieved from: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bses_2016_8_15.

14. Kolohoida, O.V. (2016) Teoretychni problemy pravovoho rehuliuвання hospodarskykh vidnosyn na fondovomu rynku Ukrainy [Theoretical Issues of the Economic Relations Regulation in the Ukrainian Stock Market] (PhD Thesis). Kyiv. [in Ukrainian].

15. Cheryachukin, Yu.V. (2002) Problemy pravovogo regulirovaniya reklamnoj deyatel'nosti v Rossii i zarubezhnykh gosudarstvakh [Problems of legal regulation of advertising activity in Russia and foreign countries] (PhD Thesis). Volgograd. [in Russian].

16. Chubukova, I.V. (2009) Administrativno-pravovoe regulirovanie reklamnoj deyatel'nosti [Administrative-legal regulation of advertising activity] (PhD Thesis). Moscow. [in Russian].

17. Romat, Ye.V. (2004) Derzhavne upravlinnia reklamnoi diialnistiu v Ukraini (teoretyko-metodolohichniy aspekt) [Public administration in advertising sphere in Ukraine (theoretical and methodological aspects)] (PhD Thesis). Kyiv. [in Ukrainian].

18. Natsionalnyi klasyfikator Ukrainy DK 009:2010 “Klasyfikatsiia vydiv ekonomichnoi diialnosti”: Nakaz Derzhavnoho komitetu Ukrainy z pytan tekhnichnoho rehuliuвання ta spozhyvchoi polityky (Oct. 11, 2010 No 457) [National Classifier of Ukraine DK 009:2010 “Classification of Types of Economic Activity”: Decree of the Ukraine State Committee on Technical Regulation and Consumer Policy]. Retrieved from: <http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/vb457609-10/conv>.

SUBJECTS OF CHILD PROTECTION FROM HARMFUL ADVERTISING INFORMATION: SOME PECULIARITIES OF LEGAL ADMINISTRATIVE STATUS

Anastasiia Levchenko,

Postgraduate Student at the Department of Administrative Law
of Law Faculty of Taras Shevchenko National University of Kyiv
anastasialevchenko93@gmail.com
orcid.org/0000-0002-9721-3234

Purpose. The paper aims at analyzing subjects of administrative relations related to the child protection from harmful information as well as detecting disadvantages in this system. The author uses logical methods such as analysis, generalization and definition, and also formal juridical method. The author has assessed foreign best practices regarding solution of problems set up in this research.

Methods. Certain proposals on improvement of the system of subjects in the sphere of child protection from harmful advertisement have been made. It has been proposed to establish an independent body which will specialize in protection of children from harmful advertisement. Researcher has also proposed to include self-regulation bodies to the system of subjects of the relevant legal relations. The author proves necessity to enlarge the list of subjects of advertising activities who bear responsibility for violation of advertising legislation and to add advertising agencies to this list.

The results of the research stipulate institutional and functional reforms in public administration regarding child protection from harmful advertising. It will necessitate amendments to effective legislation as well as development, adoption and implementation of a new one. All of the mentioned steps should contribute to the effective protection of children in this sphere.

Conclusions. *The author has presented her own view of the definition “subjects of administrative legal relations” in this paper. It has been noted that it is impossible to make a holistic definition of the category “subjects of administrative legal relations in the sphere of child protection from harmful advertisement” taking into account various and complex elements of its structure. The author proposes her own solution to the problem related to the formation of the system of subjects of administrative legal relations in this sphere. Moreover, the author offers her own system of subjects of legal relations in the sphere of child protection from harmful advertisement.*

Key words: children, advertising, subjects of advertising activities, subject of public administration, children’s rights, administrative protection.

WASTE AS A TYPE OF PUBLIC PROPERTY

The purpose of the article is to study waste as a type of public property.

To conduct the research successfully, the author used the following methods of scientific knowledge: logical, historical, systemic-functional, and formally-dogmatic.

As a result of the study, the author forms the opinion that waste can acquire either the status of private or public property depending on a legal regime, which is established for them. At the same time, both statutory regulation and theoretical interpretation of private and public property in Ukraine are disproportionately developed. Thus, the doctrine of private property gained a significantly higher degree of development compared with the doctrine of public property. In this regard, statutory regulation of the legal regime of private property in Ukraine is more elaborated than statutory regulation of the legal regime of public property. As for public property, its doctrine is at the stage of developing. Statutory regulation of the regime of public property in Ukraine has no systemic, holistic character. In this context, it is relevant to study the category "public property", its essence, content and peculiarities, as well as the knowledge of public property through its separate types and, in particular, through waste as a form of public property.

The author believes that waste as a kind of public property is domestic waste, industrial waste, construction and repair waste, hazardous waste, agricultural waste, packaging waste, waste electrical and electronic equipment, waste batteries, radiators and accumulators, medical waste which are owned by the state, population of the ARC and territorial communities. The analysis and study of the features of waste as a public property permits to reconsider the features of public property formed by legal science. The author formulates the common features that are peculiar both to waste and other types of public property. Along with this, the paper shows the specific features that are inherent with waste and not applied to other types of public property.

Conclusions. *The origin, change and termination of the status of public property by means of waste, on the one hand, is related to legal facts but, on the other hand, is stipulated by the provisions of Ukrainian legislation. The latter has a number of gaps in the definition of the grounds for the acquisition of public property status by waste and management of re-public and municipal wastes. Taking into account this fact, the author proposes a number of amendments to the Law of Ukraine "On Waste", which aimed at specifying the grounds for acquiring ownership of certain types of waste as public property.*

Key words: waste, public property, public property features, gaps of waste legislation of Ukraine, grounds for the acquisition of the status of public property, subtypes of public property.



Mykhailo H. Kravchenko
 Candidate of Juridical
 Sciences, Senior Research
 Fellow,
 Law Faculty,
 Taras Shevchenko
 National University of Kyiv
 m.g.kravchenko@ukr.net
 orcid.org/0000-0002-3909-4599

1. Introduction

Legal regulation of a property and property relations arising in this regard is a subject of a large number of researches of domestic and foreign scholars. Such interest to the study of the legal nature of a property is non-accidental. It is connected with the fact that property, the procedure for possession, use and disposal of it is interesting for a significant number of law subjects.

Property can obtain the status of private and public property depending on a legal regime, which is fixed on it. We should mark that both statutory regulation and theoretical interpretation of private and public property in Ukraine are disproportionately developed. For example, the doctrine of private property gained a significantly higher degree of elaboration compared with the doctrine of public property. In this regard, statutory regulation of the legal regime of private property in Ukraine is more developed than the statutory regulation of the legal regime of public property. In our opinion, it is caused, on the one hand, by intense interest of public persons in researches of private-public regulation of origin, changes and termination of the regime of private property and, on the other hand, by the availability of a sufficient number of research studies which permit to formulate a holistic doctrine of private property reflecting in statutory acts, which regulate social relations arising regarding private property. As for public property, its doctrine is at the stage of developing. Statutory regulation of the regime of public property in Ukraine has no systemic, holistic character. In this context, it is relevant to study the category “public property”, its essence, content and peculiarities, as well as the knowledge of public property through its separate types and, in particular, through waste as a form of public property. We believe that the latter aspect of public property research has a profound theoretical value because it permits: to examine a general category through the prism of its individual manifestations (types); to outline the list of features typical for public property in more details; to supplement a doctrine of public property by new provisions. The purpose of the article is to study waste as a separate type of public property. In order to achieve the goal of the research, we identified the following research tasks: 1) to determine the list of features that are particular for waste as for a public property based on the study of its legal nature; 2) to determine the grounds for origin, change and termination of the regime of public property by waste; 3) to formulate waste list which is among a public property.

While investigating waste as public property, we have studied and analysed scientific literature of the following focus area:

First, scientific studies directly devoted to the category “public property”, its characteristics and types. A.V. Vinnytskyi, V.V. Dzhartha, N.Iu. Zadyraka,

O.O. Kravchuk, Ye. V. Petrov [1; 2; 3; 4; 5] and others are among researchers who have investigated the topic.

Second, researches related to the institute of public property in the system of administrative law of Ukraine. The investigations of R.S. Melnyk have a pivotal role in this issue [6; 7; 8].

Third, researches of waste as a public property [6; 7; 8].

2. Features of waste as a public property

In our opinion, a benchmark in the comprehension of waste category is its statutory definition at the legislative level of Ukraine. Thus, Art.1 of the special Law of Ukraine “On Waste” defines waste as any substance, material and object formed in the process of production or consumption, as well as goods (production), which have completely or partially lost their consumer properties and can’t be used at the place of their formation or detection and whose owner disposes, intends or must dispose of them by means of utilization or removal [12]. According to the above regulatory definition of the category, waste legislation of Ukraine doesn’t consider waste as a property. However, this doesn’t mean that waste is not a property. We believe that waste being an object of property right is actually a property, and it can obtain a status either of public or private property depending on a legal regime, which is established towards it. Thus, it is necessary to mark a list of features which will allow separating waste as private property and waste as public property.

We would like to cover a prior issue directly connected with the legal regime of public property, before focusing on the formation of the features of waste as public property. In our opinion, there are two different property regimes: a regime of private property and a regime of public property. The former is regulated by the rules of private law. In Ukraine, these sorts of rules are found, for example, in the Civil Code of Ukraine, Family Code of Ukraine [13, 14] and other statutory acts which govern private relations arising due to property’s issue. As for the regime of public property, it is regulated by the rules of public law, in particular, of administrative law of Ukraine. The rules of administrative law, which regulate the legal regime of public property, form the institute within a general administrative law of Ukraine [15, c. 50].

Legal regulation of the regime of public property in Ukraine is a quite branched, non-system and has a considerable amount of collisions. We place the Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine “On Management of State Property Objects”, the Law of Ukraine “On Local Self-Government in Ukraine” [16; 17; 18] and others into legal sources which contain the rules of public law and are devoted to the legal regime of public property. The Law of Ukraine “On Waste” is the special one which defines the status of waste as public property [12].

Comparing legal regulation of the regime of private and public property in Ukraine, we can mark that legal regulation of public property doesn’t have a statutory act which would be a basic, central act in regulating legal regime of public property. Of course,

there is the Law of Ukraine “On Management of State Property Objects” [17], but its regulatory influence covers social relations evolving around one of the types of public property, in particular, state property. Legal regulation of the legal regime of republic, municipal property and items of property of the Ukrainian nation is “dispersed” within the legislation of Ukraine that complicates clarification of the order of acquisition, change and termination of the legal regime of republic, municipal and public property and items of property of the Ukrainian people. As for private property, a basic regulation of the legal regime is carried out by virtue of a range of codes including the Civil Code of Ukraine, Commercial Code of Ukraine [13; 14; 19] and a number of other regulatory legal acts which define not only the order of acquisition, change and termination of the regime of private property but also give a wide variety of instruments its holder whereby it has the opportunity to determine the subsequent fate of this kind of property. It is referred to civil contracts, estate and others.

It is also important to draw attention to the fact that exercising a legal regulation of the regime of private property by the Civil Code of Ukraine, the legislation of Ukraine misleads one into believing that civil government is a general part for a legal regulation of any type of property. We try to explain this thesis more specifically. Thus, Art. 190 of the Civil Code of Ukraine [13] has a regulatory definition of the category “property” which is considered as a particular thing, the complex of things as well as property rights or responsibilities. It is also expedient to point out that the Civil Code of Ukraine substituted the Law of Ukraine “On Property” [20] whose rules were devoted not only to private relations in regard to property items but also to public ones. In this context, key issue lies in the fact the Civil Code of Ukraine consolidated a statutory definition of the category “property” as a whole but not the category “private property”. This condition has a significant importance because the Civil Code of Ukraine based on private doctrine of property and it is a basic legal source for private law, but not for public. Therefore, it would be worse to consolidate the category “private property” at the regulatory level in Art. 190 of the Civil Code of Ukraine. In this respect, it is necessary to turn attention to the lack of category “public property” in the Civil Code of Ukraine. Thus, the category “property” defined in the Civil Code of Ukraine covers both private and public property according to the logic of Ukrainian legislation, and civil regulation is applied not only to private relations but also to public ones in cases which are not directly prohibited by law. We think when solving this issue, it is necessary to take into account the following point: according to the general rule determined in p. 2 Art. 1 of the Civil Code of Ukraine, the civil legislation is not applied to property relations based, in particular, on administrative subordination or other authoritative subordination of one part to another, if another is not established by the law [13]. Thus, juridical basis of the legal regime of public property is public law and, in particular, administrative law. In addition to the above, this doesn’t exclude a non-binding application of private law when regulating social relations in respect of public property. If we look at this situation from the point of view of legal regulation of the social relations on waste as public property, then such regulation will have the following form. The special Law of Ukraine “On Waste” specifies: waste list which has a status of public property; grounds for acquisition of ownership of such waste; the rights and obligations of the subjects of public administration regarding such property.

However, the instruments for disposition of such property, for example, by entering into civil contracts aimed at selling resource valuable waste are regulated by the rules of private law, in particular, by the Civil Code of Ukraine.

Continuing with the determination of features' list of public property, we should rely on the best practices of researchers because, as we have indicated, the legislation of Ukraine doesn't have a statutory definition for the category "public property". Thus, V.M. Pyshchyda defines the following features of public property as follows: 1) it is an object of the property of the Ukrainian people, government property and territorial communities' property; 2) it may be used, in own discretion, by an unlimited number of members of public relations as many times as they see fit or, at least, to count on such use legally; 3) it is a means for the implementation of tasks and functions by the subject of public administration, the creation of conditions for the exercise of rights, freedoms, interests by individuals, as well as satisfaction of social needs and interests; 4) its protection is ensured by the rules of public and private law; 5) objects of public property are protected by law, and the legislation of Ukraine arranges liability for impingement on it; 6) the general procedure for the implementation of transactions with this property is regulated by branches of private law, in particular civil law; 7) a special procedure (decision) regarding the possession, use and disposal of it is established by the rules of public law and, in particular, administrative law; 8) types of objects of public property, subjects of operational management and procedures for the implementation of rights to it are established by the legislation; 9) the decision on the alienation of such kind of property is taken solely by the subject of public administration, in accordance with the procedure established by the law, and stipulates rendition of an administrative act; 10) similar to the alienation, formation, transformation or termination of the availability of public property is carried out by the exclusive rules defined by the rules of administrative law by subjects of authoritative power; 11) decisions, actions on possession, use and disposal of this property are taken by the subjects of authoritative power on the basis and in the order prescribed by the laws of Ukraine; 12) subjects of authoritative powers are liable for violation of the procedure for possession, use and disposal of this property; 13) decisions, actions or passivity of the subjects of power authorities in relation to the use and disposal of this property may be appealed in a court and extrajudicial order [21, p. 146].

The opinion of R.S. Melnyk towards the features of public property differs somewhat. Thus, the scholar proposes to indicate the following features of public property: 1) it serves for the satisfaction of social, cultural, physical etc. needs of private persons (libraries, recreational parks); 2) it receives public status on the basis of a special legal act (law, regulation, order) or through the direct use in the activities of public authorities; 3) it is in the possession (management) of public authorities; 4) it is a means aimed at ensuring the functioning of public authorities (administrative building); 5) in some cases, it is a means of activities of public authorities (weapons); 6) it can be completely excluded from civil circulation (fuel for nuclear power plants); 7) it can have both natural (seaside) and artificial origin (car); 8) disposal order of such property is determined by the rules of administrative law [15, p. 40].

In our opinion, such a wide features list of public property is a quite natural. In fact, this category combines a large, in terms of volume, list of various types of property that

have different physical nature, purpose and legal status, for example, movable or immovable public property, etc. A common thing in these types of property is only a fact that they have the legal regime of public property.

If one compares some features of public property with waste mentioned in scientific literature, we can notice that some of them don't meet the characteristic properties of waste. For example, it is hard to say whether waste serves for the satisfaction of social, cultural, physical and other needs of private persons. However, this does not exclude the fact that this function cannot be performed by other types of public property. Taking into account the abovementioned, it is necessary to distinguish those features of public property that are peculiar to all types of such property and those features that are common to waste as a type of public property.

The general characteristics of public property, which are also peculiar for state, republic and municipal waste, may include as follows:

- its owner is the state, population of the ARC, territorial communities;
- the exercise of owner's powers in relation to such kind of property is performed indirectly by the latter, but it is delegated to the subjects of public administration: executive authorities; authorities of the ARC; self-government bodies, subjects of delegated powers;
- origin, change and termination of the status of public property by waste occurs precisely on the basis of the rules of public law and, in particular, of administrative law of Ukraine. At the same time, it may happen that the rules of private law can be optionally involved in the process of legal regulation of the social relations in regard to waste as public property.

Specific characteristics of waste as public property, in our opinion, are as follows:

- waste being public property obliges the subjects of public administration of Ukraine to manage it. Taking into account this fact, there is a number of public administration functions related to household waste management, industrial waste, waste of construction and repair work, hazardous waste, agricultural production waste, and others.
- the acquisition of waste ownership as public property does not originate from the voluntary actions (desire) of the subjects of public administration in relation to the acquisition of ownership of such property, but from the duty to be guardian to such public property, to determine its further fate which is defined by the legislation of Ukraine;
- waste is not a means or material basis (base) for the functioning of the subjects of public administration. On the contrary, such public property requires additional control over it from public administration, for example, through the creation of landfills for certain types of waste, the construction of waste recycling plants, measures to reduce a negative impact of such public property on public health and natural environment.

Consequently, outlined the list of waste features as public property, on the one hand, we specified more precisely those which are typical for all types of public property, but on the other hand, we named those features that characterize the specifics of waste as a form of public property.

3. Grounds for origin, change and termination of the regime of public property by means of waste

Waste gains the status of public property on the basis and in the manner established by the legislation of Ukraine. At the regulatory level, these grounds are specified in the special Law of Ukraine “On Waste” [20]. This Law of Ukraine pays special attention to the grounds for the acquisition of title to state and municipal waste. Thus, according to p. 2 of Art. 9 of the Law of Ukraine “On Waste” [12], a territorial community acquires ownership of waste, which: a) is formed on objects of communal property; b) is in their territory and does not have an owner or its owner is unknown (mismanaged waste). Similar grounds for the acquisition of ownership title are defined for the gain of waste ownership by the state. In accordance with p. 3 Art. 9 of the Law of Ukraine “On Waste”, the state holds: a) waste forming on state-owned objects; b) waste which is contained on the territory of Ukraine and does not have an owner or its owner is unknown (mismanaged waste, except municipal waste). At the same time, the above Law of Ukraine mentions nothing about the grounds for the acquisition of the title to Republic’s waste that is formed in the territory of the ARC. However, Section III of the Law of Ukraine “On Law, in particular Arts. 19, 20-1, separately defines a range of powers of the ARC government in waste management sphere. It is an obvious point that these powers are not exercised by the ARC authorities in relation to state or communal waste but in relation to republic’s waste, which is formed in the territory of the ARC. Therefore, we believe, it is necessary to rectify this situation and to determine the grounds for the acquisition of ownership of republic waste particularly at the level of the Law of Ukraine “On Waste”.

It is also should be mentioned, in relation to state waste, the Law of Ukraine “On Waste” makes a significant specification that the Cabinet of Ministers of Ukraine provides management of waste, which is a state-owned property, on behalf of the state. The Law of Ukraine “On Management of State Property Objects” [17] is a legal foundation for this management. However, there is an inconsistency between the mentioned Law of Ukraine and the Law of Ukraine “On Waste” [12] in the part of the determination of the grounds for obtainment of ownership of the objects of state management. We studied this collision in the individual paper [9, p. 64]. Nevertheless, it pays to focus again on the necessity to amend p. 1 Art. 3 of the Law of Ukraine “On Management of State Property Objects” with regard to the specification of the grounds for the acquisition of the right of state ownership to a mismanaged property.

It is also worth mentioning that waste management is also carried out by other entities of public administration, in particular, in relation to Republic’s and municipal waste. In this regard, it is possible to mark republic and municipal waste management along with the state waste management. However, the Law of Ukraine “On Waste” [12] does not mention anything about such types of management. It is obvious that this is a disadvantage of the Law of Ukraine “On Waste” [12] which should be improved in this context through a statutory consolidation of management mechanism of the republic and municipal waste as public property.

Carrying out waste management, the subjects of public administration of Ukraine determine the further fate of waste as public property. When analyzing waste legislation of Ukraine, it is difficult to define a clear list of tools provided to public administra-

tion regarding the implementation of such waste management as public property. If one scopes out this problem from a practical point of view, then it is possible to identify two types of such tools: a) public and private. We put the opportunities provided to public administration in relation to waste management as public property, which is carried out by virtue of the rules of public law, to the first type. It is referred to, for example, a decision of a subject of public administration regarding the involvement of private individuals in the collection, treatment and disposal of waste. This kind of involvement (delegation of authority) is executed by order of the subject of public administration, which has an individual character and grants the right to a particular private individual to operations with certain types of waste. In the second group, we will include private law instruments, for example, civil agreements on the alienation of certain types of waste as public property concluded by a subject of public administration and a private individual. For example, buy and sell agreements of resource-valuable waste as public property.

4. List of waste that has the status of public property

Defining the list of waste which we refer to public property, we must rely on: a) the provisions of waste legislation of Ukraine and, in particular, of the basic Law of Ukraine “On Waste”; b) the provisions of the science of administrative law since the legislation of Ukraine did not completely regulate the types of waste as public property and, in particular, it did not cover republic waste. Thus, we propose to fill the gaps of Ukrainian legislation in this part by means of the best practices of “public property”.

Therefore, guided by the provisions of the basic Law of Ukraine “On Waste” [12], we put state and communal waste into the list of public property. We add republic waste, which even is not mentioned in the Law of Ukraine but actually is formed in the territory of the ARC and managed by the Crimean authorities as subjects of public administration, into the same list.

A somewhat alternative concept of the list of waste as public property can be obtained on the basis of waste classification proposed in the Ukrainian National Waste Management Strategy of Ukraine until 2030 [22]. This strategy offers the following waste classification: household waste, industrial waste, construction waste, hazardous waste, agricultural waste, packaging waste, waste electrical and electronic equipment, waste batteries, radiators and accumulators, medical waste [22].

Consequently, the waste list that we will refer to public property will cover all combinations of state, republic and municipal waste.

5. Conclusions

Waste as a type of public property is a domestic waste, industrial waste, waste of construction and repair works, hazardous waste, agricultural waste, packaging waste, waste electrical and electronic equipment, waste batteries, radiators and accumulators, medical waste owned by the state, population of the ARC and territorial communities.

The analysis and research of the features of waste as public property gives an opportunity to reconsider the characteristics of public property formed by legal science. Thus, we attribute the following features that are common to any type of public property to the general features of waste as public property: 1) they are owned by the state, population of the ARC, territorial communities; 2) the exercise of owner’s powers with respect to such property is not carried out by the latter directly, but they are delegated to the

subjects of public administration; 3) the origin, change and termination of the status of public property occurs precisely on the basis of the rules of public law and, in particular, of administrative law. In addition, specific features that characterize peculiarities of this type of public property can be marked, in particular: waste obliges the subjects of public administration of Ukraine to manage it; ownership rights to the waste origin not from the volitional actions of the latter, but from the duty of the subjects of public administration take to charge of such public property. Waste is not a material basis for the functioning of public administration, but, conversely, it requires the use of a number of cost measures to limit its negative impact on a man and the environment.

The origin, change and termination of a status of public property by means of waste, on the one hand, is related to legal facts, and on the other hand, is stipulated by the provisions of the Ukrainian legislation. The latter has a number of gaps in a determination of the grounds for the acquisition of the status of public property by waste and the management of republic and communal wastes. Taking into account these facts, we propose to amend the Law of Ukraine "On Waste" and determine the grounds for the acquisition of ownership of republic waste as well as to determine the mechanism of management of republic and communal wastes in Ukraine.

Bibliography:

1. Винницький А.В. Публичная собственность. М.: Статут, 2013. 732 с.
2. Джарти В.В. Адміністративно-правові засади управління об'єктами державної власності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2014. 16 с.
3. Задирака Н.Ю. Місце та призначення інституту публічного майна в системі загальногo адміністративного права. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 9. С. 125–128.
4. Кравчук О.О. Адміністративно-правове регулювання управління державною власністю в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : К, 2014. 450 с.
5. Петров Є. В. Адміністративно-господарське право як підгалузь адміністративного права України : дис. ... д-ра юрид. наук. : Х, 2012. 415 с.
6. Мельник Р.С. Система адміністративного права України : дис. ... д-ра юрид. наук : Х., 2010. 415 с.
7. Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право: Навчальний посібник / За заг. ред. Р.С. Мельника. К.: Ваіте, 2014. 376 с.
8. 100 ответов на 100 вопросов по Общему административному праву: учеб. пособ. под ред. Р.С. Мельника. Киев: Юринком Интер, 2017. 240 с.
9. Кравченко М.Г. Чи є побутові відходи в Україні майном? Позиція законодавства України та законодавства Європейського Союзу. Журнал східноєвропейського права. 2017. № 43. С. 58–66.
10. Кравченко М.Г. Нормативне закріплення системи джерел адміністративного права України: проблеми та перспективи. Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих вчених, присвяченої Дню науки юридичного факультету 18 травня 2018. К, 2018. С. 281–282.
11. Відходи – не сміття. URL: <https://blog.liga.net/user/ikremenovskaya/article/26602>.
12. Про відходи: Закон України від 05.04.1998 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/187/98-%D0%B2%D1%80>.
13. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

14. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
15. Мельник Р.С., Мосьондз С.О. Адміністративне право України (у схемах та коментарях): навч. посібник. за ред. Р.С. Мельника. К.: Юрінком Інтер, 2017. 344 с.
16. Конституція України від 28.06.1996 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
17. Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21.09.2006 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/185-16>.
18. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр>.
19. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
20. Про власність : Закон України від 07.02.1991р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12>.
21. Пищида Т.В. Публічне майно як об'єкт публічно-правового спору в адміністративних судах. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2015. № 17. Том 1. С. 145–148.
22. Про схвалення Національної стратегії управління відходами в Україні до 2030 р.: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 08.11.2017 р. № 820-р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/820-2017-%D1%80>.

References:

1. Vinnitskiy A.V. (2013) Publichnaya sobstvennost' [Public property]. Moscow: Statut. 732 p. [in Russian].
2. Dzharty V.V. (2014) Administrativno-pravovi zasady upravlinnya ob'ektamy derzhavnoyi vlasnosti v Ukrayini [Administrative and Legal Principles of Management of State-Owned Objects in Ukraine]. (the dissertation author's abstract of the candidate of legal sciences). Zaporizhzhya. 16 p. [in Ukrainian].
3. Zadyraka N.Yu. (2017) Mistse ta pryznachennya instytutu publichnoho mayna v systemi zahal'noho administrativnoho prava.[Place and appointment of the institution of public property in the system of general administrative law] Pidpryemnytstvo, hospodarstvo i pravo. no. 9. pp. 125-128. [in Ukrainian].
4. Kravchuk O.O. (2014) Administrativno-pravove rehulyuvannya upravlinnya derzhavnoyu vlasnistyu v Ukrayini. [Administrative and Legal Regulation of State Property Management in Ukraine]. (Thesis of Doctor of Law). Kyiv. 450 p. [in Ukrainian].
5. Petrov Ye. V. Administrativno-hospodars'ke pravo yak pidhaluz' administrativnoho prava Ukrayiny (2012) [Administrative and Commercial Law as a Subdivision of Administrative Law of Ukraine]. (Thesis of Doctor of Law). Kharkiv. 415 p. [in Ukrainian].
6. Mel'nyk R.S. Systema administrativnoho prava Ukrayiny (2010) [The system of administrative law of Ukraine]. (Thesis of Doctor of Law). Kharkiv. 415 p. [in Ukrainian].
7. Mel'nyk R.S., Bevzenko V.M. Zahal'ne administrativne pravo (2014) [General administrative law] Navchal'nyy posibnyk. Kyiv: Vaite. 376 p. [in Ukrainian].
8. 100 otvetov na 100 voprosov po Obshchemu administrativnomu pravu (2017) [100 answers to 100 questions on general administrative law]. uchebnoye posobiye. pod red. R.S. Mel'nika. Kyiv. Yurinkom Inter. 240 p. [in Russian].
9. Kravchenko M.H. (2017) Chy ye pobutovi vidkhody v Ukrayini maynom? Pozytysiya zakonodavstva Ukrayiny ta zakonodavstva Yevropeys'koho Soyuzu. [Is domestic waste in Ukraine property? The position of the legislation of Ukraine and the legislation of the European Union.] Zhurnal skhidnoyevropeys'koho prava. no.43. pp. 58–66. [in Ukrainian].

10. Kravchenko M.H. (2018) Normatyvne zakriplennya systemy dzherel administratyvnoho prava Ukrainy: problemy ta perspektyvy. (2018) [Normative consolidation of the system of sources of administrative law in Ukraine: problems and perspectives.] Aktual'ni pytannya rozvytku yurydychnoyi nauky ta praktyky: materialy Mizhnarodnoyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi studentiv, aspirantiv ta molodykh vchenykh, prysvyachenoyi Dnyu nauky yurydychnoho fakul'tetu 18 travnya 2018 roky. Kyiv. pp. 281-282. [in Ukrainian].
11. Vidkhody – ne smittya (2017) [Waste - not garbage]. Retrieved from: <https://blog.liga.net/user/ikremenovskaya/article/26602>. [in Ukrainian].
12. Pro vidkhody (1998) [On Waste]: Zakon Ukrainy. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/187/98-%D0%B2%D1%80>. [in Ukrainian].
13. Tsyvil'nyy kodeks Ukrainy (2003) [The Civil Code of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>. [in Ukrainian].
14. Simeynyy kodeks Ukrainy (2002) [The Family Code of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>. [in Ukrainian].
15. Mel'nyk R.S., Mos'ondz S.O. (2017) Administratyvne pravo Ukrainy (u skhemakh ta komentaryakh) [Administrative law of Ukraine (in the schemes and comments)]: navchal'nyy posibnyk. za red. R.S. Mel'nyka. Kyiv. Yurinkom Inter. 344p. [in Ukrainian].
16. Konstytutsiya Ukrainy (1996) [Constitution of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>. [in Ukrainian].
17. Pro upravlinnya ob'yektamy derzhavnoyi vlasnosti (2016) [About management of objects of state property]: Zakon Ukrainy. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/185-16>. [in Ukrainian].
18. Pro mistseve samovryaduvannya v Ukraini (1997) [On Local Self-Government in Ukraine]: Zakon Ukrainy. Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр>. [in Ukrainian].
19. Hospodars'kyy kodeks Ukrainy (2003) [The Commercial Code of Ukraine]. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>. [in Ukrainian].
20. Pro vlasnist' (1991) [About Property]: Zakon Ukrainy. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12>. [in Ukrainian].
21. Pyshchyda T.V. (2017) Publichne mayno yak ob'yekt publichno-pravovoho sporu v administratyvnykh sudakh [Public property as an object of public-law dispute in administrative courts]. Naukovyy visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Yurysprudentsiya. no.17. pp.145–148. [in Ukrainian].
22. Pro skhvalennya Natsional'noyi stratehiyi upravlinnya vidkhodamy v Ukraini do 2030 r.[On Approval of the National Strategy for Waste Management in Ukraine until 2030]: Rozporyadzhennya Kabinetu Ministriv Ukrainy. Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/820-2017-%D1%80>. [in Ukrainian].

ВІДХОДИ ЯК ВИД ПУБЛІЧНОГО МАЙНА

Кравченко Михайло Георгійович,

кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
m.g.kravchenko@ukr.net
orcid.org/0000-0002-3909-4599

***Метою** статті є дослідженню відходів як виду публічного майна.*

*Для успішного проведення дослідження, автором, використані наступні **методи** наукового пізнання: логічний, історичний, системно-функціональний, формально-догматичний.*

***В результаті** дослідження автор приходить висновку про те, що відходи в залежності від правового режиму, який встановлюється щодо них можуть набувати статус або приватного, або публічного майна. При цьому, як нормативне регулювання, так і теоретичне осмислення приватного та публічного майна в Україні розвинуті непропорційно. Так, вчення про приватне майно отримало значно вищий ступінь розвитку у порівнянні із вченням про публічне майно. У зв'язку із цим нормативне регулювання правового режиму приватного майна в Україні знаходиться на значно вищому рівні ніж правове регулювання правового режиму публічного майна. Що ж стосується публічного майна, то вчення про нього знаходиться на стадії формування. Нормативне регулювання режиму публічного майна в Україні не має системного, цілісного характеру. У зв'язку із цим актуальними є подальші дослідження як самої категорії «публічне майно», її сутності, змісту та властивих їй ознак, так і пізнання публічного майна через окремі його види, а зокрема через відходи як вид публічного майна.*

Автор вважає, що відходами як видом публічного майна є побутові відходи, промислові відходи, відходи будівельно-ремонтних робіт, небезпечні відходи, відходи виробництва продукції сільсько-господарства, відходи упаковки, відходи електричного та електронного обладнання, відпрацьовані батарейки, батареї та акумулятори, медичні відходи власником, яких є держава, населення АРК та територіальні громади.

Аналіз і дослідження ознак відходів як публічного майна дає можливість переосмислити сформовані юридичною наукою ознаки публічного майна. Автором визначені загальні ознаки, які властиві як відходам, так і іншим видам публічного майна. Поряд із цим названі специфічні ознаки, які властиві лише відходам і не розповсюджуються на інші види публічного майна.

***Висновки.** Виникнення, зміна та припинення відходами статусу публічного майна з одного боку, пов'язана із юридичними фактами, а з іншого, обумовлюється положеннями законодавства України. Останнє має низку прогалин, в частині визначення підстав набуття відходами статусу публічного майна та здійснення управління республіканськими та комунальними відходами. Враховуючи це автором запропоновано низку змін до Закону України «Про відходи», які спрямовані на конкретизацію підстав набуття права власності на окремі види відходів як публічного майна.*

Ключові слова: відходи, публічне майно, ознаки публічного майна, пропалини законодавства України про відходи, підстави набуття статусу публічного майна, підвиди публічного майна.

DER ZUGANG ZUM (VERWALTUNGS-) GERICHT ZU DEN BESCHWERDEVORAUSSETZUNGEN IM ÖSTERREICHISCHEN VERWALTUNGSPROZESS

Zweck. Der Aufsatz erörtert die wichtigsten formalen Voraussetzungen für die Erhebung eines Rechtsmittels gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde im österreichischen Verwaltungsprozessrecht.

Methoden. Ausgehend von der historischen Entwicklung des Verwaltungsrechtsschutzes in Österreich und der Zielsetzung des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts wird unter Berücksichtigung der Intentionen des Gesetzgebers bei der Schaffung des neuen österreichischen Verwaltungsprozessrechts anhand einzelner Regelungen näher dargestellt, dass sich ein Verwaltungsprozess für den Bürger möglichst kostengünstig und einfach gestalten soll. Formalvorschriften für die Beschwerdeerhebung an das Verwaltungsgericht sollen keinen übertriebenen Formalismus nach sich ziehen und keine besondere Hürde für den Bürger in seinem Bemühen um Rechtsschutz schaffen.

Resultate. Die Erörterung der verwaltungsgerichtlichen Judikatur zeigt, dass die gesetzgeberischen Absichten von der Rechtsprechung aufgegriffen wurden, da vor allem das Erfordernis eines Beschwerdegrundes so rechtsschutzfreundlich ausgelegt wird, dass im Grunde jeder durchschnittliche Bürger ohne anwaltliche Unterstützung diese Prozessvoraussetzung erfüllen kann. In komplexeren Verwaltungsprozessen unter Beteiligung eines anwaltlich unvertretenen Bürgers kommt regelmäßig der Manuduktionspflicht des Verwaltungsgerichts eine besondere Bedeutung zu, weshalb näher erörtert wird, wie weit diese Pflicht des Gerichts geht, den Bürger im Verwaltungsprozess zur Vornahme von Verfahrenshandlungen anzuleiten. In diesem Kontext wird auch das Spannungsverhältnis dargelegt, das sich aus der Erfüllung der Manuduktionspflicht im Hinblick auf die Unparteilichkeit des Gerichts gegenüber sämtlichen Verfahrensparteien ergeben kann. Darüber hinaus werden auch die Voraussetzungen für die Gewährung von Verfahrenshilfe bzw. Prozesskostenhilfe analysiert, womit einkommensschwachen Bürgern ein Rechtsanwalt kostenlos zur Verfügung gestellt werden kann, soweit die Komplexität des Verfahrens dies erfordert. Anschließend werden die Garantien des Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention im Zusammenhang mit den Zugangsvoraussetzungen und -schränken für den Rechtsschutz näher dargestellt und die diesbezügliche Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anhand von entsprechenden Beispielen, wie zum Beispiel hoher Gerichtsgebühren, veranschaulicht.

Schlussfolgerungen. Zum Abschluss wird anhand einer Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Frage der Prozesskostenhilfe darauf hingewiesen, dass die gesamte Thematik höchst aktuell ist und in letzter Konsequenz das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat maßgeblich beeinflusst.

Key words: Verwaltungsgerichtsbarkeit, Beschwerdegründe, Manuduktionspflicht, Verfahrenskosten, Prozesskostenhilfe.



von Dr. **Peter Chvosta**,
Richter des österreichischen
Bundesverwaltungsgerichts
peter.chvosta@bvw.gv.at

I. Einleitung

In der Zeit der österreichisch-ungarischen Monarchie lebte in Prag der Dichter Franz Kafka, der die Kurzgeschichte „Vor dem Gesetz“ schrieb:

„Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Zu diesem Türhüter kommt ein Mann vom Lande und bittet um Eintritt. Aber der Türhüter sagt, dass er ihm jetzt den Eintritt nicht gewähren könne. <...> Wenn es dich so lockt, versuche es doch, trotz meinem Verbot hineinzugehen. Merke aber: Ich bin mächtig. Und ich bin nur der unterste Türhüter. Von Saal zu Saal stehen aber Türhüter, einer mächtiger als der andere. <...> Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet, das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein, denkt er“.

Diese Geschichte, die von einem „Mann vom Lande“ handelt, der durch ein Eingangstor „zum Gesetz“ gelangen möchte, endet damit, dass der Mann bis zu seinem Tod vor dem Tor wartet, ohne jemals Einlass zu erhalten. Diese Parabel Franz Kafkas, der auch Jurist und im Sozialversicherungsrecht tätig war, ist sehr vieldeutig. Es ist sicher nur eine von vielen Interpretationsvarianten, dass es um einen Menschen geht, der keinen „Zugang zum Recht“ findet.

Damit spiegelt diese Geschichte aber durchaus die Realität in weiten Teilen der österreichisch-ungarischen Monarchie wider: Damals gab es bis in das letzte Drittel des 19. Jahrhunderts überhaupt keinen Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Verwaltung. Erst 1875 wurde der österreichische Verwaltungsgerichtshof geschaffen, der für die Kontrolle der Verwaltung zuständig war. Überhaupt war das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger generell – auch in die Rechtsmittelinstanzen der Zivil- und Strafgerichte im 19. Jahrhundert – noch sehr gering ausgeprägt: Deshalb zogen es viele Menschen, die mit einer gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Entscheidung unzufrieden waren, vor, sich direkt an die „höchste Instanz“ zu wenden, nämlich an den Monarchen: Durchschnittlich 80 Audienzen hatte der Kaiser pro Woche zu absolvieren, in denen Menschen anstelle eines Rechtsmittels – oder nachdem das letzte Rechtsmittel an ein Gericht erfolglos geblieben war – den Kaiser um Hilfe baten, allenfalls auch rechtskräftige Entscheidungen zu ihren Gunsten abzuändern. Geschichtsforschungen zufolge hat der Kaiser Franz jedes dieser tausenden von „Rechtsmitteln der besonderen Art“ penibel geprüft, aber in seiner gesamten Regentschaft keine einzige Entscheidung zugunsten des Bittstellers abgeändert. Dies dürfte sich in der Bevölkerung

jedoch nicht herumgesprochen haben, weil die Zahl der Audienzen und Petitionen bis zum Ende der Regentschaft nicht wesentlich abnahm. Die Hoffnung in die *clementia* des Kaisers starb offensichtlich zuletzt; zu alledem vgl. (Drexel, 2016). Hauptgrund für die hohe Frequenz an Interventionen beim Kaiser war, dass in breiten Teilen der Bevölkerung der Zugang zum Rechtsschutz, d.h. die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Erhebung eines Rechtsmittels, nur mangelhaft bekannt waren.

Die Zeiten haben sich geändert: Es gibt in Österreich schon lange keinen Kaiser mehr, und fast alle Gerichte sind seit langem mit einer großen Zahl an Eingaben und Rechtsmitteln mehr als ausgelastet¹. Trotzdem ist der Zugang zum Recht bzw. der Zugang zum Gericht nach wie vor ein Thema, das in verschiedenen Facetten immer wieder bewusst macht, dass der Weg zu Gericht für die meisten Bürgerinnen und Bürger nicht selbstverständlich ist².

Während in einem Zivilprozess zwei (mehr oder weniger) ebenbürtige Prozessparteien auf gleicher Ebene gegenüberstehen, ist für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht charakteristisch, dass regelmäßig der Bürger Rechtsschutz gegen eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde beansprucht und im Gerichtsverfahren der – übermächtigen – Verwaltung als Prozesspartei gegenübersteht (Hinterberger, 2016).

Ausgehend von dieser Sonderproblematik möchte ich im Folgenden unter dem Blickwinkel des Zugangs zum Verwaltungsgericht die wichtigsten Regelungen des Verwaltungsgerichtsverfahrens erörtern.

II. Die Voraussetzungen zur Erhebung einer Beschwerde an ein Verwaltungsgericht

In Österreich wurde 1925 das erste Verwaltungsverfahrensgesetz der Welt geschaffen, das anlässlich einer schweren Finanzkrise entstanden war, die das „kleine“ Österreich als Rest der österreich-ungarischen Monarchie nach dem 1. Weltkrieg an den Rand des Staatsbankrotts gebracht hatte. Durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz für sämtliche Verwaltungsverfahren sollte eine einheitliche Verwaltungspraxis, die Vorhersehbarkeit verwaltungsbehördlichen Handelns, Rechtssicherheit und insgesamt eine Kostenersparnis in der Verwaltung bewirkt und damit der Staatshaushalt entlastet werden. Auch für damals in weiten Teilen verarmte Bevölkerung sollte das Verwaltungsverfahren weitgehend kostenlos sein. Dieser seinerzeitigen Zielsetzung blieb der Gesetzgeber auch

¹ Auch wenn Gerichte ihre Überlastung mit Anträgen und Beschwerden bitter beklagen: Eine große Zahl an Verfahren ist *Indikator* dafür, dass in der Bevölkerung *Vertrauen in die gerichtlichen Institutionen* besteht. Eine geringe Zahl an Rechtsschutz-Anträgen ist *absolut kein gutes Zeichen* für das Funktionieren rechtsstaatlicher Einrichtungen.

² Das Thema „Zugang zum Recht“ hat in Österreich vor allem in den 1970er Jahren große Aufmerksamkeit erlangt und sogar eine Verfassungsnovelle nach sich gezogen: Obwohl praktisch gegen jede gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Entscheidung Rechtsmittel und Instanzenzüge zur Verfügung standen, gab es Bürgerinnen und Bürger, die den „Weg zu Gericht“ nicht fanden, entweder weil sie über zu wenig Informationen darüber verfügten oder weil sie von den Anforderungen, die mit der Beschreitung des Rechtsmittelweges verbunden waren, aus den verschiedensten Gründen schlichtweg überfordert waren. Schon damals in den 1970er Jahren wurde das Institut des Ombudsmannes – eines in Skandinavien entwickelten erfolgreichen Modells zur Verbesserung des Verhältnisses des Bürgers zur Verwaltung – mit einer umfangreichen Änderung der Verfassung in Österreich eingeführt. Das änderte nichts daran, dass die Problematik des „Zugangs zum Recht“ ein immer wiederkehrendes Thema geblieben ist, nicht zuletzt weil es mit der Frage der realen *Effektivität des Rechtsschutzes* zutiefst verbunden ist.

90 Jahre später bei der Gestaltung eines Verwaltungsgerichtsverfahrensrechts für die erst im Jahr 2014 neu geschaffenen Verwaltungsgerichte erster Instanz treu: Wenn der Bürger gegen einen Bescheid der Verwaltungsbehörde ein Rechtsmittel an ein Gericht erhebt, sollte dies nichts kosten³. Folglich besteht im Verwaltungsprozess *keine Anwaltpflicht* und auch nur eine *sehr geringe Gebühr* für die Einbringung einer Beschwerde, nämlich € 30, die allerdings auch dann nicht rückerstattet wird, wenn die Beschwerde Erfolg hatte⁴.

Dass im Verwaltungsprozess jede Verfahrenspartei ihre Kosten selbst trägt und – im Allgemeinen – keine Verfahrenspartei die Kosten des gesamten Verfahrens (insbesondere im Fall des Prozessverlusts) auferlegt werden können, soll die „Kostenbarriere“ für den Bürger möglichst niedrig halten. Wenn besonderer Sachverstand zur Beurteilung eines komplexen Sachverhalts notwendig ist, wie zum Beispiel bei der Genehmigung eines Bergwerks, dann hat das Verwaltungsgericht die Amtssachverständigen der Verwaltung, d. h. beamtete Experten in den Fragen der Montangeologie und Hydrogeologie etc., die in der Verwaltung (nicht unbedingt bei jener Behörde, die den Bescheid erlassen hat) tätig sind, heranzuziehen. Die Amtssachverständigen aus der Verwaltung sind für ihre Erstattung eines Gutachtens im Rahmen eines Verwaltungsgerichtsverfahrens weisungsfrei gestellt und nicht gesondert zu honorieren. Ihre Beiziehung führt dazu, dass die Kosten des Verfahrens zum Wohle aller Beteiligten geringgehalten werden. Ist die Heranziehung von Amtssachverständigen aus der Verwaltung ausnahmsweise nicht möglich, ist ein gerichtlich beeideter Sachverständiger zu bestellen, dessen Honorar generell der jeweilige Antragsteller des Verfahrens, der eine Genehmigung begehrt, zu tragen hat⁵.

Der Umstand, dass der Bürger für die Verfassung eines Rechtsmittels gegen den Bescheid der Verwaltung keinen Rechtsanwalt beiziehen muss, erfordert in verfahrensrechtlicher Hinsicht zwangsläufig, dass das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) auch keine komplexen Anforderungen für die Beschwerde oder sonstige Formalvorschriften vorsehen darf: So muss der Bürger nicht einmal den Begriff „Beschwerde“ verwenden, damit sein Rechtsmittel als solches zulässig ist (es gilt der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“). Nach § 9 VwGVG hat der Beschwerdeführer u.a. den Bescheid zu benennen, gegen den sich seine Beschwerde richtet, und die Gründe darzulegen, „auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt“. Es muss lediglich der Wille des Beschwerdeführers erkennbar sein, mit der Beschwerde ein für ihn vorteilhafteres Ergebnis zu erreichen⁶. In der Beschwerde muss auch nicht die Rechtslage erörtert werden, es sind keinerlei rechtliche Ausführungen notwendig. Es reicht aus, wenn deutlich wird, in welchen Rechten sich der Beschwerdeführer durch den Bescheid verletzt

³ Es war ein Ziel der großen Verwaltungsgerichtsreform in Österreich im Jahr 2014, dass der Rechtsschutz durch ein Verwaltungsgericht erster Instanz nicht nur in einem für alle Beteiligten möglichst kostengünstigen sondern auch einem raschen Verfahren gewährleistet wird, das im Regelfall auch zu einer endgültigen Entscheidung führt. Der Verwaltungsgerichtshof als Verwaltungsgericht zweiter Instanz sollte nur im Ausnahmefall – bei Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung – angerufen werden können.

⁴ Würde das Verfahrensrecht die Pflicht vorsehen, ein Rechtsmittel mithilfe eines Rechtsanwalts einzubringen („Anwaltszwang“), würde dies nicht nur den Prozessaufwand für den Beschwerdeführer erhöhen, sondern fast unweigerlich auch eine – im Regelfall am Prozessserfolg orientierte – Kostenersatz-Regelung nach sich ziehen und das Kostenrisiko für den einzelnen erhöhen, der mitunter die Anwaltskosten anderer Prozessbeteiligter, insbesondere im Mehrparteienverfahren, im Falle des Prozessverlusts tragen müsste.

⁵ Siehe § 76 Abs. 1 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes.

⁶ AB 2112 BlgNR 24. GP Seite 7.

erachtet fühlt. Wenn zum Beispiel ein Landwirt für eine gewisse Zahl an Rindern nach dem EU-Recht eine Prämie erhält, die Verwaltungsbehörde jedoch ein Rind nicht miteingerechnet hat und die zugesprochene Prämie daher höher hätte ausfallen müssen, dann reicht es aus, wenn der Landwirt in seiner Beschwerde sich darauf beschränkt, auf genau diesen Umstand hinzuweisen. Mit einem solchen konkreten Beschwerdegrund löst der Landwirt bereits die amtswegigen Ermittlungspflichten des Verwaltungsgerichts aus.

Das Verwaltungsgericht ist auch nicht an das Beschwerdevorbringen gebunden, sondern hat von Amts wegen alle maßgeblichen Aspekte der Beschwerdesache zu erkunden⁷. Tritt ein anderer Umstand zutage, der – anders als der Beschwerdegrund – den Bescheid tatsächlich mit Rechtswidrigkeit belastet, wird dies zur Aufhebung des Bescheides führen. Dies gilt aber auch wechselseitig: Wenn zum Beispiel der Beschwerdeführer nach einem Führerscheintzug wegen Trunkenheit am Steuer die Wiedererlangung seiner Lenkberechtigung beantragt und die Lenkberechtigung bloß eingeschränkt mit Auflagen und Befristungen von der Verwaltungsbehörde erteilt bekommt, weswegen er gegen die Auflagen und Befristungen Beschwerde erhebt, dann kann das Verwaltungsgericht die Beschwerdesache umfassend prüfen; wenn der Beschwerdeführer den Nachweis einer erforderlichen neuerlichen Fahrprüfung nicht erbracht hat und die Lenkberechtigung von der Behörde überhaupt nicht (also auch nicht mit Auflagen) hätte erteilt werden dürfen, überschreitet das Verwaltungsgericht seine Prüfungsbefugnisse nicht, wenn es den Antrag auf Erteilung der Lenkberechtigung gänzlich abweist.

Die Anforderungen an die Beschwerde sind so zu verstehen, dass ein durchschnittlicher Bürger sie auch ohne berufsmäßigen Parteienvertreter erfüllen kann⁸. Keinesfalls sollte ein *übertriebener Formalismus* in das Verwaltungs(-gerichts-)verfahren eingeführt werden⁹. Wie erwähnt kann vom Beschwerdeführer nicht erwartet werden, dass er in seiner Beschwerde sämtliche rechtliche Angriffspunkte aufzeigt¹⁰. Wenn auch die Anforderungen für die Zulässigkeit der Beschwerde sehr gering sind, ist zu bedenken, dass zum Beispiel ein bloß allgemeines, weitgehend begründungsloses Bestreiten der Feststellungen der Verwaltungsbehörde (ohne Bezugnahme auf die konkreten Argumente der Behörde) nicht geeignet ist, die Richtigkeit des Bescheides in Zweifel zu ziehen, was dazu führen kann, dass das Rechtsmittel ohne weiteres Verfahren abgewiesen wird.

Enthält eine Beschwerde keine Beschwerdegründe, ist dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zu bieten, innerhalb einer angemessenen Frist die Beschwerdegründe nachzureichen (Eberhard Ranacher, Weinhandl, 2016; Bumberger, 2015). Lediglich rechtsmissbräuchlich eingebrachte Beschwerden sind sofort zurückzuweisen¹¹. Das bedeutet, dass im Allgemei-

⁷ Verwaltungsgerichtshof 27.4.2015, Ra 2015/11/0022; 22.3.2018, Ra 2017/22/0204.

⁸ AB 2112 BlgNR 24. GP Seite 7.

⁹ Verwaltungsgerichtshof 2.5.2018, Ra 2017/02/0254.

¹⁰ Verwaltungsgerichtshof 26.3.2015, Ra 2014/07/0077.

¹¹ Die in § 13 Abs. 3 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes geregelte Verbesserungsfähigkeit sämtlicher Antragsvoraussetzungen dient dem Schutz der Parteien vor Rechtsnachteilen, die ihnen daraus entstehen können, dass ihr Antrag aus Unkenntnis der Rechtslage oder infolge eines Versehens mangelhaft sind. Hat dagegen die Partei den Mangel erkennbar bewusst herbeigeführt, um zum Beispiel auf dem Umweg eines Verbesserungsverfahrens eine Verlängerung der Rechtsmittelfrist zu erlangen, ist für die Erteilung eines Verbesserungsauftrages kein Raum und das bewusst und rechtsmissbräuchlich mangelhaft gestaltete Anbringen sofort zurückzuweisen (Verwaltungsgerichtshof 29.5.2018, Ra 2018/20/0059).

nen fehlende oder unverständliche Beschwerdegründe *verbesserungsfähig* sind und nach Aufforderung nachgereicht werden können – soweit überhaupt eine Beschwerde als solche vorliegt¹². In der Praxis bereitet es Schwierigkeiten, wenn nicht einmal klar ist, ob es sich überhaupt um ein – verbesserungsbedürftiges – Rechtsmittel, dem bloß die Bezeichnung als „Beschwerde“ fehlt, handelt. Nicht selten ist einem Schreiben, in dem der Bescheidadressat lediglich seinen Unwillen gegen den Inhalt des Bescheides kundtut, ein Wille, ein Rechtsmittel gegen den Bescheid zu erheben, nicht zu entnehmen. Im Zweifel wird mit solchen Eingaben nach verwaltungsgerichtlicher Praxis eher rechtsschutzfreundlich umgegangen: So wurde auch schon der bloße Hinweis eines Asylwerbers (bestehend aus vier Wörtern: „I want another interview“), eine weitere Anhörung zu wünschen, als Wunsch auf Abänderung des erhaltenen negativen Asyl-Bescheides – und damit auf dessen Überprüfung – somit auf Erhebung eines Rechtsmittels gedeutet, was immerhin einen Verbesserungsauftrag zur Folge hatte. Auch beim folgenden Beispiel, das im Übrigen aufgrund seiner Kuriosität sogar die Aufmerksamkeit der Tagespresse erlangte, war die Rechtsmittelqualität nicht ganz eindeutig:

„Betreff: Einspruch oida

So ned, bei mir sicha ned. Ich mache Einspruch gegen Ige in Papier was sein im anhang. Das korrekt von Gesetz und so.
Mfg und Hanga tschanga

Im vorliegenden Fall ging das Verwaltungsgericht vom Vorliegen einer Beschwerde aus und erteilte einen Verbesserungsauftrag, der jedoch erfolglos blieb, wie hier ersichtlich ist (in der Folge wurde die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen):

„Ich lege hiermit beschwerde, widerspruch ein. Ich konnte krankheitsbedingt nicht frher antworten. Bin seit einem Unfall schon fast ein Jahr im krankenstand und immer NOCH oft nicht bei sinnen.

Von meinem Samsung Galaxy Smartphone gesendet.“

III. Manuduktionspflicht und Verfahrenshilfe

Dem Ziel des Gesetzgebers, dass ein durchschnittlicher Bürger auch ohne berufsmäßigen Parteivertreter eine Beschwerde einbringen und ein verwaltungsgerichtliches Beschwerdeverfahren führen können muss, sind in der Realität auch praktische Grenzen gezogen: Für manche Beschwerdeführer bedeutet die Bestreitung eines Gerichtsverfahrens eine größere Herausforderung als für andere Personen. In manchen Verfahren ist der Prozessgegenstand komplexer als in anderen Verfahren: Man denke bloß an einen – unvertretenen – Nachbarn einer geplanten Fabrik, der seine Interessen in einem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren hinsichtlich Lärm- und Schadstoffimmissionen vertritt, oder Nachbarn, die die Genehmigung eines Kraftwerks in einem Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren bekämpfen wollen.

Gerade für diese Fälle sieht das Verfahrensrecht vor, dass – ebenso wie die Verwal-

¹² Verwaltungsgerichtshof 29.5.2018, Ra 2018/20/0059.

tungsbehörde im Verwaltungsverfahren – das Verwaltungsgericht (vor allem) gegenüber unvertretenen Parteien eine *Manuduktionspflicht* trifft: Das heißt, dass das Verwaltungsgericht die Partei zur Vornahme von Verfahrenshandlungen im erforderlichen Ausmaß anzuleiten und über die mit Verfahrenshandlungen bzw. Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren hat¹³, andernfalls ein Verfahrensfehler die Entscheidung des Gerichts mit Rechtswidrigkeit belastet. Der Beschwerdeführer ist aber nicht vom Verwaltungsgericht in materiell-rechtlicher Hinsicht zu beraten und auch nicht dahingehend anzuleiten, welche für seinen Standpunkt günstigen Behauptungen er aufzustellen bzw. mit welchen Anträgen er vorzugehen hat¹⁴. Beispielsweise kann ein Volksschuldirektor, der wegen einer psychischen Erkrankung in den Ruhestand versetzt wird und sich gegen das maßgebliche amtsärztliche Gutachten über seine Erkrankung wendet, nicht als Verletzung der Manuduktionspflicht erfolgreich geltend machen, dass das Gericht ihn anleiten hätte müssen, ein Gegengutachten einzubringen oder ein neues Gutachten zu beantragen¹⁵. Insbesondere ist die Verfahrenspartei nicht über eine Unzulässigkeit der Antragsstellung zu belehren, und das Verwaltungsgericht hat auch nicht auf ein anderes erfolgversprechendes Vorbringen hinzuwirken¹⁶.

Die richterliche Manuduktionspflicht soll vor allem eines nicht: Die Wahrung der richterlichen Objektivität beeinträchtigen. Dies ist – und das wird im Verwaltungsprozess der Regelfall sein – besonders in einem Mehrparteienverfahren, wenn also einem rechtsunkundigen Beschwerdeführer jedenfalls die Verwaltungsbehörde (und allenfalls auch noch eine weitere Verfahrenspartei, wie etwa der Begünstigte des Verwaltungsaktes) gegenübersteht. Es besteht durchaus die Gefahr, dass eine allzu ausführliche Anleitung die Vornahme von möglichen und auch günstigen Prozesshandlungen den Grundsatz der Waffengleichheit gefährdet bzw. den Anschein der Befangenheit erweckt (Drexel, 2016). Auch wenn eine Bewertung der Erfolgsaussichten einer Verfahrenshandlung von der Manuduktionspflicht nicht erfasst ist, wird in der Praxis vor allem bei größerer Komplexität der objektiven Rechtslage die unvertretene Verfahrenspartei häufig nicht in der Lage sein, die Folgen ihres prozessualen Handelns in zureichendem – und in einem der gegnerischen vertretenen Partei vergleichbarem – Maße einzuschätzen. In der Praxis ist dies ein heikler *Balanceakt* für das Verwaltungsgericht, der Manuduktionspflicht nachzukommen, ohne eine Rechtsberatung zu gewähren, und die Verfahrenspartei im erforderlichen Umfang anzuleiten, ohne die Unparteilichkeit des Gerichts in Zweifel ziehen zu lassen (Drexel, 2016).

Eine Möglichkeit, die daraus resultierenden Probleme zu vermeiden, kann die Gewährung von Verfahrenshilfe bzw. Prozesskostenhilfe bieten: Liegen die Voraussetzungen für die Gewährung der Prozesskostenhilfe vor, kann der Prozesspartei auf entsprechenden Antrag – neben dem Erlass allfälliger Gerichtsgebühren – ein Rechtsanwalt kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Als Voraussetzungen gelten in den meisten

¹³ Verwaltungsgerichtshof 26.2.2016, Ra 2015/12/0042.

¹⁴ Verwaltungsgerichtshof 21.3.2017, Ra 2017/22/0013.

¹⁵ Verwaltungsgerichtshof 26.2.2016, Ra 2015/12/0042.

¹⁶ Verwaltungsgerichtshof 21.3.2017, Ra 2017/22/0013.

Verfahrensgesetzen – nicht nur in Österreich¹⁷, sondern auch in Deutschland¹⁸ und der Schweiz¹⁹ – einerseits das *Fehlen ausreichender finanzieller Mittel* zur Bewältigung der Kosten zur Führung des Verfahrens, d.h. eine mehr oder weniger prekäre Einkommens- und Vermögenssituation²⁰ sowie andererseits die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung im konkreten Fall (etwa aufgrund der Komplexität der Beschwerdesache) und das Bestehen einer gewissen *Erfolgsaussicht*. Letzteres bedeutet, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht aussichtslos oder gar mutwillig sein darf. Aussichtslos ist die Führung eines Verfahrens dann, wenn dessen Erfolglosigkeit ohne weitere Prüfung des Falles feststeht (Bydlinski, 2002). Dadurch, dass diese Einschätzung stets im Vorhinein (ex ante) getroffen werden muss, kann die Beurteilung schwierig sein (und bei negativem Ergebnis weitreichende Konsequenzen haben): Deshalb wird im Zweifel bereits dann die Erfolglosigkeit nicht angenommen werden können, wenn der Verfahrensausgang zugunsten des Antragstellers zumindest nicht völlig unwahrscheinlich ist. Als mutwillig gilt eine Rechtsverfolgung, wenn ein vernünftiger Mensch bei Würdigung aller relevanten Umstände von der Rechtsverfolgung Abstand nehmen würde (etwa wenn er Kenntnis von der Unrichtigkeit des Prozessstandpunktes hat).

IV. Art. 6 EMRK und das Recht auf Zugang zum Gericht

Spätestens jetzt – wenn es um Prozesskostenhilfe geht – ist es unvermeidbar, darauf hinzuweisen, dass der Zugang zum Gericht auch eine internationale bzw. völkerrechtliche Dimension hat: Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert in Art. 6 – für Zivil- und Strafsachen²¹ – nicht nur das Recht auf ein faires Verfahren, sondern auch das Recht auf Zugang zu Gericht, welches „nicht nur theoretisch und illusorisch, sondern effektiv gewährleistet sein müsse“²². Art. 6 EMRK verpflichtet die Mitgliedstaaten, ein Rechtsschutzsystem zu errichten, das dem Einzelnen den Zugang zu Gericht tatsächlich möglich macht²³. Dabei kann der Zugang zu Gericht auch eingeschränkt werden, solange damit ein *legitimes Ziel* verfolgt und ein *vernünftiges Verhältnis* zwischen den eingesetzten Mitteln und den damit angestrebten Zielen besteht. Dies wird bei Regelungen der Fall sein, die den Schutz vor missbräuchlichen Rechtsmitteln gewährleisten (z.B. durch Prozessstrafen) oder die Überlastung des Gerichts durch weniger bedeutsame Fälle ver-

¹⁷ Siehe § 8a VwGVG, § 61 Verwaltungsgerichtshofgesetz und § 60 der österreichischen Zivilprozessordnung.

¹⁸ Siehe § 166 Verwaltungsgerichtsordnung, § 114 und § 121 der deutschen Zivilprozessordnung.

¹⁹ Siehe z.B. Art. 111 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern und § 117 der schweizerischen Zivilprozessordnung.

²⁰ Diese Voraussetzung liegt dann vor, wenn die Kosten des Verfahrens *nicht ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts* bestritten werden können. Notwendig ist jener Unterhalt, der für eine einfache Lebensführung erforderlich ist (Bydlinski, 2002: Rz 2 ff).

²¹ Art. 6 gilt zwar primär für Zivil- und Strafsachen, doch interpretiert der EGMR diese Begriffe autonom, sodass auch Rechtssachen, die nach der innerstaatlichen Recht in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden fallen, aber nach der Judikatur des EGMR einen zivil- oder strafrechtlichen Charakter enthalten, von den Garantien des Art. 6 erfasst werden (Grabenwarter, Pabel, 2016: 472 ff). Eine geradezu kolossale Erweiterung seines Anwendungsbereichs erfuhr Art. 6 EMRK in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in denen gemäß Art. 47 der EU-Grundrechtecharta bei allen Verfahren, in denen EU-Recht zur Anwendung gelangt, auch die Garantien des Art. 6 EMRK zu berücksichtigen sind.

²² EGMR 26.2.2002, 46800/99, Del Sol gg. Frankreich.

²³ EGMR 15.11.2007, 72118/01, Khamidov gg. Russland.

hindern soll (mittels Beschränkung des Zugangs zum Höchstgericht auf bedeutsame Rechtsfragen) (Grabenwarter, Pabel, 2016).

Die Schranken dürfen jedoch den Gerichtszugang nicht so erschweren, dass der Wesensgehalt des Rechts verletzt wird: Beispielsweise ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, die Entrichtung von Gerichtsgebühren als Prozessvoraussetzung für die Einbringung einer Klage oder eines Rechtsmittels gesetzlich vorzusehen²⁴. Die Höhe der Gebühren darf aber *nicht unverhältnismäßig* sein. Dies war etwa im Fall Kreuz gegen Polen der Fall, als eine Schadenersatzklage gegen eine Kommune nur deshalb unterbleiben musste, weil der Geschädigte Gerichtsgebühren in der Höhe eines Vielfachen seines Monatsgehaltes hätte aufbringen müssen und eine vorläufige Befreiung von der Gebühr nicht möglich war²⁵.

Ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe kann aus Art. 6 EMRK nicht abgeleitet werden. Den Mitgliedstaaten kommt laut EGMR ein weiter Gestaltungsspielraum dafür zu, ihr Rechtsschutzsystem so einzurichten, dass dem Einzelnen der Zugang zu Gericht nicht aus wirtschaftlichen Gründen unmöglich ist²⁶. In bestimmten Konstellationen kann jedoch die unentgeltliche Gewährung eines Rechtsanwaltes (auch in Zivilsachen) unentbehrlich sein²⁷.

Dass in der Entwicklung des Rechts nichts auf ewig „in Stein gemeißelt“ ist, zeigt gerade die Rechtsprechung in Österreich zur Prozesskostenhilfe im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Bis vor kurzem war in Österreich im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz eine Prozesskostenhilfe lediglich für Verwaltungsstrafsachen vorgesehen, d.h. bei Ordnungswidrigkeiten bzw. Strafen von geringer Höhe (wie Parkstrafen), die von Verwaltungsbehörden verhängt werden²⁸. In allen anderen Verwaltungsverfahren war über viele Jahrzehnte hindurch stets die Ansicht vertreten worden, dass eine Prozesskostenhilfe auch aus dem Blickwinkel des Art. 6 EMRK nicht erforderlich sei: Aufgrund der verwaltungsbehördlichen bzw. verwaltungsgerichtlichen Manuduktionspflicht, des Amtswegigkeitsgrundsatzes, des Fehlens hoher Gebühren und mangels Anwaltszwangs sei die Unterstützung der Verfahrenspartei durch einen Rechtsanwalt nicht erforderlich und daher die Möglichkeit einer kostenlosen Beigabe eines Rechtsanwalts nicht geboten (Stern, 2016).

Erst jüngst hat der österreichische Verfassungsgerichtshof diese Sichtweise aufgegeben und den *ausnahmslosen* gesetzlichen Ausschluss der Prozesskostenhilfe für Verwaltungssachen (abseits von Verwaltungsstrafen) als Verletzung von Art. 6 EMRK aufgehoben: Der Verfassungsgerichtshof²⁹ bemängelte, dass der Ausschluss von Prozesskostenhilfe im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten (abgesehen von Verwal-

²⁴ Zur Zulässigkeit von Regelungen über den Prozesskostenersatz der Verfahrensparteien siehe VfGH, 26.6.2018, G 44/2018.

²⁵ EGMR 19.6.2001, 28249/95, Kreuz gg. Polen.

²⁶ EGMR 9.10.1979, 6289/73, Airey gg. Irland.

²⁷ Verfassungsgerichtshof 25.6.2015, G 7/2015.

²⁸ Siehe Art. 6 Abs. 3 lit c EMRK, wonach der Angeklagte in Strafsachen berechtigt ist, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten.

²⁹ Verfassungsgerichtshof 25.6.2015, G 7/2015.

tungsstrafen) überhaupt keine Prüfung im Einzelfall dahingehend zulasse, dass z.B. aufgrund der Komplexität eines bestimmten Verfahrens ausnahmsweise die unentgeltliche Beigebung eines Rechtsanwaltes im konkreten Fall erfolgen kann³⁰. Auch wenn eine anwaltliche Vertretung im Verwaltungsprozess vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz in Verwaltungssachen mit civil rights im Sinne des Art. 6 EMRK wegen der Manduktionspflicht und des Amtswegigkeitsprinzips in aller Regel nicht erforderlich sein wird, so hat der Gesetzgeber für den Ausnahmefall Vorsorge zu treffen.

V. Schlussbemerkung

Gerade die zuletzt erwähnte Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zeigt, dass der Zugang zum Recht kein Thema ist, das im Laufe der Entwicklung eines Rechtsstaates irgendwann als abgeschlossen betrachtet werden kann. Bei dieser Thematik stößt immer wieder das *Ideal* des freien und gleichen Zugangs zum (Verwaltungs-)Gericht an die praktischen Grenzen der *Realität*. Man muss kein Prophet sein, um davon ausgehen zu dürfen, dass die Verbesserung des Zugangs zu Gericht auch noch in ferner Zukunft ein „work in progress“ bleiben wird. Dass es sich dabei um ein sehr wichtiges Thema handelt, bedarf keiner näheren Erörterung, geht es doch um das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat.

Bibliographie:

1. Thienel R., Schulev-Steindl E. *Verwaltungsverfahrenrecht*. Wien: Verlag Österreich, 2009.
2. Grabenwarter Ch., Pabel K. *Europäische Menschenrechtskonvention*. München: Beck Verlag, 2016.
3. Stern J. Zugang zum Recht. Das Verwaltungsgerichtsverfahren. *Journal für Rechtspolitik*. 2016. Seite 144.
4. Eberhard H., Ranacher Ch., Weinhandl M. *Rechtsprechungsbericht Landesverwaltungsgerichte, Bundesverwaltungsgericht und Verwaltungsgerichtshof*. Zeitschrift für Verwaltung. 2016. Seite 72.
5. Drexel C. *Der Zugang zum Recht*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2016.
6. Niedermayr M. *Rechtstatsachen zum Zugang zum Recht im frühen 19. Jahrhundert*, *juridikum* 2012. Seite 97. S. 103.
7. Hinterberger K. *Verfahrenshilfe in verwaltungsgerichtlichen Verfahren und Verfassungsrecht*, *juridikum* 2016. Seite 58.
8. Bumberger L. *Rechtsprechung des VwGH zum VwGVG und VwGG in der ersten Jahreshälfte 2015*. *Zeitschrift für Verwaltungsgerichtsbarkeit*. 2015. Seite 575 ff.
9. Bydlinski M. *Kommentierung zu § 63 ZPO / H.W. Fasching, A. Konecny (Hrsg.)*. Wien: Manz Verlag, 2002. Rz 20.

³⁰ Siehe im Übrigen auch Art. 47 Abs. 3 Grundrechtecharta, wonach Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, Prozesskostenhilfe bewilligt wird, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

CONDITIONS OF THE APPEAL CLAIM IN THE AUSTRIAN ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Author Dr. **Peter Chvosta**,

Judge of the Austrian Federal Administrative Court

peter.chvosta@bww.gv.at

Purpose. The article deals with the most important formal requirements of the appealing the decision of the administrative authority in the Austrian administrative procedural law.

Methods. Based on the historical development of administrative law protection in Austria and the objective of the Austrian administrative procedural law as well and considering the intentions of the legislative authorities to create the new Austrian administrative procedural law, it is shown in detail by means of certain provisions that the administrative process for a citizen should be as cheap and easy as possible. Formal rules of appeals to the Administrative Tribunal are not intended to exaggerate formalism or to create a particular obstacle for a citizen in his efforts to seek legal protection.

Results. The discussion of the administrative court judicature shows that the legislative intentions have been considered in case law, because the requirements of a complaint is so openly protected that basically every average citizen without legal support can fulfill this process requirements. In more complex administrative procedures with the participation of a legally unrepresented citizen, the administrative court's obligation to provide services is regularly of particular importance, that is why the duty of the court to guide a citizen in the administrative procedure and to perform procedural acts is thoroughly analysed. In this context, the tense relationship that can emerge during the fulfillment of the duty of manpower with regard to the impartiality of the court to all disputing parties is also touched upon. In addition, the article analyses the conditions for granting legal aid or legal aid for low-income citizens, that can be provided with a free of charge lawyer, as required by the complexity of the procedure. Subsequently, the guarantees of the Article 6 of the European Convention on Human Rights relating to the conditions of access of justice and access to the protection of justice are described in more detail and also the relevant case law of the European Court of Human Rights is illustrated with such examples as high legal costs.

Conclusion. Finally, the decision of the Austrian Constitutional Court regarding legal aid points out that the whole issue is highly topical and, in the final analysis, significantly influences citizens' trust in the rule of law.

Key words: administrative jurisdiction, grounds for appeal, obligation to provide services, legal costs, legal aid.

LEGAL CHALLENGES OF THE DECISIONS OF ENERGY REGULATORY AUTHORITIES IN CERTAIN EU MEMBER STATES

Purpose. Delivering energy policy requires appropriate decisions of competent bodies. Issuing the binding decisions refers to the key powers of energy regulatory authorities. However, there are different approaches to the understanding of the legal nature of such decisions. In particular, in Ukraine there is no single school of thought regarding the legal nature of utilities tariffs decisions. Therefore, it is important to study the experience of foreign countries (e. g., EU member states) on this matter in order to elaborate the future recommendations on the enhancement of Ukrainian legislation. This paper aims at exploring the legal nature of the decisions issued by the energy regulatory authorities in certain EU member states, and at separating the main types and defining the correlation of regulatory, normative and administrative decisions of an energy regulatory authority.

In order to achieve the main goal of this research, the following objectives should be reached: 1) to analyse the legal framework for the decision-making of energy regulatory authorities in certain EU member states; 2) to classify the types of decisions of an energy regulatory authority; 3) to define the correlation of regulatory, normative and administrative acts of an energy regulatory authority.

Methods. Comparative legal analysis will be among the main methods of this research while analysing the national legislative approaches to decisions of energy regulatory authorities in certain countries. Results. Constitutions and other legal acts of certain countries provide the legislative basis of the research. Case law of judicial bodies of analysed countries represents the empirical basis of the paper.

Conclusions. It is concluded that the scope of the decision-making powers of energy regulators in certain countries differs. Various decisions can be challenged in a different way. While the individual decision-making powers in many cases are subject to general administrative procedure acts, legal acts on energy regulatory authorities do not clearly specify the types of their regulatory acts. Considering the principle of legal certainty, it is recommended to separate the regulatory (legislative) and individual (administrative) acts of an energy regulator and to define the specific types of such decisions and their core features in the national legislation.

Key words: economic sectoral regulation, energy regulatory authority, energy regulatory decision making, regulatory decision-making, administrative acts.



Yuliya Vashchenko,
*Professor at the
 Administrative Law
 Department,
 Faculty of Law, Taras
 Shevchenko National
 University of Kyiv,
 Dr. Habil. (Law), Docent
 y_vashchenko@univ.kiev.ua
 orcid.org/0000-0002-5252-1997*

1. Introduction

Energy sector is one of strategic economic industries of each state. Sustainable, reliable, safe, accessible and affordable energy supply is crucial for the functioning of all other fields of economy. Access to modern energy services is essential condition for effective participation of the people in social and economic life, adequate realization of human rights and freedoms. Therefore, energy sector traditionally belongs to regulated industries in many countries in the world.

Efficiency of economic sectoral regulation in general and energy regulation in particular depends on adequate institutional encouragement. New approaches to the understanding of the role of a state in the field of economy as a regulator resulted in implementation of the model of independent national regulatory authorities. The trend of agencification, including the rise of the regulatory state in the energy sector, attracts the attention of scholars all over the world. Representatives of economic, political, legal, and other sciences explore different issues of this phenomenon (e. g., Majone, 1997; Christensen, 2005; Claeys, 2008; Deviatnikovaite, Bakaveckas, 2009; Helderma et al., 2012; Vasconcelos, 2009). The aspects of institutional, functional, and financial independence of regulatory authorities, as well as the correlation of independence and accountability of such authorities have been mostly discussed.

Issuing the binding decisions refers to the key powers of such authorities. However, such decisions have different legal nature and specific legal regulation arisen from the peculiarities of national legal systems. In particular, energy regulatory authorities can participate in the normative legal regulation of regulated industries via:

- approving the own regulations (legislative acts);
- participating in legislative procedures of other public authorities.

Considering that the quasi-legislative powers are among the key features of independent regulatory authorities, it is necessary to explore the legal nature of the acts of an energy regulatory authority.

Various decisions may cause different legal consequences and can be challenged in a different way. The issues referred to the legal nature of energy regulatory authorities was primarily explored by the author while analysing legal aspects of energy regulation in Ukraine and then the similar problems were found out in some other countries. Thus, it was realized that these aspects require more comprehensive legal research that has been done before.

Considering mentioned above, this paper aims at exploring the legal nature of the decisions issued by the energy regulatory authorities, and at separating the main types and the core features of such decisions.

In order to achieve the main goal of this research, the following objectives should be reached:

- 1) to analyse the legal framework for the decision-making of energy regulatory authorities in certain EU member states;
- 2) to classify the types of decisions of an energy regulatory authority;
- 3) to separate the main features and to define the correlation of regulatory decisions, regulatory and administrative acts of an energy regulatory authority.

This research has been based on the theoretical approaches to the legal status of energy regulatory authorities represented in the modern science, in particular, mentioned above. Comparative legal analysis and case studies will be among the main methods of this research while analysing the national legislative approaches to decisions of energy regulatory authorities in certain countries. Constitutions and other legal acts of certain countries provide the legislative basis of the research. Case law of judicial bodies of analysed countries represents the empirical basis of the paper. The comparative legal analysis will be conducted primarily with regards to the following aspects: the constitutional basis for energy regulatory decision-making, the nature and the scope of the regulatory powers, the legal framework for regulatory decision-making, types and features of decisions of energy regulatory authorities. Due to the fact that the legal nature of the decisions of an energy regulatory authority depends on the legal status of the authority such criterion as the type of energy regulatory authority and its place in the system of public authorities will be also taken into consideration.

2. Legal framework for decision-making process of energy regulatory authorities in certain EU Member States

The EU legislation (in particular, Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity (Directive 2009/72/EC, 2009) and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas (Directive 2009/73/EC, 2009) includes certain requirements on regulatory decision-making, primarily, regarding its independence, impartiality, transparency, judicial review. The European Commission (The European Commission, 2010) encourages the EU Member States to fulfil these requirements while establishing the national institutional frameworks of energy regulation. However, the EU member states decide on concrete legal mechanisms regarding the energy regulatory decision-making process based on the peculiarities of their legal and political systems, and such solutions are different. For the purposes of this paper the approaches to the energy regulatory decisions used in Hungary, Lithuania, Poland, Latvia, Slovenia, and Netherlands have been analysed.

2.1. Energy regulatory decisions in Hungary

Hungarian Energy and Public Utility Regulatory Authority (HEA) is responsible for energy regulation in Hungary. This authority has a status of an autonomous regulatory body. HEA has a special constitutional footing – Article 23 of the Fundamental Law of Hungary (Fundamental Law of Hungary, 2011). The President of the HEA is appointed by the Prime Minister for seven years. Acting on the basis of authorization by an Act and

within his or her functions laid down in a cardinal Act, the President shall issue decrees (legal regulations in accordance with Article T of the Fundamental Law of Hungary); no such decree shall conflict with any Act, government decree, prime ministerial decree, ministerial decree or decree of the Governor of the National Bank of Hungary. In issuing decrees, the President may be substituted for by the vice president he or she designated in a decree. Issues that shall be regulated by Presidential decrees defined by the Cardinal Act (para. 12) and acts on sectoral regulation. However, the list of issues that can be regulated by decrees is not exhaustive since in accordance with para. 12 of the Cardinal Act XXII (Cardinal Act, 2013) the President shall issue Organizational and Operational Rules and other decrees of the HEA. It is important to mention that the President issues not only legal regulations, but also administrative decisions (resolution adopted on the basis of authorization granted by law). Thus, the law should clear define the grounds for issuing decrees and resolutions. The procedural framework of individual administrative decisions is regulated by law, primarily the Act CL on General Public Administration Procedures (Act CL on General Public Administration Procedures, 2016).

There are different methods of judicial review of the decisions of HEA. Individual administrative decisions can be reviewed by courts. In accordance with Article XXVIII (7) of the Fundamental Law everyone shall have the right to seek legal remedy against any court, authority or other administrative decision which violates his or her rights or legitimate interests. As referred to in Article 25 of the Fundamental Law courts shall decide on the lawfulness of administrative decisions. Constitutionality of the President's decrees is examined by the Constitutional Court in accordance with Article 24 of the Fundamental Law.

2.2. Decisions of the Lithuanian energy regulatory authority

Energy regulation in Lithuania has been conducted by the National Commission for Energy Control and Prices (hereinafter – NCC). The legal status of the NCC is stipulated by the Law of Energy (Law on Energy, 2012). NCC is an independent national regulatory authority (in the European Union law's sense) regulating activities of entities in the field of energy and carrying out the supervision of state energy sector. Lithuanian legislation does not define the NCC as a body of executive power. First of all, Lithuanian Constitution (Article 5) (Constitution of the Republic of Lithuania, 1992) stipulates that in Lithuania, state power shall be executed by the Seimas, the President of the Republic and the Government, and the Judiciary. As referred to in Article 67 (para. 5) of the Lithuanian Constitution the Seimas shall establish state institutions provided for by law, and appoint and release their heads. It should be stressed that Lithuanian researchers define the NCC and other independent regulatory authorities in Lithuania as a part of the public administration, separated from the traditional hierarchy of the executive entities' system (Pūraitė, Deviantikovaitė, 2013).

According to the Law on Energy (2002) the NCC issues the regulations that are approved by the Chairperson of the Commission (Article 8, para. 14). As referred to in para. 12 of Article 8 of this Law the Commission shall be responsible for the validity and legitimacy of its resolutions.

In accordance with the Law on Public Administration (Law on Public Administration, 1999) (Article 2) the term “administrative decision” is a broadest term that means

the administrative act or any other document of the established form adopted in accordance with the established procedure where the will of an entity of public administration is expressed. The Law separates administrative regulations (legal acts establishing the rules of conduct and intended for an individual and unspecified group of persons) and individual administrative act (an act of single application of law intended for a specific person or a specified group of persons).

NCC approves normative legal acts and individual legal acts. However, the Law on Energy while defining the responsibilities of the energy regulator does not strictly define when a normative or individual act should be approved. Types of legal acts to be approved by the NCC have not clearly defined, as well, since the Law on Energy mentions two terms – resolutions and regulations of the NCC. However, the difference between resolutions and the regulations is not defined.

2.3. Decision-making powers of the Polish energy regulatory authority

In Poland, the functions of the energy regulator performed by the President of the Energy Regulatory Office (hereinafter – ERO). According to the Energy Law Act (Energy Law Act, 1997) the President of the ERO is a central body of government administration that included to the system of bodies of executive power.

The President of ERO conducts different functions in the field of energy regulation, including sanctioning power. The procedures conducted by the President of the ERO are resulted in administrative acts. It is strictly defined by the Constitution of Poland and Energy Law Act that the President of the ERO can approve only administrative acts. Administrative decisions of the President of ERO approved in accordance with the Administrative Proceeding Code.

The President of ERO does not have legislative powers. The regulations in energy field (ordinances) approved by the bodies of executive power of higher level – President of the Council of Ministers, Council of Ministers and the Ministry of Energy. Internal organization and structure of the ERO is stipulated by the Statute of ERO approved by the ordinance of the President of the Council of Ministers (Art. 21, para.6).

2.4. Decision-making powers of the Latvian energy regulatory authority

Energy regulation in Latvia has been conducted by the Public Utilities Commission (hereinafter – PUC). In accordance with the Law on Regulators of Public Utilities (Law on Regulators of Public Utilities, 2000) PUC is institutionally and functionally independent, full-fledged, autonomous body governed by public law (Section 6(2)). It has a derived public person's status in accordance with the State Administration Structure Law (State Administration Structure Law, 2002).

It should be stressed that PUC has regulatory (even legislative) powers, however, such powers are not stipulated by the Constitution and the laws have different provisions on this matter. Thus, there are no special provisions on regulatory powers of the PUC in the Constitution of the Republic of Latvia (Satversme) (Constitution of the Republic of Latvia, 1998). Actually, the Constitution of Latvia does not define such types of public authorities as autonomous (independent) regulators. However, the Constitutional Court of the Republic of Latvia in its Judgement on Behalf of the Republic of Latvia in Case No. 2015-11-03 of 2 March 2016 (Judgement Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case No. 2015-11-03, 2016) states that Article 57 of the Sarversme allows

establishment of such autonomous state institutions, which perform some activities of executive power, without being subordinated to the Cabinet of Ministers.

In accordance with the Law on Regulators of Public Utilities the Regulator shall independently perform the functions delegated to it by law and, within the scope of its competence, shall take decisions independently and issue administrative acts binding upon specific providers and users of public utilities (Section 6(2)). The decision-making body of the Regulator shall be a Council. The Council shall, on behalf of the Regulator, take decisions and issue administrative acts binding upon specific providers and users of public utilities (Section 7 (3)). In accordance with the Law on Regulators of Public Utilities the Administrative Procedure Law (Administrative Procedure Law, 2001) applies to the administrative decision-making of the Regulator.

The provisions of the Administrative Procedure Law are also of particular interest in part of the regulatory powers of public authorities. In accordance with Section 1 (5) of this Law external regulatory enactments are comprised by the Constitution (Sarversme), laws, Cabinet regulations and binding regulations of local governments, as well as international agreements. The corresponding provision is stipulated in Section 15 (2), which prescribes that institutions and courts shall observe the following hierarchy of the legal force of external regulatory enactments: 1) the Constitution (Sarversme); 2) laws, and Cabinet regulations adopted in accordance with Article 81 of the Constitution (Satversme); 3) Cabinet regulations; 4) binding regulations of local governments. Therefore, one can assume that the Regulator cannot approve external regulatory enactments. However, in accordance with Section 9 (2) the Law of the Republic of Latvia on Official Publications and Legal Information external regulatory enactments, which have been issued by a derived legal person governed by public law in issues of the autonomous competence thereof (an autonomous public legal entity), shall be considered as equivalent to Cabinet regulation in the hierarchy of the legal force, unless specified otherwise by law (Law of the Republic of Latvia on Official Publications and Legal Information, 2012).

In 2016, the Constitutional Court of the Republic of Latvia in its Judgement on Behalf of the Republic of Latvia in Case No. 2015-11-03 of 2 March 2016 states that the Seima has the right to authorise an autonomous institution of public administration to issue external regulatory enactments that are necessary for implementing the law in a field of competence granted by law.

Therefore, the regulatory powers of the PUC are recognized; however, in order to avoid misunderstanding, it should be clearly specified in the legislation.

2.5. Decision-making powers of the energy regulatory authority in Slovenia

In Slovenia, the Energy Agency has a status of a bearer of public authorities. In accordance with the Energy Act, the Energy Agency is an independent body that does not belong to the system of bodies of executive power.

As referred to in Article 27 of the Public Agencies Act (Public Agencies Act, 2002) public agencies may, if by virtue of law granted such public authority, regulate legal relations and take decisions in individual matters. In the performance of tasks pursuant to paragraph 1 of this Article, public agencies shall issue general acts on exercising public authority, and administrative decisions. The general acts shall be adopted by the public agency Council. General acts of the Public Agency under the preceding paragraph are

regulations published in the Official Gazette of the Republic of Slovenia. Public agencies shall be obliged to pass the general act under the preceding paragraph on to the founder in order for the act to be published. The founder may withhold the publication of a Public Agency general act, if the act is held to be in non-conformity with the constitution or law, and propose to the Public Agency to reconsider the adoption of the act in question; the founder shall state the reasons for withholding the publication. Where the Public Agency insists upon its decision, the general act shall be published; the founder may stay its implementation by filing with the Constitutional Court a request for review of constitutionality and legality of the general act, within 15 days after the act takes effect. The order of the founder staying the implementation of the general act pursuant to the preceding paragraph shall be published in the Official Gazette of the Republic of Slovenia.

Specific provisions of the Energy Agency are stipulated by the Energy Act (Energy Act, 2014). In accordance with Article 391 the Agency Council as a management body of the Agency shall, in particular, adopt general acts of the Agency in view of exercising public authority. As referred to in Article 408 of the Energy Act the Agency shall issue general acts in cases where it is authorized to do so by this Act or an EU Regulation. Administrative decisions of the Energy Agency are subject to the General Administrative Procedure Act (ZUP), unless special provisions are stipulated by the Energy Act (e.g., in Article 74(7), 82 (7) of the Energy Act).

The Slovenian experts point out that the procedure of issuing such acts of regulatory authorities is not as formalized with respect to its legislative regulation as is the case with other authorities, because these are mostly general acts issued by particular organizations whose activities are not as manifold as are those of the state administration, and they are not the representatives of different interests as reflected in the coalition structure of the Government, and are not the subject of political confrontation and discourse, which are the prime characteristics of legislative authorities (Čarni, Košak, 2006).

2.6. Decision-making powers of the energy regulatory authority in the Netherlands

Energy regulatory body in the Netherlands is the Authority for Consumers and Markets (ACM). ACM is an autonomous administrative authority (under Dutch law). Legal status of the ACM is stipulated, in particular, by the Autonomous Administrative Authorities Framework Act (Autonomous Administrative Authorities Framework Act, 2006) (hereinafter – Framework Act) and the Establishment Act of the Authority for Consumers and Markets (Establishment Act of the Authority for Consumers and Markets, 2013) (hereinafter – Establishment Act). In Section 1 of the Framework Act an autonomous administrative authority is defined as an autonomous administrative authority of central government which by Act of Parliament, by order in council pursuant to Act of Parliament, or by ministerial order pursuant to Act of Parliament, has been invested with public authority and is not hierarchically subordinate to a minister.

In accordance with Section 11 of the Framework Act an autonomous administrative authority adopts administrative regulations on the basis of a statutory regulation that require the approval of the Minister. Approval may be withheld on the grounds that the administrative regulations are incompatible with the law of that the Minister believes they may hinder the autonomous administrative authority in the proper performance of its tasks.

Regulatory powers of the ACM are defined by the Establishment Act. Thus, according to Section 4 of this Law the ACM shall draw up regulations of the board. After the approval as referred to in Section 11 of the Framework Act, the ACM shall publish the regulations of the board in the Government Gazette.

The ACM enjoys the power to issue administrative decisions. According to Section 22 of the Framework Act the Minister may reverse a decision made by an autonomous administrative authority. A decision to do so must be announced in the Government Gazette. However, as referred to in Section 10 of the Establishment Act the Minister of Economic Affairs or the Minister of Infrastructure and the Environment cannot overturn decisions concerning energy that are taken by the ACM on the basis of provisions stated under or pursuant to an act that is valid for a specific market sector. Section 22, first paragraph of the Framework Act does not apply to these decisions. When drawing up and publishing decisions, ACM follows the rules of the Dutch General Administrative Law Act (Dutch General Administrative Law Act, 1994) (GALA).

It should be noticed that in Netherlands the broad concept of regulation has been used. Thus, a definition of regulation usually covers more than just the promulgation of (generally binding) rules. In the context of government policy and public services, regulation is normally considered to be the control of something by rules, as opposed to its prohibition. In this respect, regulation is not limited to rulemaking. It is also about licensing, inspection and enforcement, and sometimes even dispute resolution. In relation to market failure, regulation is normally the opposite of deregulation and liberalization. Regulation in this sense includes setting standards that determine the ‘rules of the game’ on markets for public services. As far as administrative law is concerned, regulation is in some countries narrowly termed as the legal restrictions promulgated by administrative agencies in contrast with statutory law or case law (Van Gestel et al., 2007).

It should be mentioned that in accordance with Article 1:3 of the GALA “administrative decision” means an order which is not of a general nature, including rejection of an application for such an order, whereas ‘policy rule’ means an order, not being a generally binding regulation, which lays down a general rule for weighing interests, determining facts or interpreting statutory regulations in the exercise of a power of an administrative authority.

As Dutch scholars pay attention, the GALA relates mainly to orders, specifically individual decisions. In the Netherlands there is a clear difference between constitutionally regulated decision-making processes at central government level, which result in primary legislation, “general administrative orders” (comparable to “orders in council” in the UK and “executive orders” in the US) and ministerial regulations on the one hand and administrative procedures on the other hand, which usually result in individual decisions (*beschikkingen*) (Barkhuysen et al., 2012).

3. Conclusions

Issuing the regulatory decisions belongs to essential powers of an energy regulatory authority in certain EU member states. However, there are different approaches to the understanding of the legal nature and the scope of regulatory powers and regulatory decisions. Thus, the broad and the narrow approaches can be defined. In accordance with broad approach (e. g., used in Slovenia and Netherlands), the regulatory powers include the whole range of powers of energy regulatory authority, including issuing the legally

binding rules and decisions, licensing, control etc. In this case regulatory decisions cover both legislative (normative) and individual (administrative) decisions. Pursuant to narrow approach, regulatory powers mean only legislative (normative) regulation.

However, there are also broad and narrow approaches to the understanding of the term “administrative decisions” (“administrative acts”). In accordance with the broad approach, administrative decisions include also normative acts approved by public administration entities (e. g., in Lithuania). And pursuant to the narrow approach administrative decisions cover only individual acts.

Therefore, considering the importance of unified use of the most significant terms, it is recommended to understand under regulatory powers of energy regulatory authorities the whole range of their powers. In this case, the term “regulatory decision” will apply to all decisions of the energy regulatory authorities refer to their regulatory powers. It can play the role of an umbrella term for legislative and administrative decisions of a regulatory authority. Following this approach, the legislative (normative) act can be covered by the term “regulatory act”/ “regulatory rule”, whereas the term “administrative act” will mean the individual act of an energy regulatory authority.

The scope of regulatory powers of an energy regulatory authority depends on the legal status of such authority and its place in the system of public administration. All regulatory authorities are vested with administrative powers resulted in administrative acts, whereas the legislative powers mostly refer to the responsibilities of independent energy regulators (e. g., in Lithuania and Latvia). Energy regulators that belong to the system bodies of executive power may lack legislative (regulatory) powers (e. g., in Poland).

Based on the analysis conducted, the legal regulation of legislative powers of energy regulatory authorities in the majority of certain countries needs to be enhanced. Considering the special status of independent energy regulatory authorities, their legislative powers shall be clearly defined in (or arisen from) the Constitution. The legal forms and the legal grounds of regulatory acts should be defined by law.

In all countries analysed in this research the administrative decision-making of the energy regulatory authorities is subject to general administrative procedure act that seems to be logically and legally proven. However, legislative and administrative acts of an energy regulatory authority should be clearly separated by law.

The enhancement of the energy regulatory decision-making in part of the clear legal regulation of legislative and administrative acts will contribute to the protection of interests of different stakeholders, primarily, energy consumers, and will increase the efficiency of general energy policy.

Bibliography:

1. Majone G. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*. 1997. Vol. 17. P. 139–167. URL: http://www.jstor.org/stable/4007608?seq=1#page_scan_tab_contents/ (accessed 29 April 2018).
2. Christensen T. Agencification and regulatory reforms. URL: http://soc.kuleuven.be/io/cost/pub/paper/AgencificationRegulatoryReforms_Final21021.pdf (accessed 29 April 2018).
3. Claeys E.R. The National Regulatory State in Progressive Political theory and Twentieth-Century Constitutional Law. *George Mason Law & Economics Research Paper*. 2008. No. 08(44). URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1169870 (accessed 29 April 2018).

4. Deviatnikovaite I., Bakaveckas A. Independent Regulatory Agencies: Possibilities to Identify the Peculiarities of Their Activity and Their Position in the System of Lithuanian Public Administration Bodies. *Societal Studies*. 2009. No. 3(3). P. 333–349. URL: <https://www.mruni.eu/upload/iblock/15e/deviatnikovaite,%20bakaveckas.pdf> (accessed 29 April 2018).
5. Helderma J.-K., Bevan G., France G. The rise of the regulatory state in health care: a comparative analysis of the Netherlands, England and Italy. *Health Economics, Policy and Law*. 2012. No. 7. P. 103–124. URL: http://eprints.lse.ac.uk/41977/1/Bevan_Rise_regulatory_state_2012.pdf (accessed 29 April 2018).
6. Vasconcelos J. Energy regulation in Europe: regulatory policies and politics of regulation. URL: https://www.eeoinstitute.org/european-review-of-energy-market/EREM_9-Comment_Jorge_Vasconcelos.pdf (accessed 29 April 2018).
7. Directive 2009/72/EC of the European Parliament and the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC. OJ. 2009. L211/55.
8. Directive 2009/73/EC of the European Parliament and the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC. OJ. 2009. L211/94.
9. Commission Staff Working Paper. Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas (Brussels, 22 January 2010). URL: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf (accessed 29 April 2018).
10. Fundamental Law of Hungary. URL: <http://www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf> (accessed 6 April 2018).
11. Cardinal Act XXII of 2013 on the Hungarian Energy and Public Utility Regulatory Authority. URL: http://www.mekh.hu/download/c/1b/10000/act_xxii_of_2013_on_the_hungarian_energy_and_public_utility_regulatory_authority.pdf (accessed 29 April 2018).
12. Act CL on General Public Administration Procedures (2016). URL: <https://net.jogtar.hu/jr/gen/getdoc.cgi?docid=a1600150.tv&dbnum=62> (accessed 29 April 2018).
13. Law on Energy of 16 May 2002 No IX-884 (New version of the Law of 01 January 2012). *Official Gazette*. 2011. No 160(7576). URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/cc700b403c3f11e68f278e2f1841c088?jfwid=-19kda1ip8y> (accessed 30 March 2018).
14. The Constitution of the Republic of Lithuania (adopted by the citizens of the Republic of Lithuania in the Referendum of 25 October 1992). URL: <http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Konstitucion.htm> (accessed 30 March 2018).
15. Pūraitė A., Deviantikovaite I. Independent regulatory and administrative authorities in the Republic of Lithuania. *TLQ*. 2013. No. 4. P. 283–295. URL: <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/99> (accessed 29 April 2018).
16. Energy Law Act (1997) / Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne. URL: <https://www.ure.gov.pl/pl/prawo/ustawy/17,Ustawa-z-dnia-10-kwietnia-1997-r-Prawo-energetyczne.html> (accessed 1 April 2018).
17. Law on Regulators of Public Utilities of the Republic of Latvia (2000). URL: http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Citi/On_Regulators_of_Public_Uilities.pdf (accessed 05.04.2018)
18. State Administration Structure Law of the Republic of Latvia (2002). URL: http://www.mk.gov.lv/sites/default/files/editor/state_administration_structure_law.pdf (accessed 5 April 2018).
19. Constitution of the Republic of Latvia (1998). URL: <http://www.saeima.lv/en/legislation/constitution> (accessed 5 April 2018).

20. Judgement on Behalf of the Republic of Latvia in Case No. 2015-11-03 of 2 March 2016. URL: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2015/04/2015-11-03_Spriedums_ENG.pdf (accessed 05 April 2018).
21. Administrative Procedure Law of the Republic of Latvia (2001). URL: <https://likumi.lv/ta/en/id/55567-administrative-procedure-law>.
22. Law of the Republic of Latvia on Official Publications and Legal Information from 31 May 2012. URL: <http://www.vvc.gov.lv/> (accessed 5 April 2018).
23. Public Agencies Act of the Republic of Slovenia No. 020-05/00-21/4 of 31 May 2002. URL: http://www.akos-rs.si/files/APEK_eng/Legislation/public-agencies-act.pdf (accessed 05 April 2018).
24. Energy Act of the Republic of Slovenia of 24 February 2014 (third reading version). URL: http://www.energetika-portal.si/fileadmin/dokumenti/zakonodaja/energetika/ez-1/ez-1_energy_act_proposal.pdf (accessed 5 April 2018).
25. Čarni M., Košak Š. A Guide to the Republic of Slovenia Legal System and Legal Research. URL: http://www.nyulawglobal.org/globalex/Slovenia.html#_3.2.1._Bearers_of_public%20authoritie (accessed 05 April 2018).
26. Autonomous Administrative Authorities Framework Act of 2 November 2006. URL: https://www.cbs.nl/-/media/_pdf/2018/13/engelse%20vertaling%20kaderwet%20zbs%20%20autonomous%20administrative%20authorities%20framework%20act.pdf?la=en-gb (accessed 5 April 2018).
27. Establishment Act of the Authority for Consumers and Markets of February 28, 2013. URL: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13190_establishment-act-of-the-netherlands-authority-for-consumers-and-markets.pdf (accessed 5 April 2018).
28. Dutch General Administrative Law Act (1994). URL: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/15446_dutch-general-administrative-law-act.pdf (accessed 5 April 2018).
29. Van Gestel R.A.J., Eijlander Ph., Peters J.A.F. The Regulatory Powers of Quangos in the Netherlands: Are Trojan Horses Invading Our Democracy? *Electronic Journal of Comparative Law*. 2007. Vol. 11.1. URL: <https://www.ejcl.org/111/art111-9.pdf> (accessed 5 April 2018).
30. Barkhuysen T., Willemien Ouden W., Schuurmans Y. E. The Law on Administrative Procedures in the Netherlands. *NALL*. 2012. April-Juni. DOI: 10.5553/NALL/000005. URL: <http://www.nall.nl/tijdschrift/nall/2012/06/NALL-D-12-00004.pdf> (accessed 5 April 2018).

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ РІШЕНЬ ОРГАНІВ РЕГУЛЮВАННЯ ЕНЕРГЕТИКИ В ПЕВНИХ ДЕРЖАВАХ – ЧЛЕНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Юлія Ващенко,

професор кафедри адміністративного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
доктор юридичних наук, доцент
y_vashchenko@univ.kiev.ua
orcid.org/0000-0002-5252-1997

Мета. Реалізація енергетичної політики вимагає належних рішень уповноважених органів. Прийняття обов'язкових до виконання рішень є одним із ключових повноважень органів регулювання енергетики. Однак є різні підходи до розуміння

правової природи таких рішень. Наприклад, в Україні немає єдиного підходу до розуміння правової природи рішень щодо тарифів на комунальні послуги. У зв'язку із цим важливо проаналізувати досвід зарубіжних країн (наприклад, держав – членів Європейського Союзу) із цього питання з метою подальшого розроблення рекомендацій щодо вдосконалення законодавства України. Статтю присвячено з'ясуванню правової природи рішень органів регулювання енергетики у визначених державах – членах Європейського Союзу, виокремленню основних видів та визначенню співвідношення між регуляторними, нормативними й адміністративними актами органу енергетичного регулювання.

Для досягнення поставленої мети необхідно виконати такі завдання: 1) проаналізувати правові засади прийняття рішень органами регулювання енергетики у визначених державах – членах Європейського Союзу; 2) надати класифікацію рішень органу регулювання енергетики; 3) визначити співвідношення між регуляторними, нормативними та адміністративними актами органу енергетичного регулювання.

Методи. Порівняльно-правовий метод є одним з основних методів цього дослідження та застосовується в процесі аналізу національних законодавчих підходів до рішень органів регулювання енергетики у визначених країнах. Нормативну основу дослідження складають конституції та інші законодавчі акти зазначених країн. Емпіричною основою дослідження є практика судових органів країн, що аналізуються.

Результати. З'ясовано, що є широкий і вузький підходи до розуміння регуляторних повноважень органів регулювання енергетики. Відповідно до широкого підходу регуляторні повноваження включають увесь обсяг повноважень органу регулювання енергетики, тоді як до вузького належать лише повноваження з нормативно-правового регулювання.

Обсяг повноважень органів регулювання енергетики в різних країнах відрізняється. Різні рішення мають різні правові наслідки та можуть бути оскаржені в різний спосіб. Натомість прийняття рішень індивідуальної дії в більшості випадків здійснюється відповідно до законів про загальну адміністративну процедуру, а законодавчі акти, які закріплюють правовий статус органів регулювання енергетики, не завжди чітко визначають види їхніх регуляторних актів.

Висновки. Під регуляторними повноваженнями органів регулювання енергетики рекомендується розуміти повний обсяг їхніх повноважень. Відповідно, термін «регуляторне рішення» має застосовуватися до всіх рішень органів регулювання енергетики, прийнятих у межах їхніх регуляторних повноважень. При цьому категорія «регуляторний акт»/ «регуляторна норма» має застосовуватися саме до нормативно-правових актів, тоді як термін «адміністративний акт» – до актів індивідуальної дії.

З огляду на принцип правової визначеності рекомендується чітко розмежовувати регуляторні (нормативно-правові) та індивідуальні (адміністративні) акти органу регулювання енергетики, а також визначити види таких рішень та їхні ключові ознаки в національному законодавстві.

Ключові слова: економічне галузеве регулювання, орган регулювання енергетики, прийняття регуляторних рішень в енергетиці, прийняття регуляторних рішень, адміністративні акти.

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ
ЗА ВЧИНЕННЯ ДРІБНОГО ХУЛІГАНСТВА
(ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ НАУКОВОГО АНАЛІЗУ ПОСТАНОВИ
ФРУНЗЕНСЬКОГО РАЙОННОГО СУДУ М. ХАРКОВА
ВІД 21 СЕРПНЯ 2018 Р. (СПРАВА № 645/4761/18))**

The article is devoted to the analysis of certain provisions of the current legislation of Ukraine concerning the understanding and interpretation of the accessibility of justice as a key guarantee of ensuring the implementation of international norms and provisions of domestic legislation. The link between the principle of access to justice and the mechanism for providing free secondary legal aid has been followed. The procedure for the provision of secondary legal aid free of charge, the problematic issues that arise in the process of providing such assistance and the further prospects for solving these problems are also defined. The categories of persons entitled to free secondary legal aid are characterized, certain problem aspects of their administrative-legal status are identified, which create obstacles in the practical realization of the right to free secondary legal aid. A number of legislative amendments to the State Fundamental Law, procedural acts, which significantly influenced the realization of the right to secondary free legal aid, were considered. The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the practice of domestic courts regarding access to justice are analyzed. The statistical data of the Coordination Center on the provision of free secondary legal aid as an indicator of ensuring access to justice for vulnerable categories of people in Ukraine is researched. The international community recognizes that the right to a fair trial includes the guarantees of procedural rights, namely: the right to access to a court, the right to execute court decisions and the right to the final judgment. In Ukraine, free legal aid can be considered as a mechanism to ensure compliance with international obligations undertaken by our state. The article notes that access to justice is not only the territorial approximation of the organs of justice to citizens, but also the existence of real rights and opportunities for their implementation by appealing to the court, initiating court proceedings, as well as the presence of correspondent duties of the subjects conducting judicial proceedings the process, which in general, meets the requirements stipulated in international legal acts. The article also examines the impact of the judicial reform carried out on the provision of secondary free-of-charge assistance in Ukraine, and, accordingly, the impact on access to justice in connection with the introduction of the so-called "monopoly of advocates" in court.

Key words: free secondary legal aid, access to justice, judicial reform, European Court of Human Rights.



Голобородько Денис

Віталійович,
доцент кафедри
адміністративного
права, процесу та
адміністративної
діяльності
Дніпропетровського
державного університету
внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук,
доцент
6326060@i.ua
orcid.org/0000-0001-7441-9646



Справа № 645/4761/18
Провадження № 3/645/1640/18

**ПОСТАНОВА
ІМЕНЕМ УКРАЇНИ**

21 серпня 2018 року

м. Харків

*Суддя Фрунзенського районного суду м. Харкова
Ульяніч І.В., розглянувши адміністративний матеріал
про притягнення до адміністративної відповідальності
ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, уродженця ІНФОРМА-
ЦІЯ_2, громадянина України, не працюючого, прожива-
ючого за адресою: ІНФОРМАЦІЯ_3, – за ст. 173 КУпАП,*

в с т а н о в и в:

ОСОБА_1 04 серпня 2018 року о 21 год. 00 хв. за адре-
сою: м. Харків, вул. Балканська, 13-А, заліз на башню
РРТ та фотографувався, чим порушив громадський поря-
док та спокій громадян.

У судовому засіданні ОСОБА_1 свою вину у вчинен-
ні адміністративного правопорушення визнав, щиро ка-
явся, також пояснив, що він разом із неповнолітньою ОСО-
БА_2 04 серпня 2018 року увечері перелізли через паркан на
територію Харківського філіалу концерну РСЗ, що є страте-
гічним об'єктом, та залізли на башню РРТ з метою відпочити
та сфотографуватися. Потім приїхали наряд поліції, охорона
та служба МНС, які протягом декількох годин умовляли їх
злізти із башні, яка була висотою приблизно 140 метрів.

Вина ОСОБА_1 у вчиненні адміністративного право-
порушення підтверджується протоколом про адміністра-
тивне правопорушення серії АА № 343800 від 05 серп-
ня 2018 року, рапортом поліцейського роти № 4 взводу
№ 2 батальйону № 4 УПП в Харківській області ДПП
сержанта поліції ОСОБА_3 від 05 серпня 2018 року,
письмовими поясненнями ОСОБА_1, ОСОБА_4, пояс-
неннями ОСОБА_1 у судовому засіданні.

Своїми діями ОСОБА_1 вчинив адміністративне пра-
вопорушення, передбачене ст. 173 КУпАП, – дрібне хулі-
ганство, тобто дії, що порушують громадський порядок і
спокій громадян.

Вислухавши пояснення притягнутого, враховуючи характер та обставини вчиненого правопорушення, дані про особу ОСОБА_1, обставину, що пом'якшує відповідальність за адміністративне правопорушення, – щире розкаяння винного, з метою виховання та запобігання вчиненню нових правопорушень вважаю необхідним та достатнім накласти на нього адміністративне стягнення у виді мінімального штрафу.

Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 4 Закону України «Про судовий збір» № 3674-VI від 08 липня 2011 року в разі ухвалення судом постанови про накладення адміністративного стягнення ставка судового збору складає 0,2 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб, тобто 352 грн. 40 коп.

На підставі викладеного, керуючись ст. ст. 173, 283, 284 КУпАП, суддя

п о с т а н о в и в:

ОСОБА_1 визнати винним у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 173 КУпАП, та накласти на нього адміністративне стягнення у виді штрафу в розмірі трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тобто 51 гривня 00 копійок.

Стягнути з ОСОБА_1, ідентифікаційний номер НОМЕР_1, судовий збір у дохід держави в розмірі 352 гривні 40 копійок.

Постанова може бути оскаржена до Апеляційного суду Харківської області протягом десяти днів із дня її оголошення шляхом подання апеляційної скарги через Фрунзенський районний суд м. Харкова.

Суддя –

І.В. Уляніч¹

Аналіз судового рішення. Дрібне хуліганство є одним із найбільш поширених адміністративних правопорушень, що вчиняються повсюдно. Правозастосовна практика щодо притягнення до відповідальності за вчинення цього проступку є досить різноманітною, однак останнім часом викликає низку критичних зауважень насамперед із боку представників наукового середовища. Типові помилки, яких допускаються працівники поліції під час кваліфікації правопорушення, складання процесуальних документів, помножуються на «шаблонний» розгляд справи в суді, що в сукупності призводить до винесення хибних, несправедливих рішень та неправомірного притягнення осіб до адміністративної відповідальності.

Прикладом такого помилкового розгляду справи є запропоноване для наукового аналізу судове рішення Фрунзенського районного суду м. Харкова від 21 серпня 2018 р. в справі № 645/4761/18 [1], яким особу було притягнуто до адміністративної відповідальності за вчинення дрібного хуліганства та накладено адміністративне стягнення у вигляді штрафу.

Проаналізувавши текст зазначеного судового рішення, я дійшов висновку, що проблема перебуває в площині неправильної кваліфікації дій особи (об'єктивна сторона

¹ Текст рішення надається без скорочень у редакції, розміщений на сайті за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76097377> (дата звернення: 23.10.2018).

правопорушення), ігнорування особливостей суб'єктивної сторони дрібного хуліганства та застарілого підходу до сталої моделі доказів і доказування вини особи.

На початку аналізу для правильного розуміння особливостей кваліфікації дрібного хуліганства доречно звернутися до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хуліганство» від 22 грудня 2006 р. № 10 [2]. Незважаючи на той факт, що зазначена постанова здебільшого стосується питань хуліганства як кримінально караного діяння (ст. 296 Кримінального кодексу України) [3], окремі її положення стосуються саме проблематики правильної кваліфікації дрібного хуліганства (ст. 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення) [4].

Так, під час аналізу хуліганства як протиправного явища Верховний Суд України зауважив, що хуліганство (ст. 296 Кримінального кодексу України) – це умисне, грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, яке супроводжувалося особливою зухвалістю або винятковим цинізмом. У свою чергу якщо такі дії не супроводжувалися особливою зухвалістю або винятковим цинізмом, то їх необхідно кваліфікувати як дрібне хуліганство за ст. 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення [2].

З огляду на зазначений висновок варто зробити низку важливих застережень щодо різниці між хуліганством та дрібним хуліганством. По-перше, обидва правопорушення мають спільну суб'єктивну сторону, що полягає в умисній формі вини та єдиному хуліганському мотиві – явній неповазі до суспільства. Тобто дії особи в жодному разі не можуть бути кваліфіковані як хуліганські, якщо вони вчинені без наявного умислу, наприклад, з необережності.

У свою чергу явна неповага до суспільства є складним оціночним поняттям, що потребує особливого підходу до його розуміння. У судовій практиці сталим є підхід, відповідно до якого неповага до суспільства – це прагнення показати свою зневагу до існуючих правил і норм поведінки в суспільстві, самоствердитися за рахунок приниження інших осіб, протиставити себе іншим громадянам, суспільству, державі. Вказана неповага має бути явною. Це означає, що неповага до суспільства є очевидною, безсумнівною як для хулігана, так і для очевидців його дій (див. Постанову Верховного Суду від 15 березня 2018 р. за справою № 355/1256/16-к) [5].

Таким чином, єдиний критерій розмежування хуліганства та дрібного хуліганства – наявність у протиправних діях особи ознак особливої зухвалості або виняткового цинізму. Тому важливою для розмежування є об'єктивна сторона правопорушення.

Хуліганськими діями, вчиненими з особливою зухвалістю, може бути визнане таке грубе порушення громадського порядку, яке супроводжувалося, наприклад, насильством із завданням потерпілій особі побойів або заподіянням тілесних ушкоджень, знущанням над нею, знищенням чи пошкодженням майна, зривом масового заходу, тимчасовим припиненням нормальної діяльності установи, підприємства чи організації, руху громадського транспорту тощо, або таке, яке особа тривалий час уперто не припиняла.

У свою чергу хуліганством, яке супроводжувалося винятковим цинізмом, можуть бути визнані дії, поєднані з демонстративною зневагою до загальноприйнятих норм моралі, наприклад, з проявом безсоромності чи грубої непристойності, знущанням над хворим, дитиною, особою похилого віку або такою, яка перебувала в безпорадному стані, тощо [2].

З тексту судового рішення, яке ми аналізуємо, можна зробити висновок, що об'єктивну сторону правопорушення, за яке особу було притягнуто до відповідальності, охоплюють такі дії: «<...> заліз на башню РРТ та фотографувався, чим порушив громадський порядок та спокій громадян» [1]. Постає справедливе питання: чи можна вести мову про наявність, по-перше, умислу на порушення громадського порядку та хуліганського мотиву в діях особи, а по-друге, про об'єктивну протиправність таких дій?

У цьому аспекті необхідно зауважити, що намагання особи зробити ефектне фото із собою (селфі) на тлі нічного міста з висоти явно не свідчить про наявність у неї умислу щодо порушення громадського порядку та хуліганського мотиву. Найімовірніше, мотивом таких дій було подальше розміщення цього фото в соціальних мережах, хизування перед друзями, знайомими, дівчиною або навіть нестача гострих відчуттів.

Водночас диспозиція ст. 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення розкриває об'єктивну сторону дрібного хуліганства через три альтернативні групи дій:

- нецензурну лайку в громадському місці;
- образливе чіпляння до громадян;
- інші подібні дрібні хуліганські дії, що порушують громадський порядок і спокій громадян [4].

Як бачимо, такі дії, як «заліз на башню РРТ та фотографувався», явно не охоплюються диспозицією ст. 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення, а тому не можуть бути визнані протиправними в контексті розуміння дрібного хуліганства.

Необхідно додатково звернути увагу на те, що категорія «інші подібні дії» безпосередньо охоплює широку низку дій особи, які можуть бути кваліфіковані судом як дрібне хуліганство, проте для цього додатковою обов'язковою умовою має бути наявність таких обставин, як порушення громадського порядку та спокою громадян, що були викликані цими діями. Причому зазначені умови є не альтернативними, а комплексними та повинні обидві мати місце під час вчинення правопорушення. У разі, якщо одна з них відсутня (наприклад, спокій жодного громадянина не був порушений діями особи, а порушено лише громадський порядок), то зазначене діяння не може бути віднесене до категорії «інші подібні дії» та кваліфікуватися як дрібне хуліганство за ст. 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення. До протиправних дій, що можуть кваліфікуватися як дрібне хуліганство необхідно віднести пошкодження майна, штовхання, легкі удари по тілу, непристойні жести, провокування бійки, справляння природних потреб у не відведених для цього місцях, кидання каміння у вікна тощо.

Як видно з тексту судового рішення, яке підлягає аналізу, таких умов, пов'язаних із порушенням громадського порядку та спокою громадян, унаслідок фотографування на вежі зафіксовано не було. Та й взагалі, чи можна порушити спокій громадян, якщо о 21 год. залізи на телевізійну вежу?

У будь-якому разі постановою суду, що аналізується, не містять посилань на порушення спокою громадян, що може свідчити про їх відсутність.

Окремою помилкою суду є хибне розуміння допустимої моделі доказування вини особи. Так, в обґрунтування свого висновку про доведеність вини особи в скоєному правопорушенні суд посилався на такі дані:

- протокол про адміністративне правопорушення серії АА № 343800 від 5 серпня 2018 р.;
- рапорт поліцейського роти № 4 взводу № 2 батальйону № 4 УПП в Харківській області ДПП сержанта поліції ОСОБА_3 від 5 серпня 2018 р.;
- письмові пояснення ОСОБА_1, ОСОБА_4;
- пояснення особи, що були надані в судовому засіданні, якими вона визнала свою провину в скоєному правопорушенні.

Розглянемо проблематику доказування вини під кутом об'єктивності та належності окремих доказів.

По-перше, відомо, що приписи ст. 251 Кодексу України про адміністративні правопорушення відносять протокол про адміністративне правопорушення, пояснення особи та інші документи до категорії доказів у справах про адміністративні правопорушення та покладають обов'язок їх збирання на суб'єкта складання протоколу.

Однак, на моє переконання, усі зазначені вище докази необхідно розглядати лише в сукупності з іншими доказами, що виключатимуть їх неоднозначне сприйняття. Так, протокол про адміністративне правопорушення за своєю процесуальною природою є актом державного обвинувачення особи в інкримінованому їй адміністративному правопорушенні (на кшталт обвинувального акта в кримінальному судочинстві). За своїм змістом протокол фактично являє собою певну форму узагальнення інформації, що була зібрана суб'єктом складання протоколу (державним обвинувачем), на стадії адміністративного розслідування та самотійно не може свідчити про винуватість особи без наявності інших об'єктивних доказів.

Визнання особою своєї вини в скоєному правопорушенні взагалі має сприйматися судом критично та братися до уваги виключно за наявності в матеріалах справи інших належних доказів, що підтверджують слова особи, яка притягується до адміністративної відповідальності. Твердження особи про її винуватість в інкримінованому правопорушенні є лише суб'єктивним баченням особи та не може бути підтвердженням вчинення нею правопорушення (див. Постанову Верховного Суду від 31 травня 2018 р. за справою № 751/3011/17) [6].

Справді, не маючи належних правових знань, особа під час визнання своєї вини може відверто помилятися, бути заляканою, намагатися приховати справжнього винуватця правопорушення або навіть обмовити себе тощо. Визнання судом таких пояснень особи як належного доказу в справі повинне оцінюватися виключно в сукупності з іншими належними та допустимими доказами (наприклад, фото- й відеоматеріалами, поясненнями свідків правопорушення тощо), що виключатимуть випадки безпідставного притягнення осіб до відповідальності.

Висновки. Запропонований аналіз постанови Фрунзенського районного суду м. Харкова від 21 серпня 2018 р. в справі № 645/4761/18 [1] свідчить про те, що судом під час розгляду справи про адміністративне правопорушення за ст. 173 «Дрібне хуліганство» Кодексу України про адміністративні правопорушення було помилково зроблено висновок про винуватість особи. Як показує проведений аналіз,

у діях особи був відсутній склад інкримінованого адміністративного правопорушення (об'єктивна й суб'єктивна сторони), а матеріали справи не містили належних доказів, які б свідчили про винуватість особи.

У такому разі, з огляду на недоведеність матеріалами справи хуліганського мотиву в діях особи (суб'єктивна сторона правопорушення) та з огляду на особливість побудови конструкції диспозиції ст. 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення, що не охоплює дії, пов'язані з перебуванням на окремих об'єктах без належного дозволу або з намаганням зробити фото з висотних об'єктів тощо, суд у порядку ст. ст. 283, 284 Кодексу України про адміністративні правопорушення повинен був винести постанову про закриття справи на підставі п. 1 ч. 1 ст. 247 Кодексу України про адміністративні правопорушення (відсутність події та складу адміністративного правопорушення).

Варто зауважити, що сучасна мода на екстрим зумовлює появу низки молодіжних течій (субкультур), серед яких можна виділити також рурфінг (від англ. *roof* – дах). Однак за певної можливої протиправності таких дій вони в жодному разі не можуть бути віднесені до хуліганських з огляду на відсутність головного чинника – хуліганського мотиву. Такі дії потребують окремого законодавчого закріплення у відповідних нормах, наприклад, доповнення Кодексу України про адміністративні правопорушення статтею, яка буде встановлювати відповідальність за протиправне перебування на об'єктах, що охороняються, всупереч встановленому порядку допуску тощо. До внесення відповідних змін і доповнень до Кодексу України про адміністративні правопорушення або інших законодавчих актів такі дії не можуть визнаватися протиправними та караними.

Список використаних джерел:

1. Постанова Фрунзенського районного суду м. Харкова від 21 серпня 2018 р. в справі № 645/4761/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76097377>.
2. Про судову практику у справах про хуліганство: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 р. № 10 / Верховний Суд України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va010700-06>.
3. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X / Верховна рада УРСР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.
5. Постанова Верховного Суду від 15.03.2018 р. за справою № 355/1256/16-к / Верховний Суд. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72909464>.
6. Постанова Верховного Суду від 31 травня 2018 р. за справою № 751/3011/17 / Верховний Суд. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74407341>.

References:

1. Resolution of the Frunzensky District Court of Kharkiv dated August 21, 2018 in case No. 645/4761/18. The Unified State Register of Court Decisions. Retrieved from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76097377>.

2. On the judicial practice in cases of hooliganism: The resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine dated December 22, 2006 No. 10. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va010700-06>.
3. The Criminal Code of Ukraine: Law of Ukraine of 05.04.2001 № 2341-III. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
4. Code of Ukraine on Administrative Offenses: Law of Ukraine dated 07.12.1984 No. 8073-X. Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.
5. Resolution of the Supreme Court dated March 15, 2018 for case number 355/1256/16-k. Unified state register of court decisions. Retrieved from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72909464>.
6. Resolution of the Supreme Court dated May 31, 2018 for case number 751/3011/17. Unified state register of court decisions. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74407341>.

**PROBLEM ISSUES OF JUDICIAL CONSIDERATION
OF CASES FOR THE COMMISSION OF PETTY HOOLIGANISM
(ACCORDING TO THE RESULTS OF THE SCIENTIFIC ANALYSIS
OF THE DECISION OF THE FRUNZENSKY DISTRICT COURT
OF KHARKIV FROM AUGUST 21, 2018 (CASE NO. 645/4761/18))**

Denys Holoborodko,

Associate Professor of the Department of Administrative Law,
Process and Administrative Activity of Dnipropetrovsk State University
of Internal Affairs, Candidate of Jurisprudence, Associate Professor
6326060@i.ua
orcid.org/0000-0001-7441-9646

*The **purpose** of this publication is a scientific analysis of the decision of the Frunzensky District Court of Kharkiv dated August 21, 2018 on bringing a person to administrative liability under art. 173 "Small hooliganism" Code of Ukraine on Administrative Offenses. The **methodological** basis of the presented scientific analysis is a systematic approach, system analysis.*

The features of the subjective side of petty hooliganism are analyzed, an emphasis is placed on the mandatory hooligan motive of such an offense, attention is focused on certain deficiencies in the structure of the disposition of this norm, its obsolescence and imperfection in modern conditions that do not encompass certain illegal acts.

Results. Separately drawn attention to the peculiarities of evidence in such categories of cases. It has been proved that the recognition by a person of his guilt in an incriminated offense should be taken critically by the court and be considered, as evidence, only in conjunction with other relevant evidence. The justification of the guilt of a person solely on his confession of a perfect offense is inadmissible.

*It is **concluded** that the protocol on administrative offense, by its legal nature, is an official act of public accusation of a person for committing an offense and, by its content, is only a generalization of certain information that was collected by the subject of a public prosecution at the stage of administrative investigation.*

Key words: disorderly conduct, public order, hooligan motive, evidence, recognition of a person.

ОСОБЛИВОСТІ ПРИТЯГНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОДАТКОВІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Мета. У статті автором наведено та проаналізовано найбільш типові проблеми, що виникають на практиці в процесі притягнення осіб до адміністративної відповідальності за податкові правопорушення. Мета полягає в науковому осмисленні піднятих питань адміністративного права. Також важливим є привернення уваги до необхідності дотримання найвищих принципів права в діяльності органів влади, у тому числі під час притягнення правопорушників до адміністративної відповідальності.

Методи. Зроблено особливий акцент на реальних справах, тому стаття містить посилання на прийняті українськими судами постанови в цих справах. Також використано інформацію з наукових статей, інших джерел, на які обов'язково є посилання. Завдяки використанню методу аналізу автору вдається розгорнуто висловити власну думку стосовно порушених питань та зробити висновки. Використовується судова практика щодо введення адміністративних санкцій за злочини, передбачені статтями 163-1–163-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Результати. Досліджено проблеми щодо визначення елементів складу адміністративного правопорушення. Частково розкрито тему про належність, допустимість доказів, про процесуальні порушення під час складання протоколу. У тексті згадується про принцип верховенства права, про строки та їх значення в процесі притягнення до адміністративної відповідальності. Це все дало змогу досягти поставленої мети статті.

Висновки. Порушена в публікації проблематика є актуальною, корисною та доступною для розуміння.

Ключові слова: податкове правопорушення, справа про адміністративне правопорушення, адміністративна відповідальність, адміністративне правопорушення, суд, постанова, склад правопорушення, матеріали справи, протокол, проблема, вимога.



**Мальований
Павло Степанович,**
студент II курсу магістратури
юридичного факультету
Тернопільського
національного економічного
університету
pavlo.malovanyy@ukr.net

1. Вступ

Для реалізації різноманітних функцій перед суспільством держава проводить податкову політику, встановлюючи відповідні правові норми. Просто визначити права й обов'язки, перелік податків і зборів та їх ставок недостатньо. Варто зазначити, що у сфері цих відносин також має бути забезпечений належний стан дисциплінованості та правопорядку. Для здійснення ефективної податкової політики має існувати й діяти не менш ефективний механізм легітимного примусу. Під таким примусом розуміється застосування компетентними органами певних заходів впливу на винуватих осіб, тобто притягнення до юридичної відповідальності. Власне, застосування примусу в порядку, визначеному законом, є одним із ключових завдань діяльності відповідних органів держави.

Види юридичної відповідальності за порушення податкового законодавства неодноразово були предметом дослідження в наукових публікаціях і монографіях. Зокрема, найбільше уваги приділялося вивченню фінансових санкцій у сфері оподаткування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Тему адміністративної відповідальності піднімали такі науковці, як В.Т. Білоус, С.Т. Гончарук, О.М. Бандурка, М.П. Кучерявенко, П.В. Мельник, З.М. Будько, М.О. Мацелик та інші.

Метою статті є детальне вивчення порядку й підстав притягнення до адміністративної відповідальності за окремі порушення податкового законодавства, зокрема, шляхом порушення найбільш актуальних і важливих проблем. Чимало з них виникають у процесі притягнення осіб до адміністративної відповідальності за окремі порушення податкового законодавства (про це свідчить судова практика). Власне, на судовій практиці варто акцентувати увагу під час подальшого дослідження цієї теми.

2. Співвідношення податкового правопорушення та адміністративної відповідальності

Поняття «податкове правопорушення» варто розглядати незалежно від виду юридичної відповідальності, у широкому розумінні – як будь-яке винне, протиправне діяння, що посягає на встановлений порядок у сфері оподаткування. Законодавство передбачає за такі діяння не лише застосування фінансових санкцій, а й притягнення до адміністративної чи кримінальної відповідальності (у певних випадках дисциплінарної). Кожна із цих категорій має окрему правову сутність, власну специфіку

застосування, а також власні проблемні питання її реалізації щодо винних осіб. Що стосується адміністративної відповідальності, то вона передбачена статтями 163-1–163-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Об'єктом правопорушень, передбачених цими статтями, є суспільні відносини у сфері оподаткування (податкового обліку й аудиту тощо). На нашу думку, саме тому ці діяння варто розуміти одночасно як адміністративні та податкові правопорушення. Мета адміністративної відповідальності – запобігання подальшому вчиненню проступків, які за своєю природою є протиправними й шкідливими. Зокрема, вона полягає також у недопущенні подальшого вчинення вищезгаданих діянь. Адміністративне стягнення, що є її елементом, має не карати, а виховувати особу в дусі поваги до законів і правил, відохочувати від неправомірної поведінки. На думку М.В. Коваліва, Р.В. Кісіль, О.І. Остапенка, адміністративна відповідальність у найзагальнішому плані визначається як вид юридичної відповідальності, що визначає обов'язок суб'єкта зазнавати обмеження або позбавлення державно-владного характеру у зв'язку з вчиненням адміністративного правопорушення. Її визначають як механізм реагування держави на прояв протиправності, що містить матеріально-правові підстави та процесуальний порядок провадження в справах про адміністративні правопорушення (Бортник, Єсімов, 2016).

Однак, як свідчить судова практика, трапляються лише «спроби» боротьби з податковими правопорушеннями шляхом притягнення до адміністративної відповідальності. Матеріали справи про адміністративне правопорушення, зібрані податковими інспекторами, часто є не досить якісними. Це вже є підставою для міських, районних, міськрайонних судів закривати провадження або принаймні повертати справу назад на доопрацювання. Імовірність повторного направлення до суду матеріалів справи є досить невеликою. Існують навіть випадки кількаразового повернення судом однієї справи для «належного оформлення». Відстежувати нові офіційні чи неофіційні дані щодо статистики розгляду судами справ лише за вищезгаданими правопорушеннями неможливо. На жаль, завдяки пошуку в Єдиному реєстрі судових рішень вдається тільки довідатися, що за 2017 р. постанов апеляційних судів налічується понад 300, а постанов судів касаційної інстанції за 2017 р. та 2018 р. за результатами пошуку немає. Недоліки цих справ про притягнення до адміністративної відповідальності за статтями 163-1–163-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення дуже різноманітні, нерідко вони полягають, зокрема, у неправильності визначення суб'єкта правопорушення. Не менш важливо доказати, що особа, на яку складено протокол, займає відповідні посади (тобто є суб'єктом).

Так, у Постанові Червонозаводського районного суду міста Харкова зазначено: «<...> відсутні належні докази на підтвердження зайняття ОСОБА_2 посади директора ТОВ «Харківська панчішно-шкарпеткова фабрика» на час складання протоколу про адміністративне правопорушення (наказ про призначення на посаду), а також документів, у яких визначені функціональні обов'язки, відповідальність директора товариства, що впливає на визначення суб'єкта цього правопорушення» (Червонозаводський районний суд міста Харкова, 2017). Схожа ситуація була в Жовтневому районному суді міста Дніпропетровська, суддя якого закрив аналогічну справу через відсутність суб'єкта правопорушення.

Як бачимо, особливістю притягнення до адміністративної відповідальності є необхідність зібрання інформації для встановлення чи підтвердження особи як суб'єкта правопорушення. Оскільки суб'єктами аналогічних адміністративних правопорушень є посадові особи підприємств, установ, організацій, то варто звернути увагу на те, що поняття «посадова особа» є актуальним у науці адміністративного права. Воно неодноразово розглядалося вченими-адміністративістами, проте спільного підходу чи думки щодо сутності посадової особи в адміністративно-правовій науці досі не існує (Христинченко, 2011). На думку деяких науковців, відсутність єдиного підходу у визначенні поняття «посадова особа» зумовлює практичні проблеми в реалізації законодавства, чим викликає гострі дискусії в правовій науці (Христинченко, 2011). Щоправда, це не впливає на правозастосовну практику.

3. Обов'язковість визначення суб'єктивної та об'єктивної сторони правопорушення в процесі притягнення до відповідальності

Обов'язковим також є встановлення суб'єктивної сторони як одного з ключових елементів складу адміністративного проступку. При цьому зайняття особою посади директора чи головного бухгалтера не виключає відсутність вини та умислу. Керівники юридичних осіб, посадові особи можуть мати різні обов'язки та виконувати різні функції. При цьому необхідно врахувати їхні трудові чи посадові обов'язки, а згодом встановити наявність вини. Є також інша ситуація. Суддя Володарсько-Волинського районного суду Житомирської області заклав справу про адміністративне правопорушення через відсутність суб'єктивної сторони в діях ОСОБА_1, яка, працюючи керівником підприємства, несвочасно подала платіжне доручення на перерахування належних до сплати податків і зборів. Виявилось, що вона не мала реальної можливості сплатити податок на додану вартість, оскільки не було коштів на рахунку підприємства. Значно проблемним питанням є встановлення факту адміністративного правопорушення, доказування події та суті адміністративного проступку. Одним із його складників, відсутність якого виключає його склад, є об'єктивна сторона. Як основа об'єктивної сторони будь-якого адміністративного правопорушення протиправне діяння являє собою дію чи бездіяльність, що порушує або обмежує права, свободи чи обов'язки особи, посягає на встановлений порядок управління тощо, посягаючи на охоронювані законом інтереси учасників правовідносин (Заярний, 2015).

Об'єктивна сторона складу адміністративного правопорушення – це система передбачених адміністративно-правовою нормою ознак, що характеризують зовнішню сторону правопорушення. Ця система включає низку невід'ємно пов'язаних між собою ознак:

- власне протиправне діяння – дія чи бездіяльність (більшість адміністративних правопорушень скоюються у формі протиправного діяння);
- шкідливі наслідки діяння – причинний зв'язок між протиправним діянням та шкідливими наслідками, що настали;
- час, місце, умови, способи й засоби вчинення правопорушення (Кузьменко та ін., 2016).

Суди закривають справи через відсутність об'єктивної сторони. Протоколи про адміністративні правопорушення не відповідають вимогам закону також у тому разі,

якщо не відображають суть адміністративного правопорушення, яка б відповідала диспозиції відповідної норми Кодексу України про адміністративні правопорушення. Необхідно зазначити конкретно, які порушення (наприклад, у веденні податкового обліку) допустив директор підприємства. Це можуть бути дії чи бездіяльність, що проявляються як у порушенні правил, так і в нездійсненні обов'язків (неподання, несвоєчасне подання певних документів, звітів тощо). Натомість заниження податкових зобов'язань, несвоєчасна реєстрація податкових накладних/розрахунків, корегування до податкових накладних у Єдиному реєстрі податкових накладних помилково в протоколах зазначаються як порушення порядку ведення податкового обліку. Вони є подальшими наслідками порушення порядку ведення податкового обліку, відповідальність за які настає відповідно до чинного Податкового кодексу України. За своєю правовою природою такі діяння є суто фінансовим, а не адміністративним правопорушенням.

Відсутність конкретики часто не дає змогу навіть зрозуміти суть діяння: це було несвоєчасне вчинення необхідних дій або ж протиправна бездіяльність. Таке трапляється в деяких справах про притягнення до адміністративної відповідальності за неподання чи несвоєчасне подання платіжних доручень на перерахування належних до сплати податків і зборів. Однак частіше в такій категорії справ трапляється ситуація, коли особа вчасно подала платіжні документи, а щодо неї вже порушують провадження.

4. Докази в справах про адміністративні правопорушення: критерії оцінки

Те, що текст протоколу має лише декларативний характер і не містить змістовної фабули, є значним недоліком. Саме наявність конкретно викладених обставин вчинення, змісту конкретних дій порушника має вагоме значення для подальшого результату розгляду справи. Варто згадати, що проблеми доказів і доказування здебільшого досліджуються з позиції наук цивільного та кримінального процесу. Проте вони мають вагоме значення в процесі притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності. Справа повинна ґрунтуватися на основі прямих, спростованих, безспірних і безсумнівних доказів, інакше «провадження в справі про адміністративне правопорушення не може бути розпочате, а розпочате підлягає закриттю за такої обставини, як відсутність події та складу адміністративного правопорушення». Матеріали справи не мають містити такі документи, як не вручені платнику та оскаржені податкові повідомлення-рішення або такі, процедуру оскарження яких не закінчено. До них належать також акти перевірок, що не стосуються суті справи та не містять належних відомостей. Загалом є сумнів щодо належності цих доказів, допустимості, достовірності й достатності. За таких обставин суд не може дійти переконливого висновку про винуватість посадової особи підприємства в порушенні, наприклад, порядку ведення податкового обліку. Вина залишається недоведеною. Оскільки в Україні діє принцип верховенства права, вирішальне значення має презумпція невинуватості. Ці два правові принципи не є абстрактними, їм властива юридична значимість та особлива цінність, особливо для сучасної цивілізованої української держави. Як свідчить прецедентна практика Європейського суду з прав людини, ця доведеність постає зі співіснування досить переконливих, чітких та узгоджених між собою висновків або схожих неспростованих презумпцій факту (справа «Коробов проти України»).

Саме визначаючи сукупність належних, допустимих доказів, суд має можливість на їх підставі зробити висновок про наявність фактів, які належать до предмета доказування, про права й обов'язки сторін (Комаров та ін., 2011).

Навіть якщо докази судом будуть вважатися допустимими, вони мають відповідати критерію достовірності й достатності. Достовірність – це оцінка доказу за змістом. Суд не може покласти в основу свого рішення докази, достовірність яких викликає сумнів. Інакше це може трактуватися як явне порушення права на справедливий суд, передбаченого статтею 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Для встановлення обставин у справі докази мають переконувати в наявності обставин і фактів, що доказуються. А поняття «достатність» охоплює кількісну та якісну ознаку доказів (Сьоміна, 2016).

5. Процесуальні та інші недоліки під час оформлення протоколу: правові наслідки недотримання встановлених вимог

Не менш суттєвими недоліками є певні процесуальні помилки, що виникають безпосередньо під час складання протоколу. Помилки процесуального характеру є наслідком недотримання вимог закону, які регулюють складання процесуального документа, та правил-вимог юридичної техніки. А.В. Красницька в статті «Правозастосовні помилки у текстах процесуальних актів кримінального судочинства» зазначає: «Помилка в правозастосуванні загалом як негативна риса виражається в порушенні будь-яких правил» (Красницька, 2009). Ми вважаємо таке твердження правильним не лише з позиції кримінального процесу, а й у процесі притягнення до адміністративної відповідальності також за окремі податкові правопорушення. Оскільки така процесуальна дія, як оформлення протоколу в справі про адміністративне правопорушення, має вагоме значення для повного й об'єктивного розгляду справи та винесення законного рішення, то допущені під час такої дії порушення призводять до негативних процесуальних наслідків. Це згодом зумовлюватиме безкарність осіб, які вчинили адміністративне правопорушення (Люшицький, Мінка, 2015).

У більшості випадків, якщо справа містить такі недоліки, суд повертає її на доопрацювання. Особа, яка притягується до адміністративної відповідальності, має право подати пояснення та зауваження щодо змісту протоколу, а під час складання протоколу особі роз'яснюються її права й обов'язки. Саме порушення цих прав є процесуальними порушеннями. Відповідно до Порядку оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення, затвердженого Наказом Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 16 лютого 2015 р. № 3/02-15, «особа, щодо якої складено протокол про адміністративне правопорушення, має бути ознайомлена з її правами й обов'язками, передбаченими статтею 268 Кодексу України про адміністративні правопорушення та статтею 63 Конституції України, про що зазначається в протоколі» (Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, 2015).

Так, Постановою Київського районного суду міста Харкова матеріали справи було повернено назад, оскільки даних про те, що під час складання протоколу про адміністративне правопорушення були роз'яснені процесуальні права, передбачені статтею 268 Кодексу України про адміністративні правопорушення, матеріали справи не містять. Суд зазначив: «<...> відсутня інформація про одержання ОСОБА_1 протоколу про адміністративне правопорушення. Належних даних щодо відмови ОСОБА_1 від отримання

копії протоколу матеріали справи не містять. Даних, що ОСОБА_1 взагалі повідомлений про складання такого протоколу, що йому роз'яснювалися його права та обов'язки, до справи не залучено» (Київський районний суд м. Харкова, 12 квітня 2018 р.).

Іншою постановою того ж суду в аналогічній справі адміністративний матеріал повернено до Головного управління Державної фіскальної служби України «для належного оформлення». Суддя пояснив це таким чином: «У протоколі, що надійшов до суду, відсутній підпис особи, щодо якої складено протокол про адміністративне правопорушення, відсутній запис про відмову від підписання зазначеного протоколу та відомості про свідків, які цей факт засвідчили» (Київський районний суд м. Харкова, 31 січня 2018 р.). У Порядку оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення, затвердженому Наказом Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 16 лютого 2015 р., зазначається: «У разі відмови особи, яка притягується до адміністративної відповідальності, від підписання протоколу в ньому робиться запис про це» (Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, 2015). До того ж навіть цієї вимоги не було дотримано. Тому така позиція суду цілком зрозуміла.

Варто зазначити, що процесуальні помилки можуть охоплювати ширше значення. Окрім нероз'яснення особі процесуальних прав, трапляється порушення інших змістовних вимог під час оформлення протоколу. Протокол повинен обов'язково містити такі дані: 1) відомості про особу, яка склала протокол про адміністративне правопорушення; 2) відомості про особу правопорушника; 3) відомості про обставини вчиненого адміністративного правопорушення; 4) відомості про осіб, присутніх під час складання протоколу (свідки, поняті), та про інші докази, які підтверджують вину правопорушника (Люшицький, Мінка, 2015). Недотримання такої вимоги – також суттєвий недолік.

Процес перенаправлення матеріалів від одного органу до іншого забирає один важливий ресурс – час. У порядку притягнення до адміністративної відповідальності строки мають величезне значення. Їх необхідно враховувати ще на етапі складання протоколу. Ідеться про строки, після закінчення яких виключається накладення адміністративних стягнень. Справи за статтями 163-1–163-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення підвідомчі суду. Отже, стягнення за ними може бути накладене не пізніше ніж через 3 місяці з дня вчинення правопорушення або його виявлення (якщо воно триває). Правопорушення, передбачені статтями 163-1–163-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення, не обов'язково можуть бути триваючими. Навіть якщо матеріали справи зібрані в повному обсязі та відповідно до всіх вимог, вони повинні бути направлені своєчасно до суду, щоб це дало змогу накласти адміністративне стягнення. Інакше суд закриє провадження в справі, мотивуючи це тим, що «закінчився строк накладення адміністративного стягнення, визначений статтею 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення».

Зазначимо, що правовідносини загалом не можуть існувати абстрактно. Вони змінюються та припиняються в площині часу. Однак у правовій науці та на практиці використовується не філософська категорія «час», а правова – «строк». Строк в адміністративному праві є вагомою категорією: від нього залежить багато явищ. Це лише відображення дії часу в адміністративних правовідносинах. Його можна вважати ключовим, навіть вирішальним правовим засобом цілеспрямованого регу-

лювання діяльності фізичних і юридичних осіб. Строки призначені дисциплінувати учасників правовідносин, тим самим забезпечувати чіткість і визначеність права обов'язків суб'єктів (Заставна, 2013). Дисциплінованість у вигляді неухильного дотримання строків повинна проявлятися також у процесі притягнення винних осіб до відповідальності. Пропущення строків вказуватиме на неефективність діяльності посадових осіб і дасть можливість винним особам ухилитися від санкцій.

6. Висновки

Таким чином, будь-яке правопорушення (зокрема, адміністративне) має тягнути для особи, що його вчинила, невідворотні негативні наслідки. Реальність настання таких наслідків залежить не від виду проступку або об'єкта посягання. Існують певні підстави й вимоги щодо притягнення особи до відповідальності. Власне, це варто враховувати, щоб адміністративна справа досягла необхідного результату під час розгляду в суді. Вважаємо, що посадова особа, яка складає протокол про адміністративне правопорушення, несе відповідальність за якість матеріалів справи, а також за кінцевий результат. Це відповідальність за належність і допустимість доказової бази. Найбільш частими порушеннями на практиці є неточності та інші недоліки як у процесі складення протоколу, так і під час формування доказової бази. Загалом ключовим у всій українській правовій реальності має бути принцип верховенства права, що включає в себе ідеї законності, рівності всіх перед законом, невідворотності юридичної відповідальності. Діяльність будь-яких органів влади незалежно від інстанційності та компетенції повинна базуватися на цій надважливій zasadі. Розгляд українськими судами справ про адміністративні правопорушення за статтями 163-1–163-4 Кодексу України про адміністративні правопорушення не є винятком. Відповідно, суворе дотримання всіх передбачених законодавством вимог гарантує успіх адміністративної справи в суді.

Список використаних джерел:

1. Бортник Н.П., Єсімов С.С. Зміст адміністративної відповідальності за вчинення правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки». 2016. № 855. С. 38–47.
2. Постанова Червонозаводського районного суду міста Харкова від 6 грудня 2017 р. в справі № 646/8446/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70791327>.
3. Христинченко Н.П. Застосування адміністративної відповідальності до посадових осіб. Форум права. 2011. № 2. С. 933–938.
4. Заярний О.А. Об'єктивна сторона адміністративного інформаційного правопорушення: поняття, структура та особливості правової кваліфікації. Адміністративне право і процес. 2015. № 3(13). С. 134–149. URL: <http://applaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/3-13-2015/item/495-ob-iektyvna-storona-administratyvnoho-informatsiinoho-pravoporushennia-poniattia-struktura-ta-osoblyvosti-pravovoi-kvalifikatsii>.
5. Адміністративна відповідальність та провадження у справах про адміністративне правопорушення: навч. посібник / О.В. Кузьменко, М.В. Плугатир, І.Д. Пастух та ін.; за ред. О.В. Кузьменко. К.: Центр учбової літератури, 2016. 388 с.
6. Курс цивільного процесу: підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2011. 1352 с.
7. Сьоміна В.А. Належність, допустимість, достовірність та достатність доказів в адміністративному судочинстві. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2016. № 4. Т. 2. С. 48–50.

8. Красницька А.В. Правозастосовні помилки у текстах процесуальних актів кримінального судочинства. Судова апеляція. 2009. № 1(14). С. 28–33.
9. Лошицький М.В., Мінка Т.П. Актуальні питання удосконалення законодавства з оформлення органами внутрішніх справ матеріалів про адміністративні правопорушення. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2015. № 1. С. 19–29.
10. Порядок оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення: Наказ Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 16 лютого 2015 р. № 3/02-15 / Верховна Рада України. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v3_02715-15.
11. Постанова Київського районного суду м. Харкова від 12 квітня 2018 р. в справі № 640/20095/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73361039>.
12. Постанова Київського районного суду м. Харкова від 31 січня 2018 р. в справі № 640/1352/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71924325>.
13. Заставна С.Л. Про строки і терміни в національному праві України. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2013. Вип. 11. С. 119–123.

References:

1. Bortnyk, N.P., Yesimov, S.S. (2016) Zmist administratyvnoi vidpovidalnosti zavchynennia pravoporushen u sferi zabezpechennia bezpeky dorozhnogo rukhu. Visnyk Natsionalnoho universytetu "Lvivska politekhnika". Seriya "Yurydychni nauky", no 855, pp. 38–47.
2. Postanova Chervonozavodskoho raionnoho sudu mista Kharkova vid 06.12.2017 r. v spravi № 646/8446/17(2017) [in Ukrainian].
3. Khrystychenko, N.P. (2011) Zastosuvannia administratyvnoi vidpovidalnosti do posadovykh osib. Forum prava, no 2, pp. 933–938.
4. Zaiarnyi, O.A. (2015) Obiektivna storona administratyvnoho informatsiinoho pravoporushennia: ponniattia, struktura ta osoblyvosti pravovoi kvalifikatsii. Administratyvne pravo i protses, no 3(13), pp. 134–149.
5. Kuzmenko O.V. (2016) Admininstratyvna vidpovidalnist ta provadzhennia u spravah pro administratyvne pravoporushennia: navchalnyi posibnyk. Kyiv: Tsentr uchbovoi literatury. [in Ukrainian].
6. Komarov, V.V. (2011) Kurs tsyvilnoho protsesu: pidruchnyk. Kyiv: Pravo. [in Ukrainian].
7. Siomina, V.A. (2016) Dopustymist, dostovirnist ta dostatnist dokaziv v administratyvnomu sudochynstvi. Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu. Seriya "Yurydychni nauky", no 4, iss. 2, pp. 48–50.
8. Krasnitska, A.V. (2009) Pravozastosovchi pomylyky u tekstah protsesualnykh aktiv kryminalnoho sudochynstva. Sudova apelatsiia, no 1(14), pp. 28–33.
9. Loshytskyi, M.V., Minka, T.P. (2015) Aktualni pytannia udoskonalennia zakonodavstva z oformlennia organamy vnutrishnikh sprav materialiv pro administratyvni pravoporushennia. Naukovyi visnyk Dnipropetrovskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav, no 1, pp. 19–29.
10. Poriadok oformlennia materialiv pro administratyvni pravoporushennia; Nakaz vid 16.02.2015 № 3/02-15 [in Ukrainian].
11. Postanova Kyivskoho raionnoho sudu m. Kharkova vid 12.04.2018 r. v spravi № 640/20095/17 (2018) [in Ukrainian].
12. Postanova Kyivskoho raionnoho sudu m. Kharkova vid 31.01. 2018 r. v spravi № 640/1352/18 (2018) [in Ukrainian].
13. Zastavna, S.L. (2013) Pro stroky i termyny v natsionalnomu pravi Ukrainy. Naukovi zapysky Lvivskoho universytetu biznesu ta prava, vol. 11, pp. 119–123.

FEATURES OF BRINGING TO ADMINISTRATIVE LIABILITY FOR TAX OFFENSES

Illya Kolosov,

Pavlo Malovaniy,

Second year Student of Master's Degree

Faculty of Law of Ternopil National Economic University

pavlo.malovaniy@ukr.net

In this article, the author presents and analyzes the most typical problems that arise in practice in the process of bringing persons to administrative responsibility for tax offenses. A special emphasis is put on real cases, therefore the article contains references to decisions taken by Ukrainian courts on these cases.

The author investigated the problems concerning the definition of elements of the composition of an administrative offense. In practice, there are cases where at least one element of the offense is not established. So, this problem is very relevant.

The subject of membership, the admissibility of evidence, and procedural violations in drafting a protocol are partially touched upon.

The main text of the article is divided into content sections. There are four of them. The main research material is presented there. The subject described in these chapters complements the logic and content of the general topic to which the article is devoted.

Purpose. *The subject of research in science is always some kind of phenomenon, regularity, etc. The subject of this study is some problems, which should be addressed with the aim of their further prevention in the process of tax authorities. However, the purpose of the article is a bit different, it has a purely scientific character.*

Methods. *For this, the author uses judicial practice on the imposing of administrative sanctions for offenses provided for in Articles 163-1–163-4 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses. The study of the problem is carried out by the author by analyzing specific cases from judicial practice. Repeatedly the author refers to previously published scientific works.*

Results. *Problems that arise in the process of imposing administrative sanctions on some tax offenses are considered mainly not in terms of science. The author has set the purpose to consider this from the point of view of jurisprudence. So, the purpose is a scientific understanding of the most pressing issues. The author was able to understand all the issues raised in the article. The purpose of writing the article is fully achieved.*

Conclusion. *Return of materials or closure of proceedings is a legal consequence of the incorrectness of the materials of the case. If deficiencies were made, even during the minutes and during the proof stage, court shouldn't make the other decision if deficiencies were made, even during the drafting a protocol and during the proof stage. Ultimately, potentially offenders are easily avoiding the use of administrative sanctions. This means the ineffectiveness of the authorities in the area of preventing tax administrative offenses. So, it is necessary to pay attention to these, most typical problems.*

Key words: tax offense, administrative case, administrative liability, administrative offense, court, decision, composition of the offense, materials of the case, protocol, problem, requirement.

AMTSANGEMESSENHEIT DER BESOLDUNG VON RICHTERN UND BEAMTEN: PRÜFUNGSSTUFEN UND PARAMETER FÜR DIE BERECHNUNG UND VERFASSUNGSRECHTLICHE BEURTEILUNG

Zweck. Der Aufsatz stellt die Methode dar, mit der die verfassungsrechtlich garantierte Mindestbezahlung (Alimentation) von Richtern und Beamten in Deutschland zu ermitteln ist.

Methoden. Ausgehend von der verfassungsrechtlichen Verankerung des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes wird dargestellt, dass sich aus der Verfassung ein Anspruch auf eine „amtsangemessene Besoldung“ der Richter und Beamten ergibt und dass diese auch (vor den Verwaltungsgerichten) einklagbar ist. Es wird erläutert, wie der unbestimmte Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ in der Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts ausgefüllt wird, um im Einzelfall die Höhe der amtsangemessenen Besoldung beziffern zu können.

Ergebnisse. Die Darstellung der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass und wie es möglich ist, die amtsangemessene Besoldung rechnerisch zu ermitteln und so methodisch genau aus der Verfassung abzuleiten. In diesem Zusammenhang wird auch erörtert, wie sich das Spannungsverhältnis der Rechtsprechung zum parlamentarischen Gesetzgeber darstellt, der letztlich die Besoldungshöhe beschließt.

Schlussfolgerungen. Der Aufsatz kommt zu dem Schluss, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner Grundsatzentscheidung zum Alimentationsprinzip im Jahr 2015 im Interesse der Beamten und Richter überzeugend geklärt hat, wie die (verfassungsrechtlich garantierte) amtsangemessene Besoldung zu berechnen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat den Anspruch der Beamten und Richter damit im Einzelfall durchsetzbar gemacht. Der Gesetzgeber und die Verwaltungsgerichte sind an diese von dem Bundesverfassungsgericht entwickelte Berechnungsmethode gebunden und wenden sie auch in der Praxis an.

Schlüsselwörter: Beamtenrecht, Richterrecht, Verfassungsrecht, öffentlicher Dienst, Berufsbeamtentum, Alimentationsprinzip, amtsangemessene Besoldung, Berechnung der Mindestbesoldung, unbestimmter Rechtsbegriff.

¹ Доповідь pana Брокера в робочому перекладі Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва.



Dr. Lars Brocker
Präsident des
Verfassungsgerichtshofs
und des
Oberverwaltungsgerichts
Rheinland-Pfalz
lars.brocker@ovg.jm.rlp.de

1. Fragestellung und Einführung

In der Neuen Juristischen Wochenschrift – die führende juristische Zeitschrift in Deutschland – konnte man vor wenigen Wochen den Satz lesen: „Der Richter ist kein Mönch, der im Kloster lebt, sondern in der Gesellschaft und sich in seiner persönlichen Lebenssituation mit anderen vergleichen darf, die eine vergleichbare Ausbildung genossen haben“. Weiter heißt es: „Das angemessene Dienstgehalt ist eine von der Verfassung geforderte Voraussetzung für einen fähigen Richterstand und dessen wirtschaftliche Unabhängigkeit“ (Säcker, 2018). In der Sprache des Beamtenrechts, das insoweit in seinem verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt auch für Richter gilt¹, spricht man nicht von Bezahlung, sondern von Alimentation. Diese Alimentation muss „angemessen“ sein.

Das Bundesverfassungsgericht spricht in seiner Grundsatzentscheidung vom 5. Mai 2015 in diesem Zusammenhang von der „qualitätssichernden Funktion der Alimentation“, die „angesichts der Bedeutung des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit“ nicht allein dem Lebensunterhalt dient, sondern es Beamten wie Richtern ermöglichen muss, sich ganz dem öffentlichen Dienst und der Rechtsprechung zu widmen und in rechtlicher wie wirtschaftlicher Sicherheit und Unabhängigkeit zur Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben beizutragen².

Wie errechnet sich die „Angemessenheit“ der Alimentation für die unterschiedlichen Tätigkeiten, insbesondere die Statusämter der Beamten? Welches ist der verfassungsrechtliche Bezugspunkt und welche rechnerischen Parameter lassen sich aus diesem Bezugspunkt entwickeln und operationalisieren? Kurzum: Gibt es eine bestimmte Summe X, die sich der Verfassung entnehmen lässt?

Diese schwierige dogmatische Ausgangslage findet sich in der Praxis gerade der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte öfter. Sie stellt sich immer dann, wenn unmittelbar aus der Verfassung ein Anspruch abgeleitet wird, der beziffert werden muss. In diesem Zusammenhang stellt sich beim Rechtsanwender zunächst in der Regel ein ungutes Gefühl ein, soll er doch gleichsam „die Verfassung mit dem Rechenschieber vermessen“. Zur Ermittlung einer absoluten Untergrenze der

¹ Das Bundesverfassungsgericht spricht insofern auch vom „Richteramtsrecht“, vgl. BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1340) Rn. 120.

² BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1339) Rn. 114 m.w.N.

Alimentation ist aber genau dies unausweichlich, soll das Alimentationsprinzip nicht ein – in den Worten des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts – „zahnloser Tiger“ bleiben (Schübel-Pfister, 2015).

Das Bundesverfassungsgericht hat diese komplizierte Frage im Jahr 2015 beantworten müssen und beantwortet, nachdem mehrere Verwaltungsgerichte ihm Besoldungsgesetze vorgelegt hatten, die ihres Erachtens das verfassungsrechtlich geschuldete Alimentationsniveau unterschritten. Das entwickelte Prüfungsschema ist grundlegend insbesondere für die seitherige verwaltungsgerichtliche Praxis. Es soll im Folgenden dargestellt werden.

2. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt: Berufsbeamtentum und Alimentationsprinzip

Ausgangspunkt der Überlegungen ist Art. 33 Grundgesetz (GG) und damit die zentrale Verfassungsnorm des deutschen Beamtenrechts.

Beamte (und auch Richter!) sind Beschäftigte des Staates, die zu diesem in einem „besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis“ stehen. Die Einrichtung des Beamtentums hat eine lange Tradition im deutschen Staats- und Verwaltungsrecht. Sie reicht bis in die Zeit vor der Gründung des Kaiserreichs 1871 zurück (Königreich Preußen, Königreich Bayern und Großherzogtum Baden). Aber auch in der Weimarer Reichsverfassung von 1919, also in der republikanischen Verfassung der ersten deutschen Demokratie war das Berufsbeamtentum ausdrücklich verankert. Und dies ist bis heute auch rechtlich von besonderer Relevanz. Im Grundgesetz findet es sich in Art. 33 Abs. 5.

Art. 33 Abs. 5 GG lautet: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln“.

Die Institution des Berufsbeamtentums soll – in den Worten nicht zuletzt des Bundesverfassungsgerichts – „im Interesse der Allgemeinheit gewährleisten, dass der Bedienstete in rechtlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit zur Erfüllung der vom Grundgesetz vorgeschriebenen Aufgabe beitragen kann, im politischen Kräftespiel eine stabile, gesetzestreue Verwaltung zu sichern“³. Das Bundesverfassungsgericht hat dies zuletzt mit seinem Urteil vom 12. Juni 2018 nochmals ausdrücklich und nachdrücklich bekräftigt. Es hat das Streikverbot für Beamte nicht nur für verfassungsrechtlich zulässig erklärt, sondern für geradezu geboten, „um die Funktionsfähigkeit des Staates in hoheitlichen Bereichen zu sichern“⁴.

Art. 33 Abs. 5 GG enthält die zentrale Regelung des deutschen Beamtenrechts (Hebeler, 2015). Seine Normstruktur ist nicht ganz einfach: Zum einen wird der Bestand des Berufsbeamtentums objektiv abgesichert (sogenannte institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums). Zum anderen begründet er ein subjektives Recht des einzelnen Beamten, soweit ein hergebrachter Grundsatz seine persönliche Rechtsstellung betrifft. Art. 33 Abs. 5 GG vermittelt insoweit ein „grundrechtsglei-

³ BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1340) Rn. 119.

BVerfG, Urteil vom 22.03.2018 – 2 BvR 780/16 –, NJW 2018, S. 1935 (S. 1942) Rn. 84 m.w.N.

⁴ BVerfG, Urteil vom 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a. –, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, S. 1121 (S. 1129 ff.) Rn. 152 ff. m.w.N.

ches Recht“. Das bedeutet also nicht zuletzt, dass die hergebrachten Grundsätze vor den Verwaltungsgerichten (und mit der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht) einklagbar sind!

Was aber sind „hergebrachte Grundsätze“ im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG? Man versteht darunter – in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – „diejenigen Grundsätze, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind“⁵. Kurz gesagt: Der einzelne Grundsatz muss fundamental und traditionell sein. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Die wichtigsten Grundsätze sind danach:

- die allgemeine Treuepflicht des Beamten (D.h. vor allem: Der Beamte hat seinen Dienst unparteilich und politisch neutral zu versehen, und zwar unbestechlich und uneigennützig. Er schuldet volle Dienstleistungspflicht unter Einsatz der ganzen Persönlichkeit für den Dienstherrn (auch außerdienstlich). Er schuldet Gehorsam bei dienstlichen Weisungen, und zwar grundsätzlich auch bei rechtswidrigen Weisungen. Er hat sich durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes zu bekennen. Der Beamte muss sich mit politischer Kritik am Staat mäßigen und zurückhalten);
- das Streikverbot als besondere Ausprägung der allgemeinen Treuepflicht (gilt nach dem überzeugenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juni 2018 auch für Lehrer und damit auch für Beamte, die keine hoheitliche Tätigkeit ausüben);
- Das Lebenszeitprinzip⁶ (Unkündbarkeit!);
- Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Diese korrespondiert damit, dass der Beamte „vollen persönlichen Einsatz“ zu leisten hat. Die Fürsorgepflicht manifestiert sich vor allem im Alimentationsgrundsatz. Danach hat der Dienstherr – kurz gesagt – für einen angemessenen Lebensunterhalt des Beamten und seiner Familie (!) zu sorgen. Dies betrifft insbesondere die Besoldung (= „Bezahlung“). Das Alimentationsprinzip verpflichtet den Dienstherrn, Richter und Beamte sowie ihre Familien lebenslang angemessen zu alimentieren und ihnen nach ihrem Dienstrang, nach der mit ihrem Amt verbundenen Verantwortung und nach der Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt und des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit entsprechend der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren⁷. Bei der Erfüllung dieses Anspruchs kommt dem Dienstherrn zwar ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu, der aber auch gewissen Grenzen unterliegt. Der Besoldungsgesetzgeber hat maßgeblich zu berücksichtigen: Die Attraktivität der Dienstverhältnisse von Richtern

⁵ Vgl. zuletzt BVerfG, Urteil vom 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a. –, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, S. 1121 (S. 1123) Rn. 118 ff. m.w.N.

⁶ Vgl. dazu zuletzt BVerfG, Beschluss vom 24.04.2018 – 2 BvL 10/16 –, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, S. 1044 ff. m.Anm. R. Kuhn.

⁷ BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1336) Rn. 93 m.w.N.

und Beamten für übedurchschnittlich qualifizierte Kräfte, das Ansehen des Amtes in den Augen der Gesellschaft, die vom Amtsinhaber geforderte Ausbildung und seine Beanspruchung⁸.

Für die Verwaltungsgerichte bedeutet dies vor allem: Da Art. 33 Abs. 5 GG ein verfassungsunmittelbares subjektives Recht vermittelt, kann der Beamte eine (von ihm behauptete) Verletzung der Fürsorgepflicht, in welcher Ausprägung auch immer, einklagen. Das bedeutet in dem hier interessierenden Kontext: Er kann namentlich eine Klage auf amtsangemessene Besoldung erheben. Dann muss die Frage beantwortet werden: Welche Höhe ist angemessen bzw. nicht (mehr) angemessen?

3. „Koordinatensystem“ zur Beurteilung der Amtsangemessenheit der Besoldung

Das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 33 Abs. 5 GG (als verfassungsrechtlichem Ausgangspunkt) auf der Grundlage seiner langjährigen, ausdifferenzierten Rechtsprechung zum Alimentationsprinzip ein systematisches und nicht zuletzt rechnerisches Koordinatensystem (Schübel-Pfister, 2015; Hufen, 2016) zur Beurteilung der Amtsangemessenheit der Besoldung entwickelt. Dies ist das eigentlich Besondere an dieser Entscheidung: Das Alimentationsprinzip wird für die Beurteilung des konkreten Einzelfalls – also des jeweiligen Besoldungsgesetzes – operabel gemacht, indem für die verfassungsrechtlich gebotene Gesamtschau der einzelnen für die Beurteilung relevanten Aspekte präzise Zahlenwerte und Prozentgrenzen sowie relevante und aussagekräftige Zeiträume konkretisiert werden, also gewissermaßen ein „Fahrplan“ für den Besoldungsgesetzgeber, aber auch das Prüfungsschema für den (Verwaltungs-)richter (Schübel-Pfister, 2015).

Dieses Koordinatensystem besteht aus drei Prüfungsstufen mit jeweils mehreren Parametern⁹:

1) Erste Prüfungsstufe. Auf der ersten Stufe der Prüfung geht es vor allem darum, anhand von Vergleichsparametern das verfassungsrechtlich gebotene Alimentationsniveau sowie Alimentationsstruktur herauszuarbeiten. Diese Parameter werden aus dem Alimentationsprinzip abgeleitet und dienen ihrerseits dazu, einen durch Zahlenwerte konkretisierten Ordnungsrahmen zu ermitteln, innerhalb dessen sich der Besoldungsgesetzgeber zu halten hat. So betrachtet bringen diese fünf Parameter letztlich Vergleichsgrößen zum Ausdruck, mit denen die (vom Gesetzgeber festgelegte) Besoldung gegenüber zu stellen und zu vergleichen ist (Schübel-Pfister, 2015; Hebler, 2015; Hufen, 2016). Diese Vergleichsparameter sind:

– *Erster Parameter: Die Entwicklung der Tarifiergebnisse im öffentlichen Dienst*, d.h. die Entwicklung der Löhne der nicht verbeamteten Beschäftigten im öffentlichen Dienst. Die Besoldungsentwicklung (der Richter und Beamten) dürfe von der Entwicklung der Tarifiergebnisse (der Angestellten, also nicht verbeamteten Beschäftigten im öffentlichen Dienst) nicht „abgekoppelt“ werden. Dies sei in der Regel der Fall, wenn die Differenz zwischen den Tarifiergebnissen und der Besoldungsanpassung mindestens 5% betrage;

– *Zweiter Parameter: Der Nominallohnindex*. Dieser bemisst die Veränderung des durchschnittlichen Bruttomonatsverdienstes inklusive Sonderzahlungen

⁸ BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1336 f.) Rn. 93 f. m.w.N.

⁹ BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1337 ff.) Rn. 97 ff. m.w.N.

(z.B. sog. Weihnachtsgeld) der vollzeit-, teilzeit- und geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer (also auch derjenigen, die nicht im öffentlichen Dienst beschäftigt sind!). Der Nominallohnindex ist weitgehend repräsentativ für die (allgemeine) Verdienstentwicklung. Betrage die Differenz zwischen der Besoldungsentwicklung und der Entwicklung des Nominallohnindex (bei Zugrundlegung eines Zeitraums von 15 Jahren bis zu dem verfahrensgegenständlichen Zeitabschnitt) in der Regel mindestens 5% des Indexwertes der erhöhten Besoldung sei dies ein weiteres Indiz für eine evidente Unangemessenheit der Alimentation;

– *Dritter Parameter: Der Verbraucherpreisindex.* Dieser bemisst die durchschnittliche Preisentwicklung aller Waren und Dienstleistungen (Mieten, Nahrungsmittel, Bekleidung, Kraftfahrzeuge, Friseur, Reinigung, Reparaturen, Energiekosten, Reisen etc.), die von privaten Haushalten für Konsumzwecke in Anspruch genommen werden. Bleibe die Besoldungsentwicklung im verfahrensgegenständlichen Zeitabschnitt hinter der Entwicklung des Verbraucherpreisindex in den zurückliegenden 15 Jahren um mindestens 5% zurück, sei dies ein weiteres Indiz für die evidente Unangemessenheit der Alimentation;

– *Vierter Parameter: Der systeminterne Besoldungsvergleich.* Das bedeutet, dass der Abstand zwischen verschiedenen Besoldungsgruppen nicht „dauerhaft eingeebnet werden“ darf. Das Alimentsprinzip gemäß Art. 33 Abs. 5 GG verlangt zusammen mit dem Leistungsgrundsatz aus Art. 33 Abs. 2 GG, dass die Alimentation „an innerdienstliche, unmittelbar amtsbezogene Kriterien wie den Dienstrang“ angeknüpft ist. D.h., dass die Bezüge entsprechend der unterschiedlichen Wertigkeit abgestuft sein müssen (sog. Abstandsgebot). Eine deutliche Verringerung der Abstände der Bruttogehälter in den Besoldungsgruppen als Folge unterschiedlich hoher linearer Anpassungen bei einzelnen Besoldungsgruppen oder zeitlich verzögerter Besoldungsanpassungen indiziere daher einen Verstoß gegen das Abstandsgebot. Ein Verstoß liege in der Regel vor bei einer Abschmelzung der Abstände zwischen zwei vergleichbaren Besoldungsgruppen um mindestens 10% in den zurückliegenden fünf Jahren;

– *Fünfter Parameter: Der Quervergleich mit der Besoldung des Bundes und anderer Länder der Bundesrepublik Deutschland.* Für die Besoldung der Bundesbeamten und –richter ist der Bundesgesetzgeber zuständig, für die Beamten und Richter der Länder (und damit die weit größere Zahl!) der jeweilige Landesgesetzgeber. Die Besoldung braucht schon deshalb im Bundesstaat nicht einheitlich (homogen) zu sein. Zeige sich aber eine erhebliche Differenz im Vergleich zum Durchschnitt der Bezüge der jeweiligen Besoldungsgruppe im Bund oder in den anderen Ländern, spreche dies dafür, dass die Alimentation ihre qualitätssichernde Funktion nicht mehr erfülle. Liege daher das streitgegenständliche jährliche Bruttoeinkommen (einschließlich etwaiger Sonderzahlungen) 10% unter dem Durchschnitt der übrigen Länder der Bundesrepublik Deutschland im gleichen Zeitraum ist dies ein weiteres Indiz für eine verfassungswidrige Unteralimentation.

Systematisch handelt es sich bei den ersten drei Parametern um den Abgleich mit *externen* Vergleichsfaktoren, während der vierte Parameter einen *besoldungsinternen* Vergleichsmaßstab und der fünfte Parameter einen *bundesstaatlichen* Vergleichsmaßstab darstellt (Hebeler, 2015).

Ungeachtet dieser systematischen Kategorisierung der fünf Vergleichsparameter ist wesentlich, dass das Bundesverfassungsgericht insoweit keine Gewichtung der Parameter vornimmt, sondern (auf dieser ersten Prüfungsstufe) schlicht zählt: Wenn jedenfalls drei der genannten fünf Parameter (also die Mehrheit) (Schübel-Pfister, 2015) erfüllt sind, besteht die Vermutung (!) einer verfassungswidrigen Unteralimentation (weil eine angemessene Beteiligung an der allgemeinen Entwicklung der wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des Lebensstandards nicht gegeben ist)¹⁰;

2) Zweite Prüfungsstufe. Damit aber ist, wie das Wort „Vermutung“ schon sagt, die verfassungsrechtliche Überprüfung noch nicht beendet. Auf der zweiten Stufe der Prüfung folgt vielmehr durch Berücksichtigung weiterer alimentationsrelevanter Kriterien eine Gesamtabwägung¹¹. Durch diese Gesamtabwägung kann die auf der ersten Stufe der Prüfung gewonnene Vermutung einer verfassungswidrigen Unteralimentation widerlegt oder erhärtet werden. Diese weiteren Kriterien sind:

- die Entwicklung der Qualifikation der eingestellten Bewerber;
- die besondere Qualität der Tätigkeit und Qualifikation, die an das Amt der konkreten Besoldungsgruppe gestellt werden (in dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall: Richter und Staatsanwalt);
- die Entwicklung im Bereich der Beihilfe (= Zuschüsse zu Krankheitskosten);
- die Entwicklung im Bereich der Versorgung (= Pensionszahlungen);
- der Vergleich mit den durchschnittlichen Bruttoverdiensten sozialversicherungspflichtig Beschäftigter mit vergleichbarer Qualifikation und Verantwortung.

Wohlmerkt: Diese zweite Stufe der Prüfung wird nur erreicht, wenn als Ergebnis der Prüfung auf der ersten Stufe die Vermutung der Unteralimentation besteht. Ansonsten ist die Prüfung abgeschlossen und die konkrete Höhe der Alimentation nicht zu beanstanden.

Besonders interessant ist dabei das zweite Kriterium, da hier für die Position des Beamten verstärkend weitere verfassungsrechtliche Maßstäbe hinzutreten können (z.B. beim Richter die sachliche und persönliche Unabhängigkeit aus Art. 97 Abs. 1 und Abs. 2 GG¹² und beim Professor das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG¹³).

Wird als Ergebnis der Gesamtschau die Vermutung der verfassungswidrigen Unteralimentation erhärtet, so „ist die als unzureichend angegriffene Alimentation grundsätzlich als verfassungswidrige Unteralimentation einzustufen“¹⁴;

3) Dritte Prüfungsstufe. Wie das Wort „grundsätzlich“ zeigt, ist auch damit die verfassungsrechtliche Überprüfung noch nicht abgeschlossen. Abschließend ist nämlich auf

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1339) Rn. 116.

¹¹ BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1339 ff.) Rn. 116 ff.

¹² BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1940) Rn. 120 f.

¹³ BVerfG, Urteil vom 14.02.2012 – 2 BvL 4/10 –, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, S. 357 ff.

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1941) Rn. 125.

der dritten Prüfungsstufe zu ermitteln, ob die Unteralimentation „im Ausnahmefall verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann“¹⁵. Als andere verfassungsrechtliche Wertentscheidungen oder Institute nennt das Bundesverfassungsgericht insofern das Verbot der Neuverschuldung der öffentlichen Haushalte (Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG). Dabei betont das Bundesverfassungsgericht allerdings zugleich, dass das besondere Treueverhältnis Richter und Beamte nicht stärker als andere zur Konsolidierung der öffentlichen Haushalte beizutragen. Punktuelle Sparmaßnahmen zum Nachteil der Richter und Beamten reichen danach nicht aus, um den Alimentationsgrundsatz einzuschränken (Schübel-Pfister, 2015).

4. Fazit

Mit der Entwicklung der drei Prüfungsstufen und der Vergleichsparameter (auf der ersten Prüfungsstufe) sowie der ergänzenden Kriterien (auf der zweiten Prüfungsstufe) hat das Bundesverfassungsgericht ein Koordinatensystem entwickelt und bereitgestellt, um den unbestimmten Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ der Alimention ausfüllen zu können. Der Alimentationsgrundsatz ist damit operabel und „der (zuvor) zahnlose Tiger“ hat damit „Zähne bekommen“ (Schübel-Pfister, 2015).

Die Entscheidung hat aber auch Kritik erfahren, da die mathematischen Vorgaben von einer Exaktheit seien, die nur schwerlich dogmatisch überzeugend Art. 33 Abs. 5 GG entnommen werden könnten und die den Gesetzgeber zu sehr „an die Leine legen“ würden (Hebeler, 2015; Hufen, 2016). Dies ändert aber nichts daran, dass die Entscheidung wohl abgewogen und auch praktisch vernünftig ist (Säcker, 2018). Und sie bindet die Besoldungsgesetzgeber in Bund und Ländern sowie die Verwaltungsgerichte gleichermaßen (§ 31 BVerfGG).

Bibliography:

1. Hebeler T. Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die Art. 33 VGG für eine hinreichende Besoldung des Beamten macht. Juristische Arbeitsblätter. 2015. S. 718–731.
2. Hufen F. Amtsangemessenheit der Besoldung von Richtern und Staatsanwälten. Juristische Schulung. 2016. S. 90–92.
3. Säcker F.J. Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung. Neue Juristische Wochenschrift. 2018. S. 2375–2380.
4. Schübel-Pfister I. Koordinatensystem für die Richter- und Beamtenbesoldung. BVerfG macht das Alimentationsprinzip bissfest. Neue Juristische Wochenschrift. 2015. S. 1920–1925.

¹⁵ BVerfG, Urteil vom 05.05.2015 – 2 BvL 17/09 u.a. –, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1935 (S. 1941) Rn. 125 ff.

**ADEQUACY OF REMUNERATION OF JUDGES
AND CIVIL SERVANTS IN RELATION TO THEIR POSITION:
THE HIERARCHY OF ASSESSMENT-STEPS AND PRECONDITIONS
FOR THE CALCULATION AND CONSTITUTIONALITY**

Dr. Lars Brocker,

President of the Constitutional Court

and the Higher Administrative Court of Rhineland-Palatinate

lars.brocker@ovg.jm.rlp.de

Purpose. *This study represents methods to determine constitutionally guaranteed minimum payment (alimentation) to judges and civil servants in Germany.*

Methods. *Based on the constitutional enshrinement of civil service in Art. 33 para. 5 of Constitution it is demonstrated that Constitution gives rise to a requirement for “appropriate remuneration” of judges and civil servants, and that this requirement is enforceable (before administrative courts). It is shown how the vague legal term of “appropriateness” is construed in the case law, in particular of the Federal Constitutional Court, in order to determine a specific amount of appropriate remuneration in every case.*

Results. *Recent case law of the Federal Constitutional Court provides a method for calculation of the appropriate remuneration of judges and civil servants, which stems exactly from the Constitution. In this context, a tension between case law and statutory law, that ultimately determines a remuneration level, is also discussed.*

Conclusions. *This study comes to the conclusion that the Federal Constitutional Court in 2015, in its fundamental decision on the alimentation principle in interests of civil servants and judges, has convincingly established how (constitutionally guaranteed) appropriate remuneration shall be determined. The Federal Constitutional Court enforced the claim of civil servants and judges in individual cases. The lawmaker and the administrative courts are bound by the calculation method developed by the Federal Constitutional Court and apply it in practice.*

Key words: civil service law, case law, constitutional law, public service, civil service, alimentation principle, appropriate remuneration, calculation of minimum remuneration, vague legal term.

ДО УВАГИ АВТОРІВ

До друку приймаються наукові статті провідних фахівців у галузі публічного права, представників юридичної практики, молодих науковців.

Технічні вимоги до оформлення статті:

Формат А 4; поля – 2 см (нижнє) x 2 см (верхнє), 3 см (ліве) x 1,5 см (праве); абзац – 1,25 см; міжрядковий інтервал – 1,5 см; шрифт – Times New Roman; кегль – 14.

Обсяг статті – від 10 до 20 сторінок.

У тексті слід використовувати символи за зразком: лапки «...», дефіс (-), тире (–), апостроф (').

Послідовність розміщення структурних елементів у науковій статті:

1. Вказується мовою статті:

назва;

прізвище, ім'я, по батькові автора (-ів) статті (не більше двох осіб);

посада, місце роботи/навчання, науковий ступінь, вчене звання (за наявністю), електронна адреса;

анотація та ключові слова.

2. Текст статті:

Вступ (Introduction) є обов'язковою частиною роботи, в якій автор вказує новизну теми та актуальність наукових рішень. Мета дослідження повинна бути чітко вказана поряд з науково-дослідницькими завданнями. Необхідно вказати методологію дослідження, логіку уявлення дослідженого матеріалу.

Основний текст повинен бути поділений на змістовні розділи з окремими заголовками (до 4-6 слів).

Стаття повинна містити висновки з проведеного дослідження (Conclusions), в яких представлені розгорнуті конкретні висновки за результатами дослідження і перспективи подальших досліджень у цьому напрямку.

3. Список використаних джерел. Бібліографічний опис списку оформлюється з урахуванням розробленого в 2015 році Національного стандарту України ДСТУ 8302:2015 «Інформація та документація. Бібліографічне посилання. Загальні положення та правила складання». За умови неправильного оформлення списку використаних джерел стаття може бути відхилена рецензентами.

4. References. Оформлюється відповідно до стандарту APA (APA Style Reference Citations). Автор (трансліт), назва статті (трансліт), назва статті (в квадратних дужках переклад англійською мовою), назва джерела (трансліт), вихідні дані (місто з позначенням англійською мовою), видавництво (трансліт). Наприклад:

Dikhtiiievskiy, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyksii: administrativno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [in Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. Pravo Ukrainy, no. 8, pp. 37–39.

Транслітерація імен та прізвищ з української мови здійснюється відповідно до вимог Постанови Кабінету Міністрів України «Про впорядкування транслітерації українського алфавіту латиницею» від 27 січня 2010 р. № 55.

Транслітерація з російської мови здійснюється відповідно до ГОСТ 7.79-2000. Система стандартів по информации, библиотечному и издательскому делу. Правила транслитерации кирилловского письма латинским алфавитом.

5. Вказується англійською мовою:

назва;

прізвище, ім'я, по батькові автора (-ів) статті (не більше двох осіб);

посада, місце роботи/навчання, науковий ступінь, вчене звання (за наявністю), електронна адреса;

розширена анотація та ключові слова. В анотації повинно бути зазначено: предмет дослідження, методологія, мета і висновок дослідження. Мінімальний обсяг анотації 350 слів.

Посилання на літературу подаються у тексті тільки в круглих дужках відповідно до прикладу:

При цьому кожен громадянин України, який відповідає встановленим вимогам до кандидата на посаду прокурора, має право звернутися до Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів із заявою про участь у доборі кандидатів на посаду прокурора (ЗУ «Про прокуратуру», 2015).

Усі статті, що надходять до редакції проходять закрите рецензування та перевіряються на плагіат.

Редколегія вправі рецензувати, редагувати, скорочувати та відхиляти статті. У разі недотримання зазначених вимог щодо оформлення рукописів редакція залишає за собою право не розглядати їх. Редакція не завжди поділяє позицію авторів публікацій. Передрук статей можливий лише з дозволу редакції.

ВНИМАНИЮ АВТОРОВ

К печати принимаются научные статьи ведущих специалистов в области публичного права, представителей юридической практики, молодых ученых.

Технические требования к оформлению статьи:

Формат А 4; поля – 2 см (нижнее) x 2 см (верхнее), 3 см (левое) x 1,5 см (правое) абзац – 1,25 см; межстрочный интервал – 1,5 см; шрифт – Times New Roman; кегль – 14.

Объем статьи – от 10 до 20 страниц.

В тексте следует использовать символы по образцу: лапки «...», дефис (-), тире (–), апостроф (').

Последовательность размещения структурных элементов в научной статье:

1. Указывается на языке статьи:

название;

фамилия, имя, отчество автора (-ов) статьи (не более двух человек);

должность, место работы / учебы, ученая степень, ученое звание (при наличии), электронный адрес;

аннотация и ключевые слова.

2. Текст статьи:

Введение (Introduction) является обязательной частью работы, в которой автор указывает новизну темы и актуальность научных решений. Цель исследования должна быть четко указана рядом с научно-исследовательскими задачами. Необходимо указать методологию исследования, логику представления исследованного материала.

Основной текст должен быть разделен на содержательные разделы с отдельными заголовками (до 4-6 слов).

Статья должна содержать выводы из проведенного исследования (Conclusions), в которых представлены развернутые конкретные выводы по результатам исследования и перспективы дальнейших исследований в этом направлении.

3. Список использованных источников. Библиографическое описание списка оформляется с учетом разработанного в 2015 году Национального стандарта Украины ДСТУ 8302: 2015 «Информация и документация. Библиографическая ссылка. Общие положения и правила составления». При неправильном оформлении списка литературы статья может быть отклонена рецензентами.

4. References. Оформляется в соответствии со стандартом APA (APA Style Reference Citations). Автор (транслит), название статьи (транслит), название статьи (в квадратных скобках перевод на английский язык), название источника (транслит), выходные данные (город с обозначением на английском языке), издательство (транслит). К примеру:

Dikhtievskyi, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyksii: administrativno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [In Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. Pravo Ukrainy, no. 8, pp. 37-39.

Транслитерация имен и фамилий с украинского языка в соответствии с требованиями Постановления Кабинета Министров Украины «Об упорядочении транслитерации украинского алфавита латиницей» от 27 января 2010 № 55.

Транслитерация с русского языка осуществляется в соответствии с ГОСТ 7.79-2000. Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Правила транслитерации кирилловского письма латинским алфавитом.

5. Указывается на английском языке:

название;

фамилия, имя, отчество автора (-ов) статьи (не более двух человек);

должность, место работы / учебы, ученая степень, ученое звание (при наличии), электронный адрес;

расширенная аннотация и ключевые слова. В аннотации должно быть указано: предмет исследования, методология, цель и вывод исследования. Минимальный объем аннотации 350 слов.

Ссылки на литературу даются в тексте только в круглых скобках в соответствии с примером:

При этом каждый гражданин Украины, который соответствует установленным требованиям к кандидату на должность прокурора, вправе обратиться в квалификационно-дисциплинарной комиссии прокуроров с заявлением об участии в отборе кандидатов на должность прокурора (ЗУ «О прокуратуре», 2015).

Все статьи, поступающие в редакцию проходят закрытое рецензирование и проверяются на плагиат.

Редколлегия вправе рецензировать, редактировать, сокращать и отклонять статьи. В случае несоблюдения указанных требований по оформлению рукописей редакция оставляет за собой право не рассматривать их. Редакция не всегда разделяет позицию авторов публикаций. Перепечатка статей возможна только с разрешения редакции.

FOR AUTHORS

We accept articles of leading specialists in the sphere of public law, representatives of legal practice, young scientists.

Technical requirements for article composition:

Size A 4; fields – 2 cm (bottom) x 2 cm (top), 3 cm (left) x 1,5 cm (right); indentation – 1,25 cm; line spacing – 1,5 cm; font – Times New Roman; size – 14.

The article volume is from 10 to 20 pages.

It should be used symbols as follows: quotes "...", hyphen (-), dash (–), apostrophe (').

Sequence of placement of structural elements in a research article:

1. It is indicated in the language of the article:

title;

surname, name, patronymic of author (-s) of the article (no more than two persons);

job position, place of employment/study, academic degree, rank (if any), e-mail;

summary and key words.

2. Text of the article:

Introduction is an obligatory part of the research, where the author indicates topicality of the subject and actuality of scientific decisions. Goal of research should be clearly indicated along with the research tasks. It is necessary to specify the methodology of research, the logic of presentation of the investigated material.

The main text should be divided into content-rich sections with separate headings (up to 4-6 words).

The article should contain conclusions from the study, which present detailed findings from the study and the prospects for further research in this direction.

3. Bibliography. Bibliography description is carried out taking into account the National Standard of Ukraine DSTU 8302: 2015 "Information and documentation. Bibliographic reference. General principles and rules of composition". Reviewers can reject an article in the case of improper execution of bibliography.

4. References. It is composed according to standards APA (APA Style Reference Citations). There is an author (transliteration), title of the article (in square brackets, English translation), source name (transliteration), source data (city with the English mark), publishing house (transliteration). For example:

Dikhtiievskiy, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyktsii: administrativno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [in Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. Pravo Ukrainy, no. 8, pp. 37–39.

Transliteration of names and surnames is carried out in accordance with the requirements of the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On Normalization of Transliteration of the Ukrainian Alphabet by Means of the Latin Alphabet" dated January 27, 2010, No. 55.

Transliteration from Russian is carried out in accordance with GOST 7.79-2000. System of standards on information, librarianship and publishing. Rules of transliteration of Cyrillic script by Latin alphabet.

5. It is indicated in English:

title;

surname, name, patronymic of author (-s) of the article (no more than two persons);

job position, place of employment/study, academic degree, rank (if any), e-mail;

extended summary and key words. Summary has to contain: subject of research, methodology, goal and conclusions of research. The minimum volume of summary is 350 words.

References to the literature are given in the text only in parentheses in accordance with the example:

At the same time, every citizen of Ukraine, who meets the established requirements for a candidate for a post of prosecutor, has the right to appeal to the Qualification Disciplinary Commission of Public Prosecutors with application of participation in the selection of candidates on the post of prosecutor (The Law of Ukraine "On Public Prosecution Service", 2015).

All articles, which are sent to editorial office, pass a close review and are tested for plagiarism presence.

Editorial board has the right to review, edit, reduce and reject the article. In the case of neglect of mentioned requirements regarding manuscripts composition, editorial board reserves the right to skip them. Editorial staff not always shares a position of authors. Republication of articles is possible only with the consent of editorial board.

НОТАТКИ

Наукове видання



Адміністративне **ПРАВО І ПРОЦЕС**

науково-практичний журнал

№ 3 (22)/2018

Коректура • Н. Пирог

Комп'ютерна верстка • Ю. Семенченко

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей.

Формат 70/100/1/16. Ум.-друк. арк. 15,81. Наклад 300 прим. Замов. № 1218/192.
Гарнітура Times. Папір офсет. Цифровий друк.
Підписано до друку 26.11.2018.

Видавничий дім «Гельветика»
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.
Телефон +38 (0552) 39-95-80
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 4392 від 20.08.2012 р.