



НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»

НАУКОВІ

ТОМ 13
2024 р.

Записки
НауКМА

Юридичні науки





НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»

НАУКОВІ ЗАПИСКИ НаУКМА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Том 13 ♦ 2024

*Випуск присвячено пам'яті
доктора юридичних наук,
професора Володимира Василенка
(1937–2023)*

Науковий рецензований фаховий електронний журнал
Виходить двічі на рік ♦ Заснований у 1996 р.

nrplaw.ukma.edu.ua

Київ
2024

**Національний університет «Києво-Могилянська академія»
заснував видання «Наукові записки НаУКМА» 1996 року**

**Цей том вийшов, зокрема, завдяки фінансовій підтримці
Міжнародного благодійного фонду відродження Києво-Могилянської Академії (МБФВ КМА),
зокрема коштом, які надійшли через Канадську фундацію українських студій
від Фонду Михайла та Дарії Ковальських**

«Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки» (англ. *NaUKMA Research Papers. Law*) – науковий рецензований фаховий електронний журнал відкритого доступу, який входить до Переліку наукових фахових видань України категорії «Б» зі спеціальності 081 – Право. Тривалий час виходив друком як частина багатосерійного видання «Наукові записки НаУКМА» (серія «Юридичні науки»). З 2018 р. – «Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки», виходить двічі на рік.

Періодичне фахове видання «Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки» індексується в національних і міжнародних реферативних і наукометричних базах даних та наукових пошукових системах: ICI World of Journals, Ulrichsweb (Ulrich's periodicals directory), Наукова періодика України, Google Scholar, BASE-search (Bielefeld Academic Search Engine) та ін. Поступово індексація журналу розширюється.

У виданні публікуються результати теоретичних та емпіричних досліджень учених, науково-педагогічних працівників, аспірантів, магістрів і студентів із широкого кола питань сучасної юридичної науки.

Журнал адресовано науковцям, фахівцям, викладачам, докторантам, аспірантам, студентам, а також усім зацікавленим у наукових дослідженнях із юридичних наук.

Вебсайт журналу: <http://nrplaw.ukma.edu.ua>

Мови видання: українська, англійська

Редакційна колегія

Роман Петров, проф., д-р юрид. наук (НаУКМА) – **головний редактор**
Іван Яцкевич, доц., канд. юрид. наук (НаУКМА) – **відповідальний секретар**
Денис Азаров, доц., канд. юрид. наук (НаУКМА)
Рональд Бранд, проф. (Піттсбурзький університет, США)
Ольга Бурлюк, д-р (Гентський університет, Бельгія)
Михайло Буроменський, д-р юрид. наук (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)
Володимир Галаган, проф., д-р юрид. наук (НаУКМА)
Томас Давуліс, проф., д-р (Вільнюський університет, Литва)
Пітер ван Елсувеге, проф., д-р (Гентський університет, Бельгія)
Анатолій Заєць, проф., д-р юрид. наук (НаУКМА)
Микола Козюбра, проф., д-р юрид. наук (НаУКМА)
Олександр Мережко, проф., д-р юрид. наук (Верховна Рада України)
Оксана Музика-Стефанчук, проф., д-р юрид. наук (НДІ інтелектуальної власності НАПрН України)
Войцех Садурський, проф. (Сіднейський університет, Австралія)
Богдан Футей, почесний доктор НаУКМА (Федеральний суд претензій, США)
Микола Хавронюк, проф., д-р юрид. наук (НаУКМА)
Роксолана Ханік-Посполтак, доц., канд. юрид. наук (НаУКМА)
Станіслав Шевчук, проф., д-р юрид. наук (Конституційний Суд України, НаУКМА)

Здійснюється подвійне анонімне рецензування матеріалів

Редакторка і коректорка *Наталія Мінько*
Комп'ютерне верстання *Андрій Шмаркатюк*

Засновник і видавець:
Національний університет
«Києво-Могилянська академія»

Ідентифікатор
у Реєстрі суб'єктів у сфері медіа: R40-04350

Адреса редакції:
вул. Г. Сковороди, 2, м. Київ, 04070
тел.: (044) 425-45-44
e-mails: nrpl@ukma.edu.ua
redviddil@ukma.edu.ua

Журнал входить до Переліку наукових фахових видань України, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора наук, кандидата наук та ступеня доктора філософії, категорія «Б» (наказ МОН України від 17.03.2020 № 409)

DOI: 10.18523/2617-2607.2024.13.3-14

УДК 351.755:336.22:004(477+100)

Вітюк М. С.

<https://orcid.org/0000-0001-7614-1190>

ПОДАТКОВЕ РЕЗИДЕНТСТВО В ЕПОХУ Е-РЕЗИДЕНТСТВА І ЦИФРОВИХ КОЧІВНИКІВ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКИЙ КОНТЕКСТ

У статті розглянуто поняття е-резидентства та його вплив на податковий статус фізичних осіб на прикладі таких країн: Хорватія, Іспанія, Бразилія, Португалія, Естонія. Досліджено теоретичні та законодавчі підходи до набуття та припинення фізичними особами-нерезидентами статусу електронних резидентів, цифрових кочівників, а також встановлено їхнє значення для глобальних міграційних процесів. Зроблено висновок, що світова практика вже має позитивний досвід впровадження електронного резидентства та віз цифрових кочівників, які сприяють розвитку економік та їхній адаптації до сучасних глобальних процесів. Водночас поняття «електронне резидентство» та «податкове резидентство» фізичної особи характеризують її правовий статус як платника податку, а тому ці поняття потрібно розрізняти. Навіть отримавши статус електронного резидента, особа може залишатися податковим резидентом іншої країни, і доходи, отримані нею внаслідок виконання робіт чи надання послуг, оподатковуються країною, податковим резидентом якої вона є. Також на основі дослідження іноземних юрисдикцій запропоновано методи ефективної імплементації інституту цифрових кочівників в українське законодавство; це матиме позитивне значення для повоєнного економічного розвитку країни в умовах цифрової економіки.

Ключові слова: електронне резидентство, е-резиденти, цифрові кочівники, податки, фінанси, податкове резидентство.

Постановка проблеми. В епоху глобалізації взаємодія між працею, капіталом та оподаткуванням набуває ключового значення для розвитку країн і розуміння загального економічного контексту¹. Важко сперечатися з тим, що глобалізація істотно змінює природу суверенітету держав, трансформуючи правила та державні інститути, їхні підходи до управління, та спонукає до нововведень. Фактично відбувається зміна основних засад суверенітету держави задля підвищення її конкурентоспроможності в боротьбі за грошовий капітал і фахівців. Визначальною в цьому процесі є мобільність як трудового ресурсу, так і капіталу. Замість традиційних моделей процес формування податкової політики

поступово трансформується під впливом конкуренції, і держави все більше намагаються залучати інвестиції та працівників з інших держав, одночасно прагнучи утримати свої надбання та громадян². Підтвердженням цієї тези є приклад оподаткування в Польщі українських біженців, які опинилися в цій країні через повномасштабне вторгнення російської федерації в Україну. Станом на листопад 2022 р., за офіційною інформацією, українські біженці сплатили в Польщі втричі більше податків (близько 10 млрд злотих), ніж було витрачено на їхнє утримання та допомогу³. Це також підтвердив

¹ Pierre Bachas, Matthew Fisher-Post, Anders Jensen, and Gabriel Zucman, "Globalization and Factor Income Taxation," (March 2022): 1–2, <https://doi.org/10.3386/w29819>.

² Svetislav Kostić, "In Search of the Digital Nomad – Rethinking the Taxation of Employment Income under Tax Treaties," *World Tax Journal* 11, no. 2 (2019): 197, <https://doi.org/10.59403/1g8jv1y>.

³ Anna Bałakut, «Українці платять більше податків у Польщі, ніж країна витрачає на біженців», *gazetapl*, 31 жовтня 2022, <https://surl.li/shnew>.

Прем'єр-міністр України: за два роки з початку повномасштабного російського вторгнення українські підприємці сплатили близько 2,3 млрд євро податків до бюджету Польщі⁴.

Сучасні держави намагаються знайти механізми для залучення людей, додаткових інвестицій та капіталу з усього світу. Одним із таких механізмів є електронне резидентство, яке набуває дедалі більшої популярності у світі. Зважаючи на це, всебічний аналіз питання електронного резидентства та його співвідношення з іншими правовими концепціями та інститутами видається актуальним як для світової, так і для вітчизняної науки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Тема електронного резидентства та суміжних інститутів доволі нова, однак уже стала предметом для обговорення та дослідження. Зокрема, Наталія Синютка, Оксана Червінська та Вікторія Гоменюк детально проаналізували впровадження податку на виведений капітал та електронної резидентності в Естонії, наголошуючи на доцільності цих фіскальних механізмів для стимулювання інвестицій та цифрового бізнесу⁵.

Дмитро Астахов проаналізував нову законодавчу ініціативу в Україні – електронне резидентство, його роль у залученні інвестицій та його історію в українському та світовому контексті, зокрема в Естонії та Литві. У результаті дослідження автор виявив особливості оподаткування електронних резидентів та їхні відмінності від інших правових режимів оподаткування, проблеми в процедурі реєстрації іноземних громадян як електронних резидентів та недоліки нормативно-правової бази, зокрема в частині процедури набуття статусу електронного резидентства⁶.

Зоя Пічкурова розглядає електронне резидентство як ключовий чинник економічного розвитку в Естонії, яка славиться своєю високою цифровою трансформацією. Досвід успішної побудови цифрової інфраструктури через ініціативу «Електронна Естонія» дав підстави вченій для висновку про вплив електронного резидентства на цифрову активність громадян та економічний розвиток. Авторка акцентує на перевагах

впровадження електронних сервісів, електронного голосування та ідентифікації, а також на увазі до кібербезпеки та захисту особистих даних. За її висновками, електронне резидентство сприяло стабільному економічному зростанню та поліпшенню якості життя громадян в Естонії, тож цей успішний досвід варто вивчати для можливого впровадження в Україні⁷.

Проте, на нашу думку, окремого дослідження потребує не тільки електронне резидентство, а й суміжні з ним поняття, питання взаємозв'язку таких інститутів, як електронне резидентство та візи для цифрових кочівників, з податковим резидентством фізичних осіб. Саме ці аспекти не було достатньо досліджено як на вітчизняному, так і на міжнародному рівні.

Метою цієї статті є на підставі теоретичних засад і суттєвих ознак таких понять, як «е-резидентство» та «цифрові кочівники», з'ясувати співвідношення концепцій та впливу правового режиму електронного резидентства на податковий статус фізичних осіб та наслідків його впровадження для систем оподаткування на прикладі окремих країн: Бразилії, Хорватії, Іспанії, Португалії та Естонії; спираючись на досвід цих іноземних юрисдикцій, запропонувати шляхи ефективної інтеграції інституту цифрових кочівників в українське законодавство з метою сприяння повоєнному економічному розвитку цифрової економіки України.

Виклад основного матеріалу

1. Визначення електронного резидентства

Доктринальне поняття «електронне резидентство» є доволі широким за своїм обсягом і змістом та залежить від правил, встановлених національним законодавством різних держав. Через це складно знайти його чітке визначення.

Спробуємо проаналізувати його ознаки в доктрині та законодавстві країни, яка, по суті, і створила його. Естонія стала новатором і творцем цієї концепції, започаткувавши її ще у 2014 р.⁸ Естонське законодавство не містить визначення поняття «електронне резидентство». Про його сутність і характеристики можна дізнатися з офіційного ресурсу «e-Estonia», що виконує функцію популяризації цього явища у світі. Це державна програма, за якою особи, які отримали так звану цифрову ідентифікацію (тобто цифрову ID-картку), мають можливість доступу до платформи

⁴ Олена Лаушенко, «Скільки грошей українці сплатили до бюджету Польщі: дані уряду», Евакуація.City, 5 березня 2024, <https://evacuation.city/articles/346668/skilki-groshej-ukrainci-splatili-do-byudzhetu-polschi-dani-uryadu>.

⁵ Наталія Синютка, Оксана Червінська, Вікторія Гоменюк, «Електронна резидентність та пряме оподаткування: аспекти фінансової безпеки», *БізнесІнформ* 12 (2019): 363–69, <https://doi.org/10.32983/2222-4459-2019-12-363-369>.

⁶ Дмитро Астахов, «Роль електронного резидентства на шляху до становлення України як інвестиційно привабливої держави у світі», *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції* 1 (2023): 92–8, <https://doi.org/10.32782/39221436>.

⁷ Зоя Пічкурова, «Роль диджитал-компоненту в економічному розвитку Естонії», *Стратегія розвитку України* 2 (2019): 66–72.

⁸ «Residency – e-Estonia», e-Estonia, February 1, 2024, <https://e-estonia.com/solutions/e-identity/e-residency/>

та багатьох сервісів Естонії та Європейського Союзу⁹. Тобто, отримавши статус е-резидента, особи можуть використовувати його для доступу до бізнес-середовища Естонії та Європейського Союзу з метою отримання віддаленого доступу до цифрової інфраструктури та послуг, які надають естонські громадські та приватні сектори¹⁰.

Електронне резидентство на прикладі Естонії можна розглядати як наданий державою, відмінною від держави громадянства та законного місця проживання, особі додатковий статус¹¹, основною метою якого є сприяння розвитку економіки, науки, освіти та культури країни шляхом надання доступу до електронних послуг.

Виклики сучасної глобалізації, боротьба за капітал і кваліфікованих працівників є головним рушієм цієї ідеї. За офіційними оцінками, планувалося, що 30 000 е-резидентів принесуть 60 мільйонів євро в економіку Естонії. Станом на лютий 2023 р. реєстрацію електронного резидентства отримали 100 000 осіб¹². Надаючи віддалений доступ до багатьох своїх ресурсів і послуг, країна може залучати не тільки значну кількість фахівців, а й інвестиції, стимулюючи завдяки цьому розвиток власної економіки. Йдеться, зокрема, про представників таких професій: програмісти, графічні дизайнери, SEO-спеціалісти, маркетологи, консультанти та інші спеціалісти ІТ-галузі, менеджери соціальних мереж та інші спеціальності, у яких можливо працювати в дистанційному форматі¹³.

Яскравий приклад Естонії, безперечно, надихнув деякі країни, зокрема Литву, Південну Африку, Азербайджан та Україну, на імплементацію аналогічної концепції¹⁴. В Україні офіційно працювати над впровадженням концепції в законодавство розпочали у 2020 р., у 2022 р. прийняли низку законів¹⁵. Тобто законодавча

база вже існує, проте через війну ця концепція так і не запрацювала повноцінно.

Законодавець визначив основні засади та елементи української концепції е-резидентства, надавши, зокрема, дефініцію терміна «електронний резидент (е-резидент)» та встановивши особливості регулювання цього статусу. Відповідно до Податкового кодексу України, електронний резидент (е-резидент) – іноземець, який досяг 18-річного віку, не є податковим резидентом України, отримав відповідні кваліфіковані електронні довірчі послуги та інформація про якого внесена до інформаційної системи «Е-резидент»¹⁶. Чітко розмежовано статус е-резидента, резидента та нерезидента, що має велике практичне значення, а також суттєвою є можливість отримувати податковий номер, реєструватися як фізична-особа підприємець, використовуючи правила єдиного податку¹⁷. Не менш важливим є право е-резидента відкривати рахунки в банку без фізичної присутності¹⁸. Така концепція видається послідовною в контексті отримання всіх можливостей щодо реєстрації та функціонування компаній у відносно новому просторі для ІТ-компаній Дія.City.

Фактично концепція українського електронного резидентства за своєю суттю відображає естонську модель та з урахуванням усіх переваг, зокрема й податкових, наданих режимом Дія.City, видається доволі конкурентним середовищем для залучення капіталу та ресурсів. Однак, зважаючи на вплив капіталу та міграцію людей, ця концепція потребує значно більшого доопрацювання та уваги з боку влади, щоб інститут е-резидентства виконував свої функції повноцінно та давав не менший ефект, ніж в Естонії.

Отже, як бачимо, інститут електронного резидентства – складний та багатограний економіко-правовий механізм, який надає можливість, зокрема, фізичним особам використовувати інфраструктуру, пільги та можливості тої чи тої країни для переважно віддаленого ведення бізнесу. Правову природу інституту електронного резидентства розкривають такі його основні ознаки:

- цифрова ідентифікація: е-резидент отримує унікальну цифрову ідентифікацію, яка підтверджує його статус у державі;
- доступ до електронних послуг: е-резидент може використовувати електронні послуги

⁹ “Residency – e-Estonia,” e-Estonia, February 1, 2024.

¹⁰ Piia Tammpuu, Anu Masso, Mergime Ibrahim, and Tam Abaku, “Estonian E-Residency and Conceptions of Platform-Based State-Individual Relationship,” *Trames. Journal of the Humanities and Social Sciences* 26, no. 1 (2022): 5, <https://doi.org/10.3176/tr.2022.1.01>.

¹¹ Ibid.

¹² “Estonian E-Residency Program Reaches Milestone with 100,000 Members,” Invest in Estonia, February 22, 2023, <https://investinestonia.com/estonian-e-residency-program-reaches-milestone-with-100000-members/#:~:text=Boosting%20Estonia's%20recognition&text=On%20the%20eve%20of%20our,digital%20society%20in%20the%20world>.

¹³ “Digital Nomad Jobs: Remote work & job listing for digital nomads,” Digital Nomad World, May 13, 2024, <https://digitalnomads.world/jobs/>

¹⁴ “E-Residency Global Experience and How It Works?,” Finevolution, July 1, 2022, <https://finevolution.com.ua/en/e-residency-worldwide/>

¹⁵ Верховна Рада України, *Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України щодо особливостей оподаткування підприємницької діяльності електронних резидентів*, Закон України 2654-IX, ухвалено 6 жовтня 2022, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-20#Text>.

¹⁶ Верховна Рада України, *Податковий кодекс України*, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>.

¹⁷ Астахов, «Роль електронного резидентства на шляху до становлення України як інвестиційно привабливої держави у світі».

¹⁸ Там само.

країни, в якій він зареєстрований, як-от відкриття банківських рахунків, підписання документів тощо;

– фактор дистанційного ведення бізнесу: е-резидентство дає змогу особам з інших країн вести бізнес у віртуальному або дистанційному форматі в країні своєї е-резиденції;

– безпека та ідентифікація: е-резидентство забезпечує високий рівень ідентифікації та цифрової безпеки для всіх своїх користувачів.

З огляду на наведені вище ознаки, поняття «е-резидент» або «електронний резидент» можна визначити як особливий правовий статус фізичної особи, яка веде діяльність з метою отримання доходу в країні, відмінній від її постійного місця проживання, дистанційно користується цифровими платформами та електронними сервісами цієї країни, ідентифікована у відповідному реєстрі приймаючої країни та не є її податковим резидентом.

2. Поняття цифрових кочівників

Важливо розуміти, що інститут електронного резидентства має інші форми існування. На нашу думку, електронне резидентство є передумовою формування іншого, не менш важливого сучасного інституту цифрових кочівників (*digital nomads*). За своєю суттю цифрові кочівники – це фізичні особи, які, використовуючи доступ до інтернету, займаються професійною діяльністю та не обмежені тими чи тими місцевостями чи країнами¹⁹. Фактично такі люди можуть працювати з будь-якої точки світу, що значно підвищує їхню мобільність і гнучкість. Саме тому доволі багато країн почали імплементувати у свої законодавчі системи так звані цифрові візи для цифрових кочівників (*digital nomad visa*), які за аналогією з електронними ID-картками е-резидентства передбачають особливі правила та пільги для їхніх користувачів. Дослідження та інтерв'ю показали, що глобальна популяція цифрових кочівників становить приблизно 35 мільйонів, їхній внесок у світову економіку оцінюється в приблизно 787 мільярдів доларів США, що розраховується як сукупність витрат цифрових кочівників за 2022 р.²⁰

Залежно від країни програми цифрових віз відрізняються в багатьох аспектах, як-от: процедура подання заявки, плата за подання, вимоги

до відповідності критеріям та переваги, надані отримувачу візи. Вимоги до документів зазвичай містять паспорт, медичний сертифікат, докази працевлаштування, підтвердження проживання, декларацію про доходи та чистий кримінальний запис. Однак останнє не завжди є обов'язковим²¹.

Для того щоб зрозуміти суть цього явища, звернемось до практики деяких країн.

Бразилія. Бразильська віза цифрового кочівника – це спеціальна категорія віз, створена для того, щоб дозволити негромадянам перебувати в країні. Бразилія запровадила візу цифрового кочівника в січні 2022 р. з метою залучити більше іноземних інвестицій у місцеву економіку, дозволивши іноземцям залишатися в країні²².

Ці візи діють 1 рік і можуть бути продовжені ще на 1 рік²³. Однією з вимог для отримання такої візи є наявність трудового контракту іноземного роботодавця з особою та робота у віддаленому форматі за допомогою цифрових технологій та мережі «Інтернет»²⁴. Отже, особа, яка має офіційне джерело доходу від іноземного роботодавця, може проживати в Бразилії та витрачати зароблені за кордоном кошти саме в Бразилії, тим самим підтримуючи її розвиток.

Хорватія. Таку саму систему запроваджено і в Хорватії. Особи, які не є громадянами ЄС/ЄЕЗ/Швейцарії та працюють або виконують роботу за допомогою комунікаційних технологій для компанії (вона може бути і власною), яка не зареєстрована в Республіці Хорватія і не виконує роботи (послуги) для роботодавців цієї країни, можуть отримати дозвіл на тимчасове перебування, який надається на строк до 1 року без можливості пролонгації. Нову заяву про врегулювання перебування цифрових кочівників можна подати через 6 місяців після закінчення терміну дії раніше наданого дозволу на тимчасове перебування за відповідною візою²⁵. Зважаючи на розвинений туризм у Хорватії, запровадження такої концепції може мати неабиякий вплив на економіку країни.

²¹ Elisa Casi-Eberhard, Mohammed Mardan, and Barbara Stage, "Citizenship/Residence by Investment and Digital Nomad Visas: The Golden Era of Individual Tax Evasion and Avoidance?," *SSRN Electronic Journal* (2023), <https://doi.org/10.2139/ssrn.4557656>.

²² "Brazil Digital Nomad Visa: The Ultimate Guide," *Nomad Capitalist*, May 17, 2023, <https://nomadcapitalist.com/expat/brazil-digital-nomad-visa/>.

²³ *Ibid.*

²⁴ "Digital Nomad Visa in Brazil," *Oliveira Lawyers*, accessed April 16, 2024, <https://oliveiralawyers.com/services/cross-border/digital-nomad-visa/#:~:text=The%20Digital%20Nomad%20Visa%20in,rainforest%2C%20or%20anywhere%20you%20choose.>

²⁵ *Republika Hrvatska Ministarstvo unutarnjih poslova*, "Temporary Stay of Digital Nomads," accessed April 16, 2024, <https://mup.gov.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>.

¹⁹ Giorgos Mouratidis, "Digital Nomadism: Travel, Remote Work and Alternative Lifestyles," *Academia.edu*, June 13, 2018, 7, https://www.academia.edu/36836007/Digital_Nomadism_Travel_Remote_Work_and_Alternative_Lifestyles.%20%D0%A1%D1%82.%207.

²⁰ Carlos, "63 surprising Digital Nomad Statistics [updated for 2024]," *A Brother Abroad*, February 9, 2024, <https://abrotherabroad.com/digital-nomad-statistics/>

Іспанія. Подібна цифрова віза передбачена в Іспанії. Вона призначена для іноземців, які планують проживати в Іспанії та працюють віддалено для роботодавців (або як самозайнята особа), розташованих за межами Іспанії, використовуючи виключно комп'ютерні та телекомунікаційні засоби та системи²⁶. У самозайнятої особи є право працювати для компанії, розташованої в Іспанії, за умови, що частка цієї конкретної роботи не перевищує 20 % від загального обсягу її професійної діяльності²⁷. За загальними правилами термін дії такої візи становить 1 рік²⁸.

Португалія. Португальська віза цифрового кочівника дає змогу віддаленим працівникам і фрилансерам, котрі не є громадянами ЄС, отримати посвідку на проживання в країні. За загальним правилом, отримавши схвалення на візу, особа зможе проживати в Португалії не менше ніж рік²⁹.

Отже, питання імплементації та застосування віз для цифрових кочівників стає доволі популярним серед країн. Можемо припустити, що статус цифрових кочівників є формою електронного резидентства. Підтвердженням цього є такі спільні риси зазначених статусів:

– **дистанційний процес подання заявки:** як візи для цифрових кочівників, так і програми електронного резидентства зазвичай пропонують онлайн-процес подання заявок, що дає змогу заявникам подавати документи, сплачувати збори та отримувати схвалення в електронному вигляді;

– **цифрова ідентифікація:** як для віз цифрових кочівників, так і для електронного резидентства кінцевою формою легалізації є цифровий ID-документ;

– **спільні кінцеві цілі впровадження інститутів у законодавство:** як для віз цифрових кочівників, так і для електронного резидентства кінцевою метою є залучення додаткових ресурсів для розвитку економіки країни. Обидві концепції сприяють транскордонній мобільності та міжнародному співробітництву, полегшуючи переміщення талантів, навичок і капіталу через географічні кордони;

– **варіанти поновлення та продовження:** обидва типи програм можуть передбачати можливість поновлення або продовження користування

статусом, що дозволяє людям продовжити своє перебування в країні після закінчення початкового терміну дії;

– **доступ до послуг:** учасники обох типів програм зазвичай мають доступ до основних послуг і зручностей, як-от охорона здоров'я, банківські послуги, освіта і транспорт, подібно до тих, якими користуються постійні резиденти або громадяни.

Однак, безперечно, візи цифрових кочівників мають і відмінні риси. На противагу електронному резидентству візи цифрових кочівників надають можливість проживати в країні та без обмежень використовувати місцеві блага. Натомість особа повинна працювати на іноземного роботодавця, щоб збільшити грошовий приплив капіталу, заробленого за кордоном. Варто звернути увагу, що загальною ознакою для більшості країн, котрі можуть видавати візи цифрових кочівників, є те, що строк їхньої дії становить щонайменше 1 рік з можливістю пролонгації. Тобто можна перебувати в країні фактично декілька років.

Зважаючи на цей чинник, перебування в тій чи іншій країні протягом такого строку може мати вплив на податкове резидентство та податковий статус фізичних осіб. Саме тому для повноцінного аналізу ситуації та розуміння значення обох концепцій електронного резидентства/дозволів на проживання для цифрових кочівників для податкового статусу фізичних осіб важливо співвіднести концепції податкового резидентства та електронного резидентства, включно з візами цифрових кочівників.

3. Поняття податкового резидентства фізичних осіб

Податкове резидентство є ключовим аспектом міжнародного оподаткування, оскільки слугує основним показником того, де можна найефективніше врахувати особисті обставини платника податків, що відповідає принципу платоспроможності. Резиденти підлягають оподаткуванню в усьому світі, включно з доходами, отриманими як у своїй країні, так і за кордоном, тоді як у нерезидентів оподатковуються лише доходи, отримані в межах кордонів країни. Крім того, угоди про уникнення подвійного оподаткування застосовуються виключно до резидентів однієї або обох договірних країн, а Модельна конвенція ОЕСР традиційно віддає перевагу оподаткуванню в державі резидента³⁰.

²⁶ Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, "Digital Nomad Visa," May 17, 2024, <https://www.exteriores.gob.es/Consulados/londres/en/ServiciosConsulares/Paginas/Consular/Digital-Nomad-Visa.aspx>.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ "Portugal Digital Nomad Visa: The Ultimate Guide," Get Golden Visa, March 20, 2024, <https://getgoldenvisa.com/portugal-digital-nomad-visa>.

³⁰ Leonardo Thomaz Pignatari, "The Taxation of 'Digital Nomads' and the '3 W's': Between Tax Challenges and Heavenly Beaches," *Intertax* 51, no. 5 (2023): 386, <https://doi.org/10.54648/taxi2023033>.

Загальноприйняте визначення фізичної особи як податкового резидента відповідної країни міститься у статті 4 Модельної конвенції ОЕСР, що зазвичай підтверджується і на рівні національного законодавства за критерієм місця проживання, постійного місця перебування³¹. У разі потреби визначитись у складних випадках застосовують такі ознаки: 1) постійне житло (*permanent home*); 2) центр життєвих інтересів (*center of vital interests*); 3) звичайне місце проживання (*habitual abode*); 4) громадянство³². Критерій звичайного місця проживання зазвичай ототожнюється з чітким терміном перебування в тій чи іншій країні протягом 183 календарних днів у календарному році³³.

Якщо особа переїжджає за цифровою візою, вона зобов'язана дотримуватися правил податкового резидентства, навіть попри передбачені податкові пільги, якщо інше чітко не визначено місцевим законодавством. У цьому контексті важливо з'ясувати, чи впливає факт отримання цифрового документа про електронне резидентство та отримання різних податкових пільг на статус податкового резидента.

4. Податкове навантаження на цифрових кочівників

Бразилія. Відповідно до Резолюції № 45 від 9 вересня 2021 р., цифровий кочівник – це іммігрант, який дистанційно, з використанням інформаційно-комунікаційних технологій, може вести свою трудову діяльність у Бразилії на іноземного роботодавця. Цей тип візи може надавати право проживати в країні рік з можливістю пролонгації³⁴. Водночас, якщо цифровий кочівник обирає цей режим і перебуває в Бразилії 184 дні протягом періоду до дванадцяти місяців, він набуває статусу резидента Бразилії. Після отримання візи цифрового кочівника та офіційного переїзду до Бразилії цифрові кочівники, які стали резидентами, підпадають під дію тих самих правил, що й інші резиденти Бразилії, незалежно від того, чи мають вони тимчасову візу, як зазначено в статтях 6 і 20 Нормативної інструкції № 208/2002^{35, 36}.

³¹ OECD, “Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017,” December 18, 2017, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Brazil, O Conselho Nacional De Imigração, *RESOLUÇÃO CNIG MJSP N° 45*, de 9 de Setembro de 2021, <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cnig-mj-sp-n-45-de-9-de-setembro-de-2021-375554693>.

³⁵ Brazil Secretário Da Receita Federal, Instrução Normativa Srf N° 208, de 27 De Setembro de 2002, <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15079>.

³⁶ Maria Eduarda Furtado, “Taxation of Digital Nomads in Brazil,” *Mosaic Tax and Law*, September 15, 2023, <https://www.mosaicotaxandlaw.com/en/post/taxation-of-digital-nomads-in-brazil#:~:text=Thus%2C%20we%20understand%20that%20the,The%20answer%20is%20yes>.

Хорватія. У Хорватії, згідно з п. 26 ч. (1) ст. 9 Закону про податок на доходи (*Zakon o porezu na dohodak*), не підлягає оподаткуванню дохід цифрового кочівника у вигляді заробітної плати/винагороди незалежного підрядника, що був отриманий від роботодавця/замовника, що не є резидентом Хорватії³⁷. На рівні хорватського законодавства фактично немає жодних згадок про особливий податковий статус цифрових кочівників.

Відповідно до ст. 3 вже згаданого Закону, податковим резидентом є фізична особа, яка має постійне місце проживання або звичайне місце проживання в Республіці Хорватія. Постійне та звичайне місце проживання для цілей оподаткування регулюється положеннями ст. 43 Загального податкового акта, які визначають, що платник податків має постійне місце проживання в місці, де він володіє об'єктом нерухомості безперервно протягом щонайменше 183 днів упродовж одного або двох календарних років. Проживання в об'єкті нерухомості не є обов'язковим³⁸.

Отже, використовувати Хорватію як місцезнаходження для цифрових кочівників без набуття статусу податкового резидента країни можна лише протягом 183 днів. З моменту закінчення цього терміну такі особи повинні будуть сплачувати хорватський податок на всі інші свої доходи з джерелом походження по всьому світу. Виникає колізія: з одного боку, доходи від іноземного роботодавця не оподатковуються в Хорватії, а з іншого – ця норма може діяти лише 183 дні.

Португалія. У 2009 р. Португалія впровадила податкові стимули, спрямовані на цифрових кочівників, разом з візами для них. Завдяки спеціальному податковому режиму для нерезидентів до країни було залучено кваліфікованих фахівців і капітал³⁹.

Однією з головних переваг цього режиму вважають звільнення від оподаткування доходів з-за кордону. Проте ця пільга фактично не діє, оскільки очікується, що особа стає податковим резидентом Португалії, проживши в країні більше ніж 183 дні в рік. Тобто її основна функція – це популяризація португальського пільгового режиму для цифрових кочівників. Водночас законодавець відразу передбачив виникнення такої

³⁷ Republika Hrvatska, *Zakon o porezu na dohodak*, <https://www.zakon.hr/z/85/Zakon-o-porezu-na-dohodak>.

³⁸ “What Taxes Do Digital Nomads Really Need to Pay in Croatia?,” *GlobalNomad.Guide*, October 6, 2022, <https://globalnomad.guide/what-taxes-do-digital-nomads-really-need-to-pay-in-croatia/>

³⁹ Digital Nomad Tax, “Do Digital Nomads Pay Taxes in Portugal?,” January 8, 2024, <https://digitalnomadtax.eu/do-digital-nomads-pay-taxes-in-portugal/>

проблеми, встановивши фіксовану спеціальну податкову ставку 20 % для цифрових кочівників⁴⁰.

Варто зазначити, що в жовтні 2023 р. після 15 років функціонування спеціального податкового режиму Португалія оголосила про плани скасувати його до 2024 р.⁴¹

Іспанія. Подібний до Португалії підхід для цифрових кочівників пропонує й Іспанія. Відповідно до ст. 93 Закону № 35/2006 від 28 листопада 2006 р., фізичні особи, які набувають статусу податкового резидента в Іспанії в результаті переїзду на іспанську територію, протягом 5 років можуть обрати сплату податку на доходи нерезидентів за спеціальними правилами⁴². Відповідний режим передбачає спеціальну ставку 24 % для перших 600 000 євро та 47 % на дохід, який перевищує 600 000 євро.

Одним із суб'єктів, яким дозволено використовувати відповідні пільгові підходи, законодавець визначив і цифрових кочівників. Мова йде саме про платників податків, які отримали податкове резидентство в Іспанії і ведуть свою діяльність дистанційно, виключно за допомогою комп'ютерних телекомунікаційних засобів і систем. Особа повинна отримати пропозицію про роботу до в'їзду в Іспанію, або бути переведеною з іноземної міжнародної компанії на посаду в Іспанії, або стати директором компанії в Іспанії (володіючи лише 25 % або менше акцій). Усі трудові обов'язки мають виконуватися в Іспанії, і не більше ніж 15 % трудової діяльності має провадитися за кордоном⁴³.

Отже, іспанський підхід, хоч і вирізняється особливою складністю та містить суперечливі моменти, передовсім спрямований на довгостроковий розвиток власної економіки, а не просто залучення осіб з метою розвитку місцевого туризму. Відповідні правила мають за мету створити додану вартість для іспанської економіки, інноваційні або інвестиційні можливості, що, безперечно, вартує особливої уваги для нашої країни з огляду на необхідність залучення інвестицій та трудового капіталу.

Отже, станом на сьогодні концепція цифрових кочівників у країнах, де її вже впроваджено, має декілька податкових переваг.

На прикладі Хорватії та Португалії бачимо спільну рису: іноземні доходи, отримані за кордоном, не оподатковуються відповідно до місцевого законодавства. Проте наявність цифрової візи та фактичне перебування у відповідній країні більше ніж 183-денний термін фактично їх нівелює, адже безпосередньо впливає на зміну статусу податкового резидента. На практиці країни претендуватимуть на оподаткування всіх доходів такої особи, зокрема з іноземних джерел. Якщо порівняти зі стандартними податковими ставками, то введення спеціальних ставок для певних видів діяльності та цифрових кочівників в Іспанії (20–24 %) та Португалії (20 %) стає не формальною пільгою, а, навпаки, чинником для залучення капіталу та людського ресурсу.

Також важливо звернути увагу на концепцію е-резидентства в офшорних зонах. Як зазначають Еліса Касі, Мохаммед Мардан та Барбара Стейдж, із 46 країн, котрі пропонують цифрові візи для цифрових кочівників, більшість – офшорні юрисдикції, які взагалі не передбачають податків на доходи. Запроваджуючи такі опції отримання віз, останні вирішують проблему, висвітлену вище, коли, попри юридичне звільнення від оподаткування доходів, отриманих за кордоном, особа, проживши в країні понад 183 дні, набуває податкового резидентства та зобов'язується оподатковувати всі кошти з джерелом походження за кордоном⁴⁴.

Цифровий кочівник може бути уособленням «громадянина світу», але, попри це, він усе ще вважатиметься податковим резидентом тої чи іншої країни. Безперечно, через мобільність кочівника, який встановлює різні економічні та соціальні зв'язки в місцях, де він подорожує, а також через зв'язки з країною його походження може бути доволі важко визначити його податкову належність. Проте за основу буде взято місце його постійного проживання та строк у 183 дні⁴⁵.

Зважаючи на те, що багато країн пропонує пільгові умови, які йдуть врозрід з іншими податковими правилами, важливо розрізняти ці концепції. Серед критеріїв диференціації електронного резидентства та концепції податкового резидентства в її класичному розумінні, як зазначає Юрій Коваль, можна виокремити такі:

⁴⁰ “Do Digital Nomads Pay Taxes in Portugal?”.

⁴¹ “Portugal: Why Portugal’s NHR Tax Incentive Is Going Away,” IFC Review, accessed April 16, 2024, <https://www.ifcreview.com/news/2023/november/portugal-why-portugals-nhr-tax-incentive-is-going-away/>.

⁴² España, Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Casi-Eberhard, Mardan, and Stage, “Citizenship/Residence by Investment and Digital Nomad Visas: The Golden Era of Individual Tax Evasion and Avoidance?”

⁴⁵ Marisa Ouro, “There Must Be Fifty Ways to Tax a Digital Nomad: Does Taxation Constrain the Geographical Freedom of the Digital Nomad?,” SSRN, February 13, 2023, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4352563.

1) правове регулювання: визначення податкової резидентності в загальному розумінні встановлюється на рівні Модельної конвенції ОЕСР та на рівні національного законодавства, що дуже часто дублює положення Конвенції. Водночас електронне резидентство є більше законодавчою реформою, зокрема у сфері податкового права, що встановлюється окремо на рівні спеціального законодавства кожної держави;

2) підстави набуття: податкова резидентність особи визначається передусім за відповідності окремим критеріям, про що було згадано вище, що є фактичним відображенням життєвих обставин, у яких перебуває особа⁴⁶.

Додатково Ю. Коваль наводить також такі критерії: *статус громадянина* – не має фактично жодного зв'язку з е-резидентством, на відміну від податкового резидентства (приклад США); *суб'єктний склад*: е-резидентство стосується тільки фізичних осіб, на відміну від податкового резидентства; *податковий режим*: податкове резидентство визначає масштаб зобов'язань перед податковими органами (зокрема, резидентський статус може впливати на формування бази оподаткування, а також на розмір податкової ставки та порядок сплати податків в окремих випадках). Своєю чергою, е-резидентство може взагалі не мати специфічних правил щодо оподаткування, оскільки е-резиденти часто розглядаються як нерезиденти для цілей оподаткування доходів, отриманих у країні їхнього е-резидентства. Однак за певних обставин держави можуть встановлювати особливі податкові режими, як це, наприклад, передбачено в Україні⁴⁷. Також, як розглянуто вище на прикладі інших країн та цифрових кочівників, статус е-резидента може мати вплив на формування особливого податкового режиму.

На нашу думку, потрібно додати ще такі критерії:

– фізична присутність: електронне резидентство можна отримати без необхідності фізичного перебування в країні, тоді як податкове резидентство може вимагати певного рівня фізичної присутності або зв'язку з країною. Фактично цей критерій є засадничим для диференціації таких правових явищ, як електронне та податкове резидентство;

– мета перебування: податкова резидентність може залежати від того, чи має особа намір встановити постійну або довгострокову присутність

у певній юрисдикції, тоді як цифрові кочівники можуть часто переїжджати на тимчасові перебування, не маючи постійного місця проживання взагалі;

– рівень економічної інтеграції: податкове резидентство може враховувати ступінь економічної інтеграції особи в межах юрисдикції, наприклад, володіння власністю, наявність банківських рахунків або інвестицій, тоді як цифрові кочівники можуть мати мінімальні економічні зв'язки або розподіляти свою економічну діяльність між кількома юрисдикціями;

– вимоги до документації для отримання статусу резидента: податкове резидентство може мати специфічні вимоги до документації для встановлення статусу резидента, наприклад, рахунки за комунальні послуги, договори оренди або сертифікат податкового резидентства. Цифровим кочівникам може знадобитися надати альтернативні форми документації, зокрема цифрові візи, передбачені в кожній країні;

– відповідальність за недотримання правил і наслідки: недотримання вимог щодо електронного резидентства та віз цифрових кочівників може призвести до адміністративних наслідків: анулювання візи, відмови у в'їзді або продовженні терміну дії візи, обмеження здатності легально проживати і працювати в певній країні, обмеження доступу до послуг. Натомість недотримання правил податкового резидентства зазвичай спричиняє більш значні юридичні та фінансові зобов'язання, включно з подвійним оподаткуванням, втратою податкових пільг або звільнень, штрафами, пенею.

Для залучення цифрових кочівників в Україну, на нашу думку, доцільно запозичити досвід згаданих вище країн, а також використовувати податкові преференції. Альтернативою може бути надання права таким особам стати платником єдиного податку або введення спеціальної ставки податку на доходи фізичних осіб, наприклад, не вище ніж 9–10 %.

У першому випадку це матиме економічний ефект для держави. Станом на червень 2023 р. за 5 календарних місяців сума надходжень єдиного податку в Україні становила близько 15,2 млрд грн⁴⁸. У другому випадку, якщо ми візьмемо ЄС як територіально найближчий для нас приклад, то можемо побачити, що ці країни нечасто пропонують вигідні податкові режими, а навіть якщо й пропонують, то загалом

⁴⁶ Юрій Коваль, «Співвідношення концепцій електронного і податкового резидентства: перспективи оподаткування доходів е-резидентів в Україні», *Право та державне управління* 1 (2022): 104–111, http://pdu-journal.kpu.zp.ua/archive/1_2022/15.pdf.

⁴⁷ Там само.

⁴⁸ Державна податкова служба України, «З початку 2023 року підприємці сплатили до бюджету 15,2 млрд грн єдиного податку», Пресслужба, 21 червня 2023, <https://tax.gov.ua/media-tsentr/novini/685975.html>.

ставки є доволі високими (20 % у Португалії та Іспанії, про що згадано вище). Ба більше, з огляду на статистичні дані, середньозважена ставка податку на доходи фізичних осіб у ЄС для особи, яка не має дитини та отримує середню заробітну плату, становить близько 35 %⁴⁹. Саме тому запровадження 9–10 % може бути вигідним і стане конкурентною перевагою України в цьому питанні.

Висновки та пропозиції

Впровадження інституту електронного резидентства, так само як і віз цифрових кочівників, – це, безперечно, позитивні тенденції у світовій практиці. Саме вони мають велике значення для розвитку світових економік епохи цифровізації. Попри це, варто звернути увагу, що наявність в особи статусу електронного резидента (цифрового кочівника) в одній державі не скасовує статус особи як податкового резидента іншої держави.

У багатьох випадках національне законодавство дозволяє особам, що отримали візи цифрових кочівників, не оподатковувати у відповідних країнах доходи із джерелом походження за їхніми межами (іноземні доходи) фактично тільки за умови, що такі доходи оподатковуються в іншій країні за Конвенцією про уникнення подвійного оподаткування. Однак такі пільги доволі швидко можна втратити з набуттям статусу податкового резидента в цій країні.

На нашу думку, слід визнати, що на сьогодні концепція електронного резидентства на прикладі цифрових кочівників є відносно новою не лише на рівні українського законодавства, а й на міжнародному рівні загалом і кожної держави окремо. Вважаємо, що такий інструмент є важливим і водночас експериментальним кроком, тож у перспективі потребує подальшого спостереження та вдосконалення як у кожній державі окремо, так і спільної взаємодії на міжнародному рівні загалом (наприклад, урегулювання та фіксація цього питання у двосторонніх договорах про уникнення подвійного оподаткування між державами тощо). Попри це, такий інструмент є чудовою можливістю для розвитку економіки та залучення капіталу, іноземної валюти тощо.

Саме тому вважаємо, що в умовах війни, постійного впливу капіталу та людських ресурсів з України законодавцю додатково до вже

прийнятої концепції класичного електронного резидентства варто розглядати варіанти імплементації його іншої форми у вигляді віз для цифрових кочівників. У цьому контексті важливо сформулювати привабливі умови як додаткову мотивацію для таких цифрових кочівників. На нашу думку, це можуть бути такі умови:

- Цифрові візи можуть отримати ті особи, які можуть своїми професійними навичками сприяти економічному розвитку країни. Задля цього вбачаємо за доцільне на законодавчому рівні визначити перелік сучасних професій, представники яких можуть бути претендентами на отримання цифрової візи. Коло цих фахівців має охоплювати представників таких професій, які є затребувані в умовах становлення цифрової економіки та можуть працювати дистанційно (спеціалісти IT-галузі, консультанти та інші, які можуть надавати послуги дистанційно).

- Користувачі цифрових віз можуть отримувати можливість відразу набувати права реєструватися платником єдиного податку в його класичному форматі. Як альтернативу пропонуємо запровадити спеціальну ставку податку на доходи фізичних осіб, яка може бути як фіксованою для всіх видів діяльності, так і різнитися залежно від кожного з них. Доволі оптимальною може бути податкова ставка, яка не перевищуватиме 9–10 %.

- Також альтернативно пропонуємо розглянути варіант, за яким, попри набуття статусу податкового резидента, особа-користувач цифрової візи має право не оподатковувати всі або значну частину доходів, отриманих за кордоном, за умови, якщо вона отримала їх на рахунок, відкритий в українському банку, та проживаючи на території України. Як зазначено вище, чи не основний економічний ефект цифрові кочівники мають саме в контексті споживання та витрат, здійснених у країнах, у яких мають візу цифрового кочівника. Запропонована пільга стимулюватиме цифрових кочівників проживати в Україні та витратити кошти, зароблені за кордоном, також в Україні. Зважаючи на згадані цифри у близько 787 млрд доларів США, економічний ефект може бути навіть більш значущим, ніж від можливих податкових надходжень. Варто зазначити, що, безперечно, поточні обмеження валютного нагляду в умовах війни спричиняють незручності щодо безперешкодного переказу коштів (здійснення розрахунків) з банківських рахунків в Україні, однак це питання має тимчасовий характер і потребує подальшого дослідження, зокрема щодо впливу на статус користувачів цифрової візи.

⁴⁹ Statista Research Department, "Average rate of taxation in European countries 2022," Statista, September 2, 2024, <https://www.statista.com/statistics/1449813/average-rate-of-taxation-european-countries-households/>

Вказані вище особливості можуть стимулювати іноземних осіб переїжджати до України навіть в умовах війни. Перед ними відкривається можливість зареєструвати себе як підприємців і надавати свої кваліфіковані послуги

замовникам з-за кордону та доволі вигідно офіційно їх оподатковувати. Такі кроки, безперечно, можуть позитивно впливати на економічне, валютне та навіть демографічне становище нашої держави.

Список використаної літератури

- Астахов, Дмитро. «Роль електронного резидентства на шляху до становлення України як інвестиційно привабливої держави у світі». *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції* 1 (2023): 92–98. <https://doi.org/10.32782/39221436>.
- Балакир, Анна. «Українці платять більше податків у Польщі, ніж країна витрачає на біженців». *Gazeta.pl*, 31 жовтня 2022. <http://surl.li/shnew>.
- Верховна Рада України. *Податковий кодекс України*. Кодекс 2755-VI. Ухвалено 2 грудня 2010. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>.
- Верховна Рада України. *Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України щодо особливостей оподаткування підприємницької діяльності електронних резидентів*. Закон України 2654-IX. Ухвалено 6 жовтня 2022. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-20#Text>.
- Державна податкова служба України. «З початку 2023 року підприємці сплатили до бюджету 15,2 млрд грн єдиного податку». Пресслужба Державної податкової служби України, 21 червня 2023. <https://tax.gov.ua/media-tsentr/novini/685975.html>.
- Коваль, Юрій. «Співвідношення концепцій електронного і податкового резидентства: перспективи оподаткування доходів е-резидентів в Україні». *Право та державне управління* 1 (2022): 104–111. http://pdu-journal.kpu.zp.ua/archive/1_2022/15.pdf.
- Лаущенко, Олена. «Скільки грошей українці сплатили до бюджету Польщі: дані уряду». *Евакуація.City*, 5 березня, 2024. <https://evacuation.city/articles/346668/skilki-groshej-ukrainci-splatali-do-byudzhetu-polschi-dani-uryadu>.
- Пічкурова, Зоя. «Роль диджитал-компоненту в економічному розвитку Естонії». *Стратегія розвитку України* 2 (2019): 66–72.
- Синютка, Наталія, Оксана Червінська, Вікторія Гоменюк. «Електронна резидентність та пряме оподаткування: аспекти фінансової безпеки». *БізнесІнформ* 12 (2019): 363–69. <https://doi.org/10.32983/2222-4459-2019-12-363-369>.
- Bachas, Pierre, Matthew Fisher-Post, Anders Jensen, and Gabriel Zucman. “Globalization and Factor Income Taxation.” (March 2022). <https://doi.org/10.3386/w29819>.
- Brazil. O Conselho Nacional De Imigração. *RESOLUÇÃO CNIG MJSP Nº 45*. De 9 de Setembro de 2021. <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cnig-mjsp-n-45-de-9-de-setembro-de-2021-375554693>
- Brazil. Secretário Da Receita Federal. *Instrução Normativa Srf Nº 208*. De 27 De Setembro de 2002. <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15079>
- Carlos. “63 surprising Digital Nomad Statistics [updated for 2024]”. *A Brother Abroad*, February 9, 2024. <https://abrotherabroad.com/digital-nomad-statistics/>
- Casi-Eberhard, Elisa, Mohammed Mardan, and Barbara Stage. “Citizenship/Residence by Investment and Digital Nomad Visas: The Golden Era of Individual Tax Evasion and Avoidance?” *SSRN Electronic Journal* (2023). <https://doi.org/10.2139/ssrn.4557656>.
- Digital Nomad Tax. “Do Digital Nomads Pay Taxes in Portugal?” *Digital Nomad Tax*, January 8, 2024. <https://digitalnomadtax.eu/do-digital-nomads-pay-taxes-in-portugal/>.
- Digital Nomad World. “Digital Nomad Jobs: Remote work & job listing for digital nomads.” *Digital Nomad World*, May 13, 2024. <https://digitalnomads.world/jobs/>
- e-Estonia. “Residency – e-Estonia.” *e-Estonia*, February 1, 2024. <https://e-estonia.com/solutions/e-identity/e-residency/>.
- Espana. *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>.
- Finevolution. “E-Residency Global Experience and How It Works?” *Finevolution*, July 1, 2022. <https://finevolution.com.ua/en/e-residency-worldwide/>.
- Furtado, Maria Eduarda. “Taxation of Digital Nomads in Brazil.” *Mosaico Tax and Law*, September 15, 2023. <https://www.mosaicotaxandlaw.com/en/post/taxation-of-digital-nomads-in-brazil#:~:text=Thus%2C%20we%20understand%20that%20the,The%20answer%20is%20yes>.
- Get Golden Visa. “Portugal Digital Nomad Visa: The Ultimate Guide.” *Get Golden Visa*, March 20, 2024. <https://getgoldenvisa.com/portugal-digital-nomad-visa>.
- GlobalNomad.Guide. “What Taxes Do Digital Nomads Really Need to Pay in Croatia?” *GlobalNomad.Guide*, October 6, 2022. <https://globalnomad.guide/what-taxes-do-digital-nomads-really-need-to-pay-in-croatia/>.
- IFC Review. “Portugal: Why Portugal’s NHR Tax Incentive Is Going Away.” *IFC Review*. Accessed April 16, 2024. <https://www.ifcreview.com/news/2023/november/portugal-why-portugals-nhr-tax-incentive-is-going-away/>.
- Invest in Estonia. “Estonian E-Residency Program Reaches Milestone with 100,000 Members.” *Invest in Estonia*, February 22, 2023. <https://investinestonia.com/estonian-e-residency-program-reaches-milestone-with-100000-members/#:~:text=Boosting%20Estonia's%20recognition&text=On%20the%20eve%20of%20our,digital%20society%20in%20the%20world>.
- Kostić, Svetislav. “In Search of the Digital Nomad – Rethinking the Taxation of Employment Income under Tax Treaties.” *World Tax Journal* 11, no. 2 (2019): 189–225. <https://doi.org/10.59403/1g8jv1y>.
- Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. “Digital Nomad Visa.” May 17, 2024. <https://www.exteriores.gob.es/Consulados/londres/en/ServiciosConsulares/Paginas/Consular/Digital-Nomad-Visa.aspx>.
- Mouratidis, Giorgos. “Digital Nomadism: Travel, Remote Work and Alternative Lifestyles.” *Academia.edu*, June 13, 2018. https://www.academia.edu/36836007/Digital_Nomadism_Travel_Remote_Work_and_Alternative_Lifestyles.%20%D0%A1%D1%82.%207.
- Nomad Capitalist. “Brazil Digital Nomad Visa: The Ultimate Guide.” *Nomad Capitalist*, May 17, 2023. <https://nomadcapitalist.com/expat/brazil-digital-nomad-visa/>.
- OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. December 18, 2017. https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.
- Oliveira Lawyers. “Digital Nomad Visa in Brazil.” *Oliveira Lawyers*. Accessed April 16, 2024. <https://oliveiralawyers.com/services/cross-border/digital-nomad-visa/#:~:text=The%20Digital%20Nomad%20Visa%20in,rainforest%2C%20or%20anywhere%20you%20choose>.
- Ouro, Marisa. “There Must Be Fifty Ways to Tax a Digital Nomad: Does Taxation Constrain the Geographical Freedom of the Digital Nomad?” *SSRN*, February 13, 2023. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4352563.
- Pignatari, Leonardo Thomaz. “The Taxation of ‘Digital Nomads’ and the ‘3 W’s’: Between Tax Challenges and Heavenly Beaches.” *Intertax* 51, no. 5 (2023): 384–96. <https://doi.org/10.54648/taxi2023033>.

- Republika Hrvatska Minisarstvo unitarnjih poslova. "Temporary Stay of Digital Nomads." Accessed April 16, 2024. <https://mup.gov.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>.
- Republika Hrvatska. *Zakon o porezu na dohodak*. <https://www.zakon.hr/z/85/Zakon-o-porezu-na-dohodak>.
- Statista Research Department. "Average rate of taxation in European countries 2022." Statista, September 2, 2024. <https://www.statista.com/statistics/1449813/average-rate-of-taxation-european-countries-households/>
- Tampuu, Piia, Anu Masso, Mergime Ibrahim, and Tam Abaku. "Estonian E-Residency and Conceptions of Platform-Based State-Individual Relationship." *Trames. Journal of the Humanities and Social Sciences* 26, no. 1 (2022): 3–21. <https://doi.org/10.3176/tr.2022.1.01>.

Bibliography

- Astakhov, Dmytro. "The Role of E-Residency on the Way to Becoming Ukraine as an Investment-Attractive Country in the World." *Current Issues of National Jurisprudence* 1 (2023): 92–98. <https://doi.org/10.32782/39221436> [in Ukrainian].
- Bachas, Pierre, Matthew Fisher-Post, Anders Jensen, and Gabriel Zucman. "Globalization and Factor Income Taxation" (March 2022). <https://doi.org/10.3386/w29819>.
- Balaky, Anna. "Ukrainci platit bilshе podatki v Polshchi, nizh kraina vytrachaie na bizhentsiv" ["Ukrainians pay more taxes in Poland than the country spends on refugees"]. *Gazetapl*, October 31, 2022. <http://surl.li/shnew> [in Ukrainian].
- Brazil. O Conselho Nacional De Imigração. *RESOLUÇÃO CNIG MJSP Nº 45*. De 9 de Setembro de 2021. <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cnig-mjsp-n-45-de-9-de-setembro-de-2021-375554693>
- Brazil. Secretário Da Receita Federal. *Instrução Normativa Srf Nº 208*. De 27 De Setembro de 2002. <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15079>
- Carlos. "63 Surprising Digital Nomad Statistics [updated for 2024]". A Brother Abroad, February 9, 2024. <https://abrotherabroad.com/digital-nomad-statistics/>
- Casi-Eberhard, Elisa, Mohammed Mardan, and Barbara Stage. "Citizenship/Residence by Investment and Digital Nomad Visas: The Golden Era of Individual Tax Evasion and Avoidance?" *SSRN Electronic Journal* (2023). <https://doi.org/10.2139/ssrn.4557656>.
- Digital Nomad Tax. "Do Digital Nomads Pay Taxes in Portugal?" Digital Nomad Tax, January 8, 2024. <https://digitalnomadtax.eu/do-digital-nomads-pay-taxes-in-portugal/>.
- Digital Nomad World. "Digital Nomad Jobs: Remote work & job listing for digital nomads." Digital Nomad World, May 13, 2024. <https://digitalnomads.world/jobs/>
- e-Estonia. "Residency – e-Estonia." e-Estonia, February 1, 2024. <https://e-estonia.com/solutions/e-identity/e-residency/>.
- Espana. *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>.
- Finevolution. "E-Residency Global Experience and How It Works?" Finevolution, July 1, 2022. <https://finevolution.com.ua/en/e-residency-worldwide/>.
- Furtado, Maria Eduarda. "Taxation of Digital Nomads in Brazil." Mosaico Tax and Law, September 15, 2023. <https://www.mosaicotaxandlaw.com/en/post/taxation-of-digital-nomads-in-brazil#:~:text=Thus%2C%20we%20understand%20that%20the,The%20answer%20is%20yes.>
- Get Golden Visa. "Portugal Digital Nomad Visa: The Ultimate Guide." Get Golden Visa, March 20, 2024. <https://getgoldenvisa.com/portugal-digital-nomad-visa>.
- GlobalNomad.Guide. "What Taxes Do Digital Nomads Really Need to Pay in Croatia?" GlobalNomad.Guide, October 6, 2022. <https://globalnomad.guide/what-taxes-do-digital-nomads-really-need-to-pay-in-croatia/>.
- IFC Review. "Portugal: Why Portugal's NHR Tax Incentive Is Going Away." IFC Review. Accessed April 16, 2024. <https://www.ifcreview.com/news/2023/november/portugal-why-portugals-nhr-tax-incentive-is-going-away/>.
- Invest in Estonia. "Estonian E-Residency Program Reaches Milestone with 100,000 Members." Invest in Estonia, February 22, 2023. <https://investinestonia.com/estonian-e-residency-program-reaches-milestone-with-100000-members/#:~:text=Boosting%20Estonia's%20recognition&text=On%20the%20eve%20of%20our,digital%20society%20in%20the%20world.>
- Kostić, Svetislav. "In Search of the Digital Nomad – Rethinking the Taxation of Employment Income under Tax Treaties." *World Tax Journal* 11, no. 2 (2019): 189–225. <https://doi.org/10.59403/1g8jv1y>.
- Koval, Yurii. "The Correlation of Concepts of Electronic and Tax Residents: Prospects for Taxation of e-Residents in Ukraine." *Law and Public Administration* 1 (2022): 104–111. http://pdu-journal.kpu.zp.ua/archive/1_2022/15.pdf [in Ukrainian].
- Laushchenko, Olena. "Skilky hroshei ukrainci splatili do biudzhetu Polshchi: dani uriadu" ["How much money Ukrainians paid to the Polish budget: government data"]. Evakuatsiia.City, March 5, 2024. <https://evacuacion.city/articles/346668/skilki-groshej-ukrainci-splatili-do-byudzhetu-polschi-dani-uryadu> [in Ukrainian].
- Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. "Digital Nomad Visa." May 17, 2024. <https://www.exteriores.gob.es/Consulados/londres/en/ServiciosConsulares/Paginas/Consular/Digital-Nomad-Visa.aspx>.
- Mouratidis, Giorgos. "Digital Nomadism: Travel, Remote Work and Alternative Lifestyles." Academia.edu, June 13, 2018. https://www.academia.edu/36836007/Digital_Nomadism_Travel_Remote_Work_and_Alternative_Lifestyles.%20%D0%A1%D1%82.%207.
- Nomad Capitalist. "Brazil Digital Nomad Visa: The Ultimate Guide." Nomad Capitalist, May 17, 2023. <https://nomadcapitalist.com/expat/brazil-digital-nomad-visa/>.
- OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. December 18, 2017. https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.
- Oliveira Lawyers. "Digital Nomad Visa in Brazil." Oliveira Lawyers. Accessed April 16, 2024. <https://oliveiralawyers.com/services/cross-border/digital-nomad-visa/#:~:text=The%20Digital%20Nomad%20Visa%20in,rainforest%2C%20or%20anywhere%20you%20choose.>
- Ouro, Marisa. "There Must Be Fifty Ways to Tax a Digital Nomad: Does Taxation Constrain the Geographical Freedom of the Digital Nomad?" SSRN, February 13, 2023. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4352563.
- Pichkurova, Zoia. "Rol dydzhital-komponentu v ekonomichnomu rozvytku Estonii" ["The Role of the Digital Component in the Economic Development of Estonia"]. *Stratehiia rozvytku Ukrainy [Strategy for the Development of Ukraine]* 2 (2019): 66–72 [in Ukrainian].
- Pignatari, Leonardo Thomaz. "The Taxation of 'Digital Nomads' and the '3 W's': Between Tax Challenges and Heavenly Beaches." *Intertax* 51, no. 5 (2023): 384–96. <https://doi.org/10.54648/taxi2023033>.
- Republika Hrvatska Minisarstvo unitarnjih poslova. "Temporary Stay of Digital Nomads." Accessed April 16, 2024. <https://mup.gov.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>.

- Republika Hrvatska. *Zakon o porezu na dohodak*. <https://www.zakon.hr/z/85/Zakon-o-porezu-na-dohodak>.
- State Tax Service of Ukraine. “Z pochatku 2023 roku pidpriiemtsi splyaty do biudzhetu 15,2 mlrd hrn yedynoho podatku” [“Since the beginning of 2023, entrepreneurs have paid UAH 15.2 billion in single tax to the budget”]. Press service of the State Tax Service, June 21, 2023. <https://tax.gov.ua/media-tsentr/novini/685975.html> [in Ukrainian].
- Statista Research Department. “Average rate of taxation in European countries 2022.” Statista, September 2, 2024. <https://www.statista.com/statistics/1449813/average-rate-of-taxation-european-countries-households/>
- Synytka, Nataliya, Oksana Chervinska, and Victoria Gomenyuk. “E-residency and Direct Taxation: Aspects of Financial Security.” *Business Inform* 12 (2019): 363–69. <https://doi.org/10.32983/2222-4459-2019-12-363-369> [in Ukrainian].
- Tamppuu, Piia, Anu Masso, Mergime Ibrahim, and Tam Abaku. “Estonian E-Residency and Conceptions of Platform-Based State-Individual Relationship.” *Trames. Journal of the Humanities and Social Sciences* 26, no. 1 (2022): 3–21. <https://doi.org/10.3176/tr.2022.1.01>.
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Tax Code of Ukraine*. Code 2755-VI. Adopted December 2, 2010. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Pro vnesennia zmin do Podatkovoho kodeksu Ukrainy ta deiakykh inshykh zakoniv Ukrainy shchodo osoblyvostei opodatkuvannia pidpriiemnytskoi diialnosti elektronnykh rezidentiv* [On Amendments to the Tax Code of Ukraine and Some Other Laws of Ukraine on Peculiarities of Taxation of Business Activities of Electronic Residents]. Law of Ukraine 2654-IX. Adopted October 6, 2022. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-20#Text> [in Ukrainian].

Maksym Vitiuk

TAX RESIDENCE IN THE ERA OF E-RESIDENCY AND DIGITAL NOMADS: INTERNATIONAL EXPERIENCE AND UKRAINIAN CONTEXT

Abstract

This article features in detail the understanding and definitions of e-residency and digital nomadism and how these affect the tax status of these people over time. With the help of countries like Croatia, Spain, Brazil, Portugal, and Estonia, it investigates into the legal and theoretical sides related to how a person not being a resident can obtain, hold, and give up e-residency and digital nomadism.

In 2014, Estonia was the first country to introduce the concept of e-residency. This is the type of legal status that permits the individual to use a country’s software infrastructure without becoming a tax subject within that country. Digital nomadism, such as performed by high-skilled workers who can move their job to any place with an internet connection and travel visa often offered via special digital nomad visas, is related to the same phenomenon. Still, notwithstanding the peculiarities of these reforms promotion and the legal effectiveness of e-residence and digital nomadism, their taxation residency is still stuck to the conventional rules of taxation residency of e-residents and digital nomad which resident taxes are usually influenced by factors like the time spent in a country or where income is generated among other metrics unless distinctively specified under domestic law or international tax agreements.

The research focuses on how e-residency and digital nomad visas, while being valid instruments of economic progress, do not change a person’s tax status in his country of actual residence except where the local law provides for such provisions. In this case, an individual who has e-residency in Estonia or has a digital nomad visa in Croatia would, in most cases, be treated as a resident of the country where this person is located and be subject to relevant taxes despite available tax reliefs guaranteed by countries granting this digital nomad visas.

Building upon the experiences of these foreign jurisdictions, the article provides suggestions on how the terms digital nomad and e-resident can be embedded into the legislation of Ukraine. The establishment of these regimes is seen to be vital in the digital economy reconstruction of Ukraine after the war as they would bring in foreign skills, money and talent. Suggestions include the establishment and regulation of the tax status of e-residents and digital nomads so that the principles of best practices are observed to prevent the occurrence of dual taxation and encourage external investors.

In the same viewpoint, the article underlines the significance of these mechanisms for global labor migration flows and considers the issues of labor migration in a global economy more widely. The legal issues involving e-residency, digital nomadism and tax residency bring to the fore the need for new tax.

Keywords: e-residency, e-residents, digital nomads, taxes, finance, tax residency.

Матеріал надійшов 17.04.2024



Maksym Vishchyk

<https://orcid.org/0000-0001-6492-5326>

CONSTRUING NATIONAL AND ETHNIC GROUPS UNDER THE GENOCIDE CONVENTION THROUGH SOVIET AND RUSSIAN NARRATIVES ON THE UKRAINIAN IDENTITIES

Abstract

Debates on the genocidal nature of Russian atrocities in Ukraine have uncovered various grey zones of the law on genocide. While most contemporary commentaries have focused on the essence and scope of the crime's central element – the intent to destroy the group in whole or in part – little analysis has been dedicated to defining and understanding the alleged object of the destruction, i.e., protected groups themselves. Even beyond the Ukrainian context, this problem is endemic to contemporary doctrine and jurisprudence, providing a rather cursory or even contradictory analysis of the notions of protected groups seemingly without recourse to other fields studying human identities, such as anthropology. This article aims to address this lacuna by exploring the dichotomy between national and ethnic groups under the Genocide Convention through Soviet and Russian identity narratives. The article summarises the state of contemporary law and jurisprudence relevant to the definition of the protected groups, as well as associated gaps and inconsistencies. It further addresses challenging issues of the groups' definition and delimitation through the lenses of modern anthropology, where the law is silent. The article stresses the importance of multidisciplinary and contextualised application of the legal concepts under the law of genocide in light of the meaning ascribed to them by other fields of study focusing on group identities and inter-group dynamics. Finally, the article applies relevant findings to the context of Soviet and further Russian narratives on the Ukrainian identities, illustrating the dichotomy between national and ethnic groups.

Keywords: international criminal law, genocide, protected groups, national groups, ethnic groups.

Introduction. Out of various international crimes qualifications of Russian atrocities in Ukraine, allegations of genocide have probably raised the most heated debates amongst international law scholars and practitioners. Full of interpretative nuances, the crime of genocide rests among the most complex constructions in contemporary international criminal law. Apart from the five prohibited underlying acts forming the crime's *actus reus*, it also requires proof of the intent to physically or biologically destroy one of the four protected groups, i.e., national, ethnic, racial or religious.¹

To date, the lenses of the Genocide Convention have been employed to insightfully analyse Russian actions in Ukraine from multiple perspectives.²

Regardless of whether the evidence on the ground eventually supports the genocide qualification,

7395377/; Denys Azarov, Dmytro Koval, Gaiane Nuridzhanian, and Volodymyr Venher, "Understanding Russia's Actions in Ukraine as the Crime of Genocide," *Journal of International Criminal Justice* 21, no. 2 (2023): 233–64, <https://doi.org/10.1093/jicj/mqad018>; Iryna Marchuk and Aloka Wanigasuriya, "Beyond the False Claim of Genocide: Preliminary Reflections on Ukraine's Prospects in Its Pursuit of Justice at the ICJ," *Journal of Genocide Research* 25, no. 3–4 (2022): 256–78, <https://doi.org/10.1080/14623528.2022.2143528>; Yuliia Ioffe, "Forcibly Transferring Ukrainian Children to the Russian Federation: A Genocide?," *Journal of Genocide Research* 25, no. 3–4 (2023): 315–51, <https://doi.org/10.1080/14623528.2023.2228085>; New Lines Institute for Strategy and Policy and Raoul Wallenberg Centre for Human Rights, *An Independent Legal Analysis of the Russian Federations' Breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the Duty to Prevent* (May 2022), <https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/An-Independent-Legal-Analysis-of-the-Russian-Federations-Breaches-of-the-Genocide-Convention-in-Ukraine-and-the-Duty-to-Prevent-1-2.pdf>; Myroslava Antonovych, "The Holodomor-Genocide and the Ongoing Russian Genocide in Ukraine: Intent, Victims and Perpetrators," *Saar Expert Papers* (2023), https://jean-monnet-saar.eu/wp-content/uploads/2023/02/Genocide_Ukraine.pdf.

¹ United Nations (UN) General Assembly, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, UN Treaty Series 277, vol. 78 (9 December 1948), Article 2.

² Wayne Jordash, "Genocide in Ukraine," *Ukrainska Pravda*, March 28, 2023, <https://www.pravda.com.ua/columns/2023/03/28/>

ensuing debates remain critical to clarifying the nuanced essence of the law, especially the issues under-explored or overlooked in the jurisprudence of previous decades.

Construction of the four groups protected under the Convention remains one of such matters. Most focus on the analysis to date has been put on how victims and their communities in the Ukrainian context were targeted, not on what the group can or cannot be in the analysed context. While such tendency can be explained by the centrality of the special intent element (to destroy the group in whole or in part), the intent can only be comprehensively analysed upon understanding who it might have been directed against.

This tendency is not novel to the Ukrainian context specifically. Traditionally, in legal commentaries to the Genocide Convention, the notions and delineation of the four protected groups (i.e., national, ethnic, religious and racial) have been discussed in a rather cursory fashion if compared to other elements of the crime. Some of the most prominent commentaries on the matter (e.g., by W. Schabas,³ C. J. Tams, L. Berster, B. Schiffbauer,⁴ C. Kreß,⁵ G. Mettraux,⁶) despite outlining a general framework to the understanding of protected groups, do not provide a comprehensive guidance to the issue of the groups' delimitation. Even when provided, proposed frameworks do not adopt a multidisciplinary approach accounting for the groups' constituent features explored in other social and humanitarian studies, including anthropology. Only a few remarkable studies attempted to explore these lenses connecting law to other fields of study while trying to establish the essence of every protected group as a unique concept⁷ or contextualising it to historical cases that are often overlooked.⁸

³ William Schabas, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes* (2nd ed., Cambridge University Press, 2009).

⁴ Christian J. Tams, Lars Berster, and Björn Schiffbauer, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary* (C.H. Beck, 2014).

⁵ Claus Kreß, "The Crime of Genocide under International Law," *International Criminal Law Review* 6 (2006): 473–79.

⁶ Guenael Mettraux, *International Crimes: Law and Practice. Volume I: Genocide* (Oxford University Press, 2019).

⁷ See, e.g., Carola Lingaas, "Conceptualizing the National Group for the Crime of Genocide: Is Law Able to Account for Identity Fault Lines?," *Nationalities Papers* 49, no. 2 (2021): 240–61, <https://doi.org/10.1017/nps.2020.5>; Carola Lingaas, "Imagined Identities: Defining the Racial Group in the Crime of Genocide," *Genocide Studies and Prevention* 10, no. 1 (2016): 79–106, <http://dx.doi.org/10.5038/1911-9933.10.1.1377>; Carola Lingaas, "Religious Group Identities in Genocide: Social Identity Theory as a Tool for Disentangling Law and Religion," *Nordic Journal of Human Rights* 39, no. 4 (2021): 440–57, <https://doi.org/10.1080/18918131.2021.2015148>.

⁸ David Lisson, "Defining "National Group" in the Genocide Convention: A Case Study of Timor-Leste," *Stanford Law Review* 60, no. 5 (2008): 1459–96.

This article omits any preliminary conclusions as to the commission of the crime of genocide in Ukraine and rests on the premise that any allegations remain to be proved or disproved in the court of law. Yet, it employs the lenses of the Genocide Convention to illustrate how Soviet and Russian identity narratives tend to demonstrate the dichotomy between the two groups most relevant in the Ukrainian context, i.e., national and ethnic. It highlights the importance of the contextualised application of the Convention's terms and the need to define their autonomous meaning given the diversity of historical precedents. The article summarises the approaches to characterising protected groups and associated gaps in contemporary law and jurisprudence. It further offers an explanation for their interplay reconciling the existing inconsistencies in light of modern anthropology using the Soviet and Russian identity narratives as an illustration.

Predominant legal approaches to defining national and ethnic groups under the Genocide Convention. Uncertainty related to the distinction between national and ethnic groups emanates from the early drafting stages of the Genocide Convention. While the references to the concepts "nation" and "nationality" were rather frequent during the negotiation process, delegates of several states stressed that the "national group" concept remained vague.⁹ In the attempts to introduce clarity and distinguish national groups from communities with a mere political desire to form a separate entity, the Swedish delegation proposed to add ethnic groups to the Convention's protected list,¹⁰ arguably trying to stress a socio-cultural rather than politico-legal essence of the protected groups' identity.

Despite this addition, the distinction between national and ethnic groups nevertheless remained blurred. One view of state delegates and commentators argued that ethnic groups could be sub-divisions of national groups, thereby national groups could comprise different ethnicities.¹¹ Another perspective

⁹ See positions of the Swedish and Egyptian delegates in Hired Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: the travaux préparatoires* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 1389 and 1392 citing the UN Doc. Nos A/C.6/SR.73 and A/C.6/SR.74.

¹⁰ *Ibid.*, 1389.

¹¹ *Ibid.*, 1400, citing UN Doc. A/C.6/SR.74; Demba Thiam, *Fourth report on the draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, UN Doc. A/CN.4/398, 11 March 1986, para. 57, <https://digitallibrary.un.org/record/117074>. Similar observations were made by state delegations during the drafting of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, e.g., by Polish delegate: "There were nations that were made up of different ethnic groups": see UN General Assembly, 20th session, 3rd Committee, Official Records of the 1304th Meeting UN Doc. A/C.3/SR.1304 (14 October 1965), p. 83, <https://digitallibrary.un.org/record/806678?v=pdf>.

perceived ethnic groups as more closely aligned with racial groups,¹² although the former remained more bound by “cultural” ties in contrast to common “physical” traits differentiating the latter.¹³

For fifty years after the Convention’s adoption these were the only fragmented indicators guiding the determination of the essence of protected groups. The International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) undertook the first attempt to clarify the inter-group distinction in the *Akayesu* case. It ruled that national groups constituted “a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties.”¹⁴ In contrast, ethnic groups were primarily based on “common language or culture.”¹⁵ Yet, these definitions did not come as unproblematic and attracted two major critical or dissenting views.

The first view relates to the very attempt to search for the groups’ autonomous meaning; the core which distinguishes them from each other. In its subsequent jurisprudence, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) argued that four protected groups were supposed to constitute “a single phenomenon” rather than “several distinct prototypes of human groups.”¹⁶ Thus, differentiating them on the basis of “scientifically objective criteria [...] would be inconsistent with the object and purpose of the [Genocide] Convention.”¹⁷ Some commentators further echoed this view claiming that attributing autonomous meaning to every protected group will distort their sense taken as a whole under the Convention and weaken their intended protection.¹⁸

Such an aggregate perspective can be helpful where targeted groups are defined by several overlapping identities (e.g., arguably Bosnian Muslims possessing distinct national, ethnic and religious identity as a whole) eliminating the need for clear demarcations of groups. Yet, in cases where one group – as a standalone entity – is allegedly

targeted for destruction, this framework fails to provide indicators for group determination, making it a somewhat arbitrary process. Although protected groups’ identities can overlap based on similar attributes, each group has a distinct clear core, not identical to the others.¹⁹ For instance, while national and ethnic, or racial and ethnic groups may rest on common pillars (e.g., language, traditions or culture), each forms a separate social distinct entity in modern anthropology, as will be discussed below.

Failure to acknowledge this difference will disrupt historical contexts and artificially set the law apart from other disciplines whose primary focus is studying human groups’ and identities’ dynamics. It also risks depriving the groups of conventional protection, where their nuanced identity features are overlooked or mistaken, where courts and judges are granted an arbitrarily broad discretion to determine the group’s existence and membership in it without clear guidance.²⁰

The second criticism of *Akayesu*’s approach does not dispute the need to attribute autonomous meaning to every group *per se*. Rather it challenges *how* groups, particularly national ones, should be defined. It claims that defining national groups with the link to citizenship is erroneous²¹ since it confuses two meanings of the term “nationality” under international law: nationality in its political (i.e., citizenship) and socio-cultural (i.e., a sense of belonging to a particular nation) understanding.²²

This criticism is strongly supported by several arguments. Firstly, associating national groups with citizenship goes against clear reservations of the original Convention’s drafters who indicated that legal nationality (i.e., citizenship) should not be confused with national origin when defining membership in the protected groups.²³ Subsequent commentators corroborated this view by claiming that national groups are defined by common national origin, i.e., nationality in its sociological rather than politico-legal sense.²⁴

¹² For example, positions of Egypt and Uruguay in Abtahi and Webb, *The Genocide Convention: the travaux préparatoires*, 1414, citing UN Doc. A/C.6/SR.75; Thiam, Fourth Report (UN Doc. A/CN.4/398), para. 58.

¹³ Thiam, Fourth Report (UN Doc. A/CN.4/398), para. 58.

¹⁴ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 512, <https://www.refworld.org/cases,ICTR,40278fbb4.html>.

¹⁵ *Ibid.*, para. 513.

¹⁶ *Prosecutor v. Radislav Krstić* (Trial Judgment), IT-98-33-T, 2 August 2001, para. 556, <https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>.

¹⁷ *Ibid.* See also *Prosecutor v. Goran Jelisić* (Trial Judgement), IT-95-10-T, 14 December 1999, para. 70, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/1999/en/33140>; Mettraux, *International Crimes: Law and Practice: Genocide*, 206.

¹⁸ Schabas, *Genocide in International Law*, 131.

¹⁹ *Prosecutor v. Jević* (Verdict), X-KR-09/823-1, 22 August 2012, para. 949, <https://www.legal-tools.org/doc/288d85/pdf/>; Thiam, Fourth Report (UN Doc. A/CN.4/398), para. 56.

²⁰ Tams, Berster, Schiffbauer, *Genocide Convention: A Commentary*, 102.

²¹ Mettraux, *International Crimes: Law and Practice: Genocide*, 209, especially fn 186-187; Schabas, *Genocide in International Law*, 134-35.

²² Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law. Volume 1: Peace* (9th ed., Oxford University Press, 2008), 857.

²³ UN Economic and Social Council, Ad Hoc Committee on Genocide, *Commentary on Articles Adopted by the Committee*, UN Doc. No. E/AC.25/W.1 (26 April 1948) in Abtahi and Webb, *The Genocide Convention: the travaux préparatoires*, 980.

²⁴ Nicodème Ruhashyankiko, UN Economic and Social Council, *Study of the question of the prevention and punishment of the crime of genocide*, UN Doc. No. E/CN.4/Sub.2/416 (4 July 1978), paras 59-61, <https://digitallibrary.un.org/record/663583?v=pdf>.

Secondly, confining the essence of national groups merely to formal links with a state transforms the membership in a group into a purely political matter that is easily amendable by a simple fact of acquisition, deprivation of or withdrawal from citizenship. This approach sets national groups apart in the conventional list as the only ones founded on a technical question of the possession of a passport rather than complex and intrinsic socio-cultural traits uniting members of other groups together and deeply rooted in identities that cannot emerge or disappear overnight. After all, nations as groups are historically independent of states, and national identity is not necessarily always dependent on the construction of nation-states.²⁵

Anthropological lenses: construction of human ethnic and national identities. If not citizenship, what determines the core of national groups making them distinct from other communities, including ethnic ones? Where international law is lacking answers, it cannot ascribe meaning to concepts without due regard to their origins rooted in other fields of social and humanitarian studies that are primarily focused on studying human identities. Lawyers, particularly international lawyers, should not be the sole arbiters defining the terms in isolation from their foundations as distinct social, cultural and political entities. The term “national groups” should thus be defined based on the most semantically closest, yet consistently overlooked by jurisprudence and scholarly opinion, concept of a nation.

The roots of linking “national groups” to modern nations appear in some of the rare early commentaries to the Genocide Convention elaborating on the topic of protected groups. They claimed that national groups were defined by “a common wish to live together, a common ideal, a common goal and common aspirations.”²⁶ This was contrasted with ethnic groups whose foundation was more closely rooted in “cultural values and is characterized by a way of life, a way of thinking, and the same way of looking at life and things.”²⁷ As will be argued below, this distinction managed to grasp the trending interpretations of contemporary anthropological, political and social sciences rather accurately.

Some legal commentators today indeed argue that “a common culture, history, way of living, language or religion” may serve as denominators

for both national and ethnic groups.²⁸ While this assertion is justified, the concept of “nations” goes beyond this baseline. Modern anthropology recognises a dichotomy between the two ways in which nations can be seen and defined. Nations can be ethnically or culturally centred, which brings them closer to the notion of ethnic groups, i.e., whereby membership in the nation is defined by the shared “system of ideas, signs and associations, and ways of behaving and communicating,”²⁹ as well as (presumed) descent and their inherited ancestrally related identity.³⁰ In other words, “cultural nations” are united by “a common relation to some combination of historical memory, geography, kinship, tradition, mores, religion, and language”³¹ that are inherited and unchosen.³²

In contrast, another approach to defining nations has been labelled as civic, contractual or consensual.³³ It perceives nations as voluntary communities of individuals established as a result of a consensual social “covenant”, members’ chosen convictions and loyalties, their mutual rights and duties, as well as recognition of each other as members of the nation.³⁴

In reality, this dualism of perceptions merely illustrates “ideal models”, and every nation inevitably combines both cultural and consensual elements.³⁵ Every nation – to a varying degree – can thus be based on inherited or developed, objective or imagined cultural peculiarities (e.g., unifying history, language, traditions and heritage), combined with the ideology of voluntary commitment to forming a distinct entity with mutual recognition of each other as nation’s members.³⁶ The former element is what distinguishes national groups from political ones that were excluded from the Genocide Convention during the drafting stages. A mere desire to form a separate group does not suffice to establish a nation.

²⁸ Kreß, *The Crime of Genocide under International Law*, 476.

²⁹ Ernest Gellner, *Nations and Nationalism* (Oxford, UK and Cambridge, USA: Blackwell, 1983), 7.

³⁰ Renaud-Philippe Garner, “Nationalism,” *Oxford Research Encyclopedia of Politics* (2022, May 18), <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.2039>.

³¹ Brian C. J. Singer, “Cultural versus Contractual Nations: Rethinking Their Opposition,” *History and Theory* 35, no. 3 (1996): 311.

³² Garner, “Nationalism”.

³³ Gellner, *Nations and Nationalism*, 7; Garner, “Nationalism”; Singer, “Cultural versus Contractual Nations,” 310–311.

³⁴ Ibid.

³⁵ Garner, “Nationalism”; Singer, “Cultural versus Contractual Nations,” 316.

³⁶ John Breuilly, *Nationalism and the State* (Manchester, UK: Manchester University Press, 1982), 35–36 cited in Douglas Woodwell, *Nationalism in International Relations: Norms, Foreign Policy, and Enmity (Advances in Foreign Policy Analysis)* (Palgrave Macmillan, 2007), 15. See similar contentions in Geoff Eley, Ronald Grigor Suny, eds., *Becoming National: A Reader* (New York: Oxford University Press, 1996), 9 cited in Castells, *The Power of Identity*, 31.

²⁵ Manuel Castells, *The Power of Identity*, 2nd ed. (Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell, 2010), 32 referring to Michael Keating, *Nations against the State: The New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia, and Scotland* (New York: St. Martin’s Press, 1995).

²⁶ Thiam, Fourth Report (UN Doc. A/CN.4/398), para. 57.

²⁷ Ibid., para. 58.

The element and degree of mutual self-recognition and self-determination is what differentiates ethnic and national groups making the latter a far more complicated mixture of identity layers. While ethnic identity is arguably more stable than many others, often defined by origin, national identity is more fluid, voluntarist, and merges both cultural and political self-identification with the members who developed a “collective preference to pursue higher levels of group self-determination.”³⁷ Other lenses to view it through suggest that ethnicity relates primarily to who a person *is*, while nationality additionally considers what they *want* too.³⁸ National groups are often built upon a complicated mixture of deep subjective communications about the nation’s foundations, including shared ideology, memories and cultural significations or “invention of a shared past.”³⁹

These features of voluntarism and fluidity may attract criticism from the proponents of the view that the Genocide Convention was intended to protect permanent and stable groups only, membership in which is defined by birth and unalterable.⁴⁰ This argument, however, does not have a solid legal basis neither in the preparatory works to the Convention nor in the state practice.⁴¹ In reality, all groups are relatively lasting and unstable at the same time: one can decide to abandon or change religion, or sever cultural bonds uniting a person with an ethnic group, or change national affiliation. While all these scenarios constitute complicated identity transformations, they nevertheless remain possible undermining the argument on the groups’ permanence and stability as defining features under the Genocide Convention.

Lastly, ethnicity can undoubtedly form some national groups’ core but can also be a secondary consideration. For example, some groups, such as Scottish or Kurds, can arguably be qualified as a national group with a clear ethnic core.⁴² At the same time, a nation can also be ethnically heterogeneous and comprise people of various

ethnicities (e.g., the United States) being united by “a shared history and a shared project, and their historical narratives build on an experience, socially, ethnically, territorially, and genderly diversified, but common to the people of each country on many grounds.”⁴³

These considerations help to define the attributes of the modern Ukrainian nation and delimit it from the Ukrainian ethnic group. Firstly, while cultural elements defining Ukrainian ethnicity (e.g., culture, language, traditions) may be important for shaping the national project, membership in the national group extends beyond them. Secondly, Ukrainian nation arguably encompasses people of different ethnic origins (e.g., ethnic Ukrainians, Crimean Tatars, etc.) or different languages (e.g., both Ukrainian and Russian-speaking) united by the shared values of independent statehood, visions of the future and the past (e.g., highlighting the subjective importance of certain historical events, such as the Ukrainian 1917-1921 Revolution, the Holodomor, the Orange Revolution and the Revolution of Dignity, and the Russian war).⁴⁴

Such features in combination point to both cultural and consensual/civic dimensions of the Ukrainian nation. Arguably, with the events in the political arena of the last century, the essence of the national project gradually moved from relatively ethnocultural to civic, whereby prerequisite ethnic origin does not define membership in the nation. Lastly, Ukrainian citizenship *per se* does not define membership in the national group: Ukrainian citizens may or may not necessarily share national sentiments and adherence to the common project. Ukrainian citizens or even people of ethnic Ukrainian origin may support the national project, be neutral, indifferent, or even hostile towards it.

Soviet and Russian identity narratives and national-ethnic groups dichotomy. What may first seem like a theoretical or academic dichotomy

³⁷ Castells, *The Power of Identity*, 32.

³⁷ Woodwell, *Nationalism in International Relations*, 13, 15–16.

³⁸ *Ibid.*, 15.

³⁹ Armin von Bogdandy and Stefan Häußler, “Nations,” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2019), para. 9, citing, among others, Gellner, *Nations and Nationalism*; Karl W. Deutsch, *International Political Communities: An Anthology* (Doubleday Garden City, 1966); Eugen Lemberg, *Nationalismus. Bd. 1: Psychologie und Geschichte* (Rowohlt Reinbek, 1964).

⁴⁰ See, e.g., Akayesu Trial Judgment, para. 511.

⁴¹ William A. Schabas, “Groups Protected by The Genocide Convention: Conflicting Interpretations From The International Criminal Tribunal For Rwanda,” *ILSA Journal of International & Comparative Law* 6 (2000): 382.

⁴² See, e.g., Lingaas, *Conceptualizing the National Group for the Crime of Genocide*: 244 referring also to Castells, *The Power of Identity*, 32.

⁴⁴ See some of the relevant discussions of the Ukrainian national identity/project in Volodymyr Kulyk, “National Identity in Time of War: Ukraine after the Russian Aggressions of 2014 and 2022,” *Problems of Post-Communism* (2023), <https://doi.org/10.1080/10758216.2023.2224571>; Timothy Snyder, “Ukraine Holds the Future,” *Foreign Affairs*, September 6, 2022, <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/ukraine-war-democracy-nihilism-timothy-snyder>; Yuval Noah Harari, “Why Vladimir Putin has already lost this war,” *The Guardian*, February 28, 2022, https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/feb/28/vladimir-putin-war-russia-ukraine?utm_source=dlvr.it&utm_medium=%5Btwitter%5D&utm_campaign=%5Brogue_corq%5D; “Historian Timothy Snyder: ‘History Is Always Plural,’” *RFERL*, June 20, 2015, <https://www.rferl.org/a/russia-ukraine-interview-bloodlands-timothy-snyder-history/27082683.html>; Timothy Snyder, “The War in Ukraine Has Unleashed a New Word,” *The New York Times Magazine*, April 22, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/04/22/magazine/ruscism-ukraine-russia-war.html>.

between national and ethnic identities, becomes more apparent when juxtaposed against the Soviet narratives related to the Ukrainian identities whose logic was further readopted by the modern Russian state and mirrored in the atrocities on the ground.

Previously described dichotomy between ethnic and national groups was rather intuitively grasped by Raphael Lemkin, the father of the term “genocide”, in his 1953 public address “Soviet genocide in Ukraine”, where Lemkin’s specifically referred to the Soviet atrocities against the Ukrainian *nation* as a “classic example” of genocide.⁴⁵

In Lemkin’s words, the Ukrainians differed from the Russians not only by culture, temperament, language, religion (i.e., features that, according to the above-described methodology, are more relevant to ethnic identities).⁴⁶ Ukrainians also maintained a sense of national unity, thought of themselves as Ukrainians and sought independence⁴⁷ (i.e., where the self-identification element of nations comes into play). For as long as this element is preserved – Lemkin argued – the Ukrainians posed a serious threat to the very idea of the Soviet state and the Russification process (i.e., imposition of the superior and dominant Russian identity) it foisted.⁴⁸ Soviet authorities openly declared that the existence of what the Soviet leaders labelled as “nationalism” was the “chief danger” for the Soviet Union.⁴⁹

However, as Lemkin proceeds, to eliminate this danger, the Soviets could not act in the way the Nazis acted against the Jews.⁵⁰ Since the Ukrainian nation was “too populous” for the blank efficient extermination, the Soviets needed to adopt a more sophisticated method of destruction.⁵¹ It involved targeting the segments that were critical for the survival of the nation, national idea and nationhood. Essentially, the plan encompassed the targeting of the three essential pillars: the nation’s brain (intelligentsia), its soul (clergy) and its body (peasantry) as those who were the main guardians of the national spirit (traditions, folklore, language and literature).⁵²

Coupled with the nation’s fragmentation by mixing identities, this tactic would have inevitably led to the absorption of the rest of the group into a new imagined “Soviet nation” or “Soviet people” with the

underlying Russian “master” identity absorbing or replacing the others.⁵³ If emblematic segments of the national group that preserved its culture, beliefs, common ideas, and a shared national project had been successfully eliminated, it would have resulted in the disappearance of the national group turning its members into merely “a mass of people.”⁵⁴

Lemkin’s contextualised analysis of the logic behind the Soviet tactics provides cues to the importance of distinguishing between national and ethnic identities. In this light, one can hardly argue that the Soviet regime aimed at eliminating the Ukrainians as an ethnic group. It can explain why, e.g., some Soviet leaders were of Ukrainian origin – an argument exploited by Russian President Putin to support the narrative of “historical unity” between Ukrainians and Russians.⁵⁵ It can also explain why – despite culturally suppressing the Ukrainian language and culture – the Soviets did not try to eradicate them or their holders instantly and entirely. Even during the most notorious years of the Soviet terror in the 1930s, Ukrainian education was still provided at schools, and the Ukrainian language was used in culture. This was only possible when viewed through the lens of “Soviet Ukrainianism,” i.e., exploiting Ukrainian ethnic attributes for the purposes of constructing the “Soviet nation” framework.

Its foundation was well summarised by the then First Secretary of the Communist Party of the USSR, Nikita Khrushchev, who described the Soviet Union as “a new historical community of people of different nationalities” forming “a new Soviet people” united by their “common socialist Motherland [...], a common economic base [...], a common social and class structure, a common outlook – Marxism-Leninism, a common goal – the construction of communism.”⁵⁶ This illustrates a Soviet attempt to construe a pseudo-national identity, a superstructure of preexisting ethnic identities, based on a “shared” Soviet communist project. Eliminating ethnic identities, including their linguistic and cultural features, then was not necessary for as long as they fit into or did not contradict the prevailing Soviet pseudo-national narrative taking Russian linguistic and cultural variables as a master basis.

⁴⁵ Raphael Lemkin. *Soviet Genocide in Ukraine* (The article in 33 languages) (Kyiv: Marko Melnyk Publishing House, 2020), 47, <https://holodomormuseum.org.ua/wp-content/uploads/2022/12/Lemkin.pdf>.

⁴⁶ Ibid., 48.

⁴⁷ Ibid., 47.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., 50.

⁵⁰ Ibid., 48.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid., 48–50.

⁵³ Ibid., 50–51.

⁵⁴ Ibid., 51.

⁵⁵ “Article by Vladimir Putin “On the Historical Unity of Russians and Ukrainians,” *President of Russia*, July 12, 2021, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>.

⁵⁶ Cited in “How Ukraine was made Soviet (and how Ukrainians resisted). The history of a nation that has not lost its identity in the “family of nations,” *The Village Ukraine*, February 7, 2024, <https://www.village.com.ua/village/knowledge/podcast/347523-ukrainian-history-street-2023-s02e15>.

While pretending to mimic the attributes of the national project, the “Soviet national identity” was pseudo-national since it lacked the two foundations defining the existence of a genuine national identity – consensual self-identification and cultural bedrock. It was not consensual due to its forceful – and most often violent – imposition on the holders of other national identities by the Soviet leadership. This identity originated not from a gradual and natural formation of the collective consciousness and self-identification which is typical to the formation of nations in the most usual historical settings, but rather from an imposed policy of a totalitarian government. The USSR did not aim at building a collective identity that was *supranational* whereby every national groups’ right to self-determination would be respected within the broader “Soviet” project. Soviet pseudo-national identity was primarily predatory in its essence: driven by the rule “replace other national identities or be ready to be displaced by them.” Neither was it based on the inherited cultural attributes shared by the group members: its central unifying idea was always limited to an essentially political ideology of communism. Cultural attributes could only survive when exploited for the support of this political ideology.

What was essential for the survival of this pseudo-national project was the elimination of competing genuine national projects that arose throughout the 19th-20th centuries. This included Ukrainian national aspirations that started to emerge, gaining momentum in the 19th century, and materialised and culminated in the Ukrainian independent statehood in 1917-1921 upon the collapse of the Russian empire.⁵⁷

In the Soviet leaders’ perception, Ukrainian nationalism posed a direct threat to the project of the construction of the “Soviet people”: one could not coexist while another was alive. Because the Ukrainian 20th century’s national aspirations were closely connected with a story of the short-lasting independence and struggle for the Ukrainian state (including active struggle against the Bolsheviks), sooner or later allowing for national aspirations to be cherished would have put the Soviet dominance of Ukraine under threat. This is arguably the reason why the policy of *Korenizatsiia* (“indigenisation”) and Ukrainisation implemented so actively during the first decade of the USSR’s existence, was later suspended, repealed and used to purge its most active promoters accused of fueling nationalism.⁵⁸

⁵⁷ See more about the Ukrainian revolution in Taras Hunczak, ed., *The Ukraine, 1917-1921: A Study in Revolution* (Harvard Ukrainian Research Institute, 1978), v, <https://diasporiana.org.ua/wp-content/uploads/books/22264/file.pdf>.

⁵⁸ Hennadii Yefimenko, “Korenization, Ukrainization, Nationalism,” *Suchasnist* 11 (2008): 46–52.

Once the USSR’s nationality policies started leading to not merely “the awakening of ethnic consciousness but the creation of an increasingly spontaneous and uncontrollable national assertiveness,” Soviet leadership realised the danger of the fall of the Soviet project and reacted by targeting any potential roots of the national aspirations.⁵⁹

Hence, in the Soviet leaders’ mindset, Ukrainian ethnic identity was not a threat of itself. For as long as Ukrainian culture, language, or traditions could be exploited for the promotion of the Soviet pseudo-national project and did not threaten it by promotion of the Ukrainian national aspirations, they did not create a danger and could be gradually brought in line with the dominant Russian narrative. The target was what differentiates nations from ethnic groups: preventing or eliminating the formation of any aspirations to pursue self-determination of the group members and their mutual identification with a shared national project (e.g., Ukrainian nationhood and independent statehood).

Effectively this Soviet vision was inherited by the Russian leadership and adjusted to the modern realities. Before launching the full-scale invasion of Ukraine on 24 February 2022, Russian President Vladimir Putin and his clique engaged in a complicated game of identities attempting to depict Russia’s expansionist narrative as having deep and “just” historical roots.⁶⁰ In the first place, Putin has consistently denied Ukrainians’ right, but even more – ability – to form and operate an independent state.⁶¹ In Putin’s vision, Ukrainians only possess the right to exist as a part of the “large Russian nation, triune people” uniting Russians, Malorussians [connotation of Ukrainians during the Russian empire times as being “inferior” to the Russians] and Belarussians [i.e., “White Russians”, Belarussians].⁶² Ukraine thus was regarded as “an inalienable part of [Russia’s] history, culture and spiritual space.”⁶³ Anyone trying to lay a claim to Ukrainian independence and self-determination separate from Russia was then labelled as infected

⁵⁹ George Liber, “Korenizatsiia: Restructuring Soviet nationality policy in the 1920s,” *Ethnic and Racial Studies* 15, no. 14 (1991): 21.

⁶⁰ See the analysis of this evolution in Clara Apt, “Russia’s Eliminationist Rhetoric Against Ukraine: A Collection,” *Just Security*, January 11, 2024, <https://www.justsecurity.org/81789/russias-eliminationist-rhetoric-against-ukraine-a-collection/>.

⁶¹ “Extracts from Putin’s speech on Ukraine”, *Reuters*, February 21, 2022, <https://www.reuters.com/world/europe/extracts-putins-speech-ukraine-2022-02-21/>.

⁶² “Article by Vladimir Putin “On the Historical Unity of Russians and Ukrainians,” *President of Russia*, July 12, 2021, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>; “Address by the President of the Russian Federation,” *President of Russia*, February 21, 2022, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67828>.

⁶³ “Article by Vladimir Putin “On the Historical Unity of Russians and Ukrainians,” *President of Russia*, July 12, 2021, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>.

by “the virus of nationalist ambitions” that Putin seemed to see as an existential threat to Russia that needs to be eliminated.⁶⁴

Already after the beginning of the invasion, Putin laid out his vision more expansively denying that Russia was attacking or eradicating Ukrainian linguistic or cultural attributes. In the first days of the full-scale invasion, Putin stated that he “[would] never give up his convictions that Russians and Ukrainians are one people, although [many Ukrainians] were duped by Nazi nationalist propaganda.”⁶⁵ Later Putin added that Ukrainian culture had “nothing to do with [the war]” and that “many [Russian] families know, hear and love Ukrainian songs, Ukrainian culture.”⁶⁶

In his vision, Ukrainian culture is to be distinguished from the policies of the incumbent Ukrainian government “supporting neo-Nazis.”⁶⁷ This position was echoed by Russian representatives before in the international fora, e.g., by the Russian delegation in the United Nations Security Council declaring that “[Russian] positive attitude to the Ukrainian people, culture and language [had] not changed” “since Ukrainians are [Russian] brothers and friends.”⁶⁸ Instead, according to them, what Russia is trying to “cauterize in Ukraine is its burgeoning neo-Nazism and nationalism.”⁶⁹

Therefore, to promote plausible deniability of targeting the Ukrainian national identity, Russian authorities exploit the use of Ukrainian cultural symbols, e.g., traditional clothes or folk songs in propaganda campaigns,⁷⁰ and construct the narrative of the “inevitable spiritual unification” of the Russian and Ukrainian peoples.⁷¹ Yet, for as long as Ukrainian

national aspirations exist independently, they create a threat to be eliminated both culturally and physically. In the words of Dmitry Medvedev, the Deputy Chairman of the Russian Security Council, the existence of Ukraine, “absolutely any form of Ukraine” “on the historical Russian territories,” “not just “the Banderite political regime,” “is deadly for Ukrainians [since it] will be a constant pretext for the resumption of hostilities.”⁷²

Therefore, the modern Russian regime’s vision of the Ukrainian identities’ interplay is reminiscent of the Soviet logic. Both are based on several postulates. Ukrainian national identity, project, and group respectively have no right to exist since they threaten Soviet and Russian (neo-)colonial projects. Instead, genuine national identity has to be replaced by pseudo-national identities (either of the “Soviet nation or people” or “triune Russian people,” i.e., “Greater Russia) lacking both cultural foundations and members’ consensus (being imposed by authoritarian rule) – the two lenses through which modern nations are viewed. Ukrainians can only subsist as an ethnic sub-component of the pseudo-national project for as long as the attributes of their ethnicity (e.g., language, culture, traditions) promote or at least do not threaten the survival of the colonial and pseudo-national projects. As soon as they become emblematic of nationhood or – objectively or perceivably – are exploited for its promotion, such attributes come under the attack too (e.g., Ukrainian language as a symbol of resistance versus Ukrainian language for the Russian propaganda purposes).

These lenses illustrate how – when contextualised in particular situations on the ground – the notions of protected groups under the Genocide Convention should be distinguished. The object of Soviet and Russian violence can only be properly understood and characterised through the dichotomy of ethnic and national identities. This, in turn, highlights the relevance of a multidisciplinary approach to defining legal concepts rooted deeply in anthropology and studied by other non-legal disciplines.

Conclusion

Defining and delimitating protected groups remains one of the most challenging interpretative endeavors related to the elements of the crime of genocide. Not only have these challenges been often omitted in the debates on the genocide indicators in Ukraine and in legal commentaries more broadly, but the legacy of disciplines outside the legal field,

⁶⁴ “Article by Vladimir Putin “On the Historical Unity of Russians and Ukrainians,” *President of Russia*, July 12, 2021, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>; “Address by the President of the Russian Federation,” *President of Russia*, February 21, 2022, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67828>.

⁶⁵ “Meeting with permanent members of the Security Council,” *President of Russia*, March 3, 2022, <http://kremlin.ru/events/president/news/67903>.

⁶⁶ “Vladimir Putin answered questions from journalists,” *President of Russia*, October 14, 2022, <http://kremlin.ru/events/president/news/69604>.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ UN Security Council, *The Record of the 9069th Meeting* (21 June 2022), UN Doc. No. S/PV.9069, p. 21, <https://undocs.org/en/S/PV.9069>.

⁶⁹ UN Security Council, 9069th meeting notes (21 June 2022), UN Doc. No. S/PV.9069, p. 21, <https://undocs.org/en/S/PV.9069>.

⁷⁰ Anastasia Platonova and Svyatoslav Khomeiko, “A Ukrainian woman found a photo of herself with children wearing embroidered shirts on a billboard in support of the annexation of Kherson,” *BBC*, August 26, 2022, <https://www.bbc.com/russian/features-62687256>; “Traitor Povaliy sang a Ukrainian folk song to the day of “Military Glory of the Russian Federation,”” *RBK Ukraine*, September 20, 2023, <https://www.rbc.ua/rus/stylert/zradnitsya-povaliy-zaspivala-ukrayinsku-narodnu-1695222469.html>.

⁷¹ “Putin pointed to the inevitable spiritual reunification of Russia and Ukraine,” *Izvestia*, March 6, 2024, <https://iz.ru/1661359/2024-03-06/putin-nazval-neizbezhnym-dukhovnoevossoedinenie-rossii-i-ukrainy>.

⁷² Iryna Balachuk, “Medvedev states Russia will never leave Ukraine be,” *Ukrainska Pravda*, January 17, 2024, <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2024/01/17/7437637/>.

including anthropology, has been consistently dismissed in the interpretative process.

Taking Ukrainian identities as a case study, this article highlighted nuances in distinguishing between two protected groups – national and ethnic. While contemporary international law commentaries and jurisprudence approach the definitions of both groups rather fragmentedly and inconsistently, their careful analysis warrants several major conclusions. First, while group identities may overlap and not require clear distinction in every case, autonomous interpretation of their essence remains relevant and necessary for interpreting the Genocide Convention effectively, avoiding gaps and preventing arbitrarily broad judicial discretion. Second, both national and ethnic groups can be defined by shared cultural bonds of traditions, languages, heritage, etc. At the same time, despite their similarities, each group possesses a clearly distinct core. For national groups, state citizenship must not be a factor defining its essence, and broader socio-cultural considerations must be taken into account.

Multidisciplinary approach involving an anthropological analysis can remedy the gaps in legal interpretations. Both national and ethnic groups, apart from being legal concepts under the Genocide Convention, also constitute living human communities evolving and functioning in historical, social and political settings and continuity. Therefore, contemporary anthropology views ethnic groups as culturally centered, while national groups are defined by a comparatively higher level of self-determination. Modern nations combine both cultural (origin,

traditions, way of living) and consensual or civic (shared vision and national projects, mutual recognition and self-identification) elements to varying degrees. National groups can emerge based on a shared ethnic core but can also view ethnic origin as irrelevant for defining the membership in a nation. In the context of Ukraine, Ukrainian ethnic and national identities, despite being inevitably connected, form distinguishable concepts. Modern Ukrainian national identity exploits the elements of ethnic attributes (such as language and culture) to shape a “national project”, yet also unites people of different ethnic or linguistic backgrounds.

This dichotomy of identities can be illustrated by the Soviet and Russian identity narratives. Neither the USSR, nor modern Russia seem to have aimed at the (complete) eradication of the Ukrainian ethnic attributes. Instead, both Soviet and Russian regimes have viewed the genuine Ukrainian national identity that has emerged and materialised throughout the last two centuries as a threat to the (neo-)colonial projects. This threat could be eliminated through forceful and usually violent displacement of genuine national aspirations by pseudo-national identities that have been neither culturally founded nor arose consensually. In this way, it was declared that Ukrainians might survive as an ethnic sub-component of the “Greater” Soviet or Russian people, yet do not possess a right to their own national self-determination. This interpretation of identity narratives explains how – despite common traits that national and ethnic groups may possess – the two form distinct entities as legal and anthropological concepts.

Bibliography

- Abtahi, Hirad, and Philippa Webb. *The Genocide Convention: the travaux préparatoires*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Antonovych, Myroslava. “The Holodomor-Genocide and the Ongoing Russian Genocide in Ukraine: Intent, Victims and Perpetrators.” *Saar Expert Papers* (2023). https://jean-monnet-saar.eu/wp-content/uploads/2023/02/Genocide_Ukraine.pdf.
- Apt, Clara. “Russia’s Eliminationist Rhetoric Against Ukraine: A Collection.” *Just Security*, January 11, 2024. <https://www.justsecurity.org/81789/russias-eliminationist-rhetoric-against-ukraine-a-collection/>.
- Azarov, Denys, Dmytro Koval, Gaiane Nuridzhanian, and Volodymyr Venher. “Understanding Russia’s Actions in Ukraine as the Crime of Genocide.” *Journal of International Criminal Justice* 21, no. 2 (2023): 233–64. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqad018>.
- Balachuk, Iryna. “Medvedev states Russia will never leave Ukraine be.” *Ukrainska Pravda*, January 17, 2024. <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2024/01/17/7437637/>.
- Breuilly, John. *Nationalism and the State*. Manchester, UK: Manchester University Press, 1982.
- Castells, Manuel. *The Power of Identity*. 2nd ed. Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell, 2010.
- Deutsch, Karl W. *International Political Communities: An Anthology*. Doubleday Garden City, 1966.
- Eley, Geoff, and Ronald Grigor Suny, eds. *Becoming National: A Reader*. New York: Oxford University Press, 1996.
- Garner, Renaud-Philippe. “Nationalism.” *Oxford Research Encyclopedia of Politics* (2022, May 18). <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.2039>.
- Gellner, Ernest. *Nations and Nationalism*. Oxford, UK, and Cambridge, USA: Blackwell, 1983.
- Harari, Yuval Noah. “Why Vladimir Putin has already lost this war.” *The Guardian*, February 28, 2022. https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/feb/28/vladimir-putin-war-russia-ukraine?utm_source=d1vr.it&utm_medium=%5Btwitter%5D&utm_campaign=%5Brogue_corq%5D.
- Hunczak, Taras, ed. *The Ukraine, 1917-1921: A Study in Revolution*. Harvard Ukrainian Research Institute, 1978. <https://diasporiana.org.ua/wp-content/uploads/books/22264/file.pdf>.
- Ioffe, Yuliia. “Forcibly Transferring Ukrainian Children to the Russian Federation: A Genocide?” *Journal of Genocide Research* 25, no. 3–4 (2023): 315–51. <https://doi.org/10.1080/14623528.2023.2228085>.
- Izvestia. “Putin pointed to the inevitable spiritual reunification of Russia and Ukraine.” *Izvestia*, March 6, 2024. <https://iz.ru/1661359/2024-03-06/putin-nazval-neizbezhnym-dukhovnoe-vossoedinenie-rossii-i-ukrainy>.
- Jennings, Robert, and Arthur Watts. *Oppenheim’s International Law. Volume 1: Peace*. 9th ed. Oxford University Press, 2008.
- Jordash, Wayne. “Genocide in Ukraine.” *Ukrainska Pravda*, March 28, 2023. <https://www.pravda.com.ua/columns/2023/03/28/7395377/>.

- Keating, Michael. *Nations against the State: The New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia, and Scotland*. New York: St. Martin's Press, 1995.
- Kreß, Claus. "The Crime of Genocide under International Law." *International Criminal Law Review* 6 (2006): 461–502.
- Kulyk, Volodymyr. "National Identity in Time of War: Ukraine after the Russian Aggressions of 2014 and 2022." *Problems of Post-Communism* (2023): 1–13. <https://doi.org/10.1080/10758216.2023.2224571>.
- Lemberg, Eugen. *Nationalismus. Bd. 1: Psychologie und Geschichte*. Rowohlt Reinbek, 1964.
- Liber, George. "Korenizatsiia: Restructuring Soviet nationality policy in the 1920s." *Ethnic and Racial Studies* 14, no. 1 (1991): 15–23.
- Lingaas, Carola. "Imagined Identities: Defining the Racial Group in the Crime of Genocide." *Genocide Studies and Prevention* 10, no. 1 (2016): 79–106. <http://dx.doi.org/10.5038/1911-9933.10.1.1377>.
- . "Conceptualizing the National Group for the Crime of Genocide: Is Law Able to Account for Identity Fault Lines?" *Nationalities Papers* 49, no. 2 (2021): 240–61. <https://doi.org/10.1017/nps.2020.5>.
- . "Religious Group Identities in Genocide: Social Identity Theory as a Tool for Disentangling Law and Religion." *Nordic Journal of Human Rights* 39, no. 4 (2021): 440–57. <https://doi.org/10.1080/18918131.2021.2015148>.
- Lisson, David. "Defining 'National Group' in the Genocide Convention: A Case Study of Timor-Leste." *Stanford Law Review* 60, no. 5 (2008): 1459–96.
- Marchuk, Iryna, and Aloka Wanigasuriya. "Beyond the False Claim of Genocide: Preliminary Reflections on Ukraine's Prospects in Its Pursuit of Justice at the ICJ." *Journal of Genocide Research* 25, no. 3–4 (2022): 256–78. <https://doi.org/10.1080/14623528.2022.2143528>.
- Mettraux, Guenael. *International Crimes: Law and Practice. Volume I: Genocide*. Oxford University Press, 2019.
- New Lines Institute for Strategy and Policy and Raoul Wallenberg Centre for Human Rights. *An Independent Legal Analysis of the Russian Federations' Breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the Duty to Prevent* (May 2022). <https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/An-Independent-Legal-Analysis-of-the-Russian-Federations-Breaches-of-the-Genocide-Convention-in-Ukraine-and-the-Duty-to-Prevent-1-2.pdf>.
- Platonova, Anastasia, and Svyatoslav Khomenko. "A Ukrainian woman found a photo of herself with children wearing embroidered shirts on a billboard in support of the annexation of Kherson." *BBC*, August 26, 2022. <https://www.bbc.com/russian/features-62687256>.
- President of Russia. "Article by Vladimir Putin 'On the Historical Unity of Russians and Ukrainians.'" *President of Russia*, July 12, 2021. <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>.
- . "Address by the President of the Russian Federation." *President of Russia*, February 21, 2022. <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67828>.
- . "Meeting with permanent members of the Security Council." *President of Russia*, March 3, 2022. <http://kremlin.ru/events/president/news/67903>.
- . "Vladimir Putin answered questions from journalists." *President of Russia*, October 14, 2022. <http://kremlin.ru/events/president/news/69604>.
- Prosecutor v. Goran Jelisić* (Trial Judgement), IT-95-10-T, 14 December 1999. <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/1999/en/33140>.
- Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, 2 September 1998. <https://www.refworld.org/cases/ICTR,40278/fbb4.html>.
- Prosecutor v. Jević* (Verdict), X-KR-09/823-1, 22 August 2012. <https://www.legal-tools.org/doc/288d85/pdf/>.
- Prosecutor v. Radislav Krstić* (Trial Judgment), IT-98-33-T, 2 August 2001. <https://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>.
- Radio Free Europe/Radio Liberty. "Historian Timothy Snyder: 'History Is Always Plural.'" *Radio Free Europe/Radio Liberty*, June 20, 2015. <https://www.rferl.org/a/russia-ukraine-interview-bloodlands-timothy-snyder-history/27082683.html>.
- Raphael Lemkin. *Soviet Genocide in Ukraine* (article in 33 languages), edited by Roman Serbyn; compiled by Olesia Stasiuk. Kyiv: Marko Melnyk Publishing House, 2020. <https://holodomormuseum.org.ua/wp-content/uploads/2022/12/Lemkin.pdf>.
- RBK Ukraine. "Traitor Povaliy sang a Ukrainian folk song to the day of 'Military Glory of the Russian Federation.'" *RBK Ukraine*, September 20, 2023. <https://www.rbc.ua/rus/stylar/zradnitsya-povaliy-zaspivala-ukrayinsku-narodnu-1695222469.html>.
- Reuters. "Extracts from Putin's speech on Ukraine." *Reuters*, February 21, 2022. <https://www.reuters.com/world/europe/extracts-putins-speech-ukraine-2022-02-21/>.
- Ruhashyankiko, Nicodème, UN Economic and Social Council. *Study of the question of the prevention and punishment of the crime of genocide*, UN Doc. No. E/CN.4/Sub.2/416 (4 July 1978). <https://digitallibrary.un.org/record/663583?v=pdf>.
- Schabas, William A. "Groups Protected by The Genocide Convention: Conflicting Interpretations from The International Criminal Tribunal For Rwanda." *ILSA Journal of International & Comparative Law* 6 (2000): 375–87.
- . *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*. 2nd ed. Cambridge University Press, 2009.
- Singer, Brian C. J. "Cultural versus Contractual Nations: Rethinking Their Opposition." *History and Theory* 35, no. 3 (1996): 309–337.
- Snyder, Timothy. "The War in Ukraine Has Unleashed a New Word." *The New York Times Magazine*, April 22, 2022. <https://www.nytimes.com/2022/04/22/magazine/ruscism-ukraine-russia-war.html>.
- . "Ukraine Holds the Future." *Foreign Affairs*, September 6, 2022. <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/ukraine-war-democracy-nihilism-timothy-snyder>.
- Tams, Christian J., Lars Berster, and Björn Schiffbauer. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*. C.H. Beck, 2014.
- The Village Ukraine. "How Ukraine was made Soviet (and how Ukrainians resisted). The history of a nation that has not lost its identity in the 'family of nations.'" *The Village Ukraine*, February 7, 2024. <https://www.village.com.ua/village/knowledge/podcast/347-523-ukrainian-history-street-2023-s02e15>.
- Thiam, Demba. *Fourth report on the draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, UN Doc. A/CN.4/398, 11 March 1986. <https://digitallibrary.un.org/record/117074>.
- UN Economic and Social Council, Ad Hoc Committee on Genocide. *Commentary on Articles Adopted by the Committee*, UN Doc. No. E/AC.25/W.1 (26 April 1948).
- UN General Assembly, 20th session, 3rd Committee. *Official Records of the 1304th Meeting*, UN Doc. A/C.3/SR.1304 (14 October 1965). <https://digitallibrary.un.org/record/806678?v=pdf>.
- UN General Assembly. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, UN Treaty Series 277, vol. 78 (9 December 1948).
- UN Security Council. *The Record of the 9069th Meeting* (21 June 2022), UN Doc. No. S/PV.9069. <https://undocs.org/en/S/PV.9069>.
- Von Bogdandy, Armin, and Stefan Häußler. "Nations." *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. 2019.
- Woodwell, Douglas. *Nationalism in International Relations: Norms, Foreign Policy, and Enmity*. Palgrave Macmillan, 2007. (Advances in Foreign Policy Analysis).
- Yefimenko, Hennadii. "Korenization, Ukrainization, Nationalism." *Suchasnist* 11 (2008): 46–52.

Віщик М. А.

ВИЗНАЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ТА ЕТНІЧНИХ ГРУП У КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНУ ГЕНОЦИДУ ТА ПОКАРАННЯ ЗА НЬОГО КРІЗЬ ПРИЗМУ РАДЯНСЬКИХ І РОСІЙСЬКИХ НАРАТИВІВ ПРО УКРАЇНСЬКУ ІДЕНТИЧНІСТЬ

Дискусії про геноцидний характер російських діянь в Україні допомогли виявити багато сірих зон і прогалин у правових елементах злочину геноциду. Однак сучасний правовий аналіз сконцентрований здебільшого на сутності та особливостях ключового елемента злочину, тобто на умислі (намірі) знищити групу повністю або частково. Питання ж визначення та осмислення ймовірного об'єкта знищення, тобто самих захищених груп, залишається значною мірою не дослідженим. Навіть поза українським контекстом ця проблема є типовою для сучасної доктрини та судової практики в міжнародному кримінальному праві, які надають доволі поверховий чи навіть суперечливий аналіз концепцій захищених груп без ретельного вивчення здобутків інших наук, що зосереджуються на людських ідентичностях, як-от антропология. Метою цієї статті є усунути такі прогалини, дослідивши дихотомію між національними та етнічними групами в Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього крізь призму радянських і російських наративів стосовно української ідентичності.

У статті узагальнено стан сучасної міжнародно-правової доктрини та судової практики щодо визначення захищених груп, а також пов'язані з ними прогалини та неузгодженості. Крім того, у ситуаціях, де право нездатне дати характеристику захищеним групам, розглянуто складні питання визначення та розмежування груп крізь призму сучасної антропологии. У статті наголошено на важливості мультидисциплінарного та контекстуалізованого застосування правових концепцій щодо злочину геноциду, беручи до уваги значення, які їм надають інші галузі науки, зосереджені на груповій ідентичності та міжгруповій динаміці. Аналіз показує відмінність сутності націй та етнічних груп. Нації визначено як складні спільноти, що характеризуються не лише культурними зв'язками (як етнічні групи), а й суб'єктивним глибшим самоусвідомленням членів нації як частини єдиної спільноти і національного проекту. Врешті, автор застосовує наукові результати до контексту радянських і російських наративів про українську ідентичність, які демонструють дихотомію між національними та етнічними групами. За результатами дослідження автор пояснює, чому розуміння логіки та політики винищення, якими керувався радянський режим і які використовує Російська Федерація сьогодні, можливе лише крізь призму національної і псевдонаціональної ідентичності, у якій етнічна належність могла відігравати лише другорядну роль.

Ключові слова: міжнародне кримінальне право, геноцид, захищені групи, національні групи, етнічні групи.

Матеріал надійшов 14.04.2024



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Голєв О. Є.

<https://orcid.org/0000-0002-4966-978X>

РОЗМЕЖУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ СУДОВОЇ ВЛАДИ ТА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ У ЗАСТОСУВАННІ КОНСТИТУЦІЇ ЯК АКТА ПРЯМОЇ ДІЇ

Однією з умов ефективної взаємодії між органами судової влади та Конституційним Судом України є чітке визначення та розмежування їхніх повноважень під час застосування Конституції України як акта прямої дії. Це дасть змогу уникнути дублювання повноважень, а відтак сприятиме забезпеченню злагодженої діяльності зазначених органів та правової визначеності. Тому у статті досліджено проблеми, пов'язані з розмежуванням повноважень органів судової влади та Конституційного Суду України під час застосування Конституції України як акта прямої дії.

Значну увагу приділено змінам до Конституції України 2016 року (щодо правосуддя) та реформі процесуального законодавства наприкінці 2017 року. Ці зміни запровадили новий механізм безпосереднього застосування органами судової влади Конституції України і, як наслідок, сформували нові виклики не тільки у взаємодії органів судової влади та Конституційного Суду України, але й у розмежуванні їхніх повноважень. У контексті цих змін автор обґрунтовує різницю між повноваженнями з перевірки правових актів на суперечність, відповідність Конституції України та конституційність, у зв'язку з чим виокремлено характерні риси реалізації цих повноважень: підстави, уповноважений суб'єкт, правові наслідки. На підставі цього зроблено спробу сформулювати власне визначення відповідних повноважень.

Доведено необхідність переглянути позицію про те, що органи судової влади наділені повноваженнями визнавати такими, що не відповідають Конституції України, акти, щодо яких Конституційний Суд України не здійснює перевірки в межах конституційного провадження.

Ключові слова: конституційність, відповідність Конституції, суперечність Конституції, правосуддя, конституційне провадження.

Постановка проблеми. Однією із засад Конституції України (далі – Конституція або Основний Закон) є закріплення принципу її прямої дії. Національна формула прямої дії Конституції розкривається через положення про те, що її норми є нормами прямої дії, а звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Основного Закону гарантується¹. Для реалізації цієї засади на органи судової влади покладається обов'язок в усіх необхідних випадках застосовувати Основний Закон як акт прямої дії. Ефективність виконання такого обов'язку залежить від різних чинників. Наприклад, С. Різник виділяє конструктивну взаємодію Конституційного Суду України (далі – Конституційний Суд) та Верховного Суду як між собою, так і з суддями судів

різних спеціалізацій та інстанцій². Однією з умов ефективності такої взаємодії є розмежування повноважень зазначених суб'єктів, що дасть змогу уникнути їх дублювання. Як наслідок, це сприятиме правовій визначеності та злагодженій діяльності, яка має на меті утвердження Конституції як акта прямої дії. Тому не випадково В. Лемак серед проблем безпосереднього застосування Конституції виділяє розмежування конституційних повноважень Конституційного Суду і судів системи судоустрою. Останні застосовують норми Конституції безпосередньо, однак з урахуванням і тих норм Конституції, які розмежовують повноваження органів судової влади та Конституційного Суду³.

² Сергій Різник, «Застосування судами України презумпції конституційності під час здійснення правосуддя», у *Застосування судами Конституції України: доктрина і практика* (Київ: ВАІТЕ, 2022), 227, <https://cutt.ly/I5zOHqc>.

³ Василь Лемак, «Безпосереднє застосування судами Конституції України: основні проблеми», у *Застосування судами Конституції України: доктрина і практика* (Київ: ВАІТЕ, 2022), 79, <https://cutt.ly/I5zOHqc>.

¹ Верховна Рада України, *Конституція України*, ухвалено 28 червня 1996, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.

Отже, у сучасній правовій науці та практиці актуальності набуло не лише питання взаємодії між органами судової влади та Конституційним Судом у застосуванні Конституції, але й питання розмежування їхніх повноважень. Тому за **мету статті** поставлено розмежувати повноваження органів судової влади та Конституційного Суду під час застосування Конституції як акта прямої дії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми, пов'язані з повноваженнями органів судової влади та Конституційного Суду, привертають увагу науковців. Наприклад, В. Лемак досліджував безпосереднє застосування судами Конституції. О. Ободовський аналізував особливості застосування судом норм Конституції замість положень правового акта, що суперечать їй. С. Різник присвятив дисертаційне дослідження темі конституційності нормативних актів, її сутності та методології оцінювання. Окремі аспекти застосування Конституції як акта прямої дії вивчали також А. Рибачук, М. Савчин, М. Мельник та ін. Проте згадані дослідження не приділяють достатньої уваги проблемі розмежування повноважень органів судової влади та Конституційного Суду під час застосування Конституції як акта прямої дії.

Виклад основного матеріалу

1. Конституційна реформа правосуддя 2016–2017 років та її вплив на розмежування повноважень органів судової влади та Конституційного Суду

Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» набрав чинності 30 вересня 2016 року⁴. З цього часу в Конституції вже немає згадки про Конституційний Суд як єдиний орган конституційної юрисдикції. У зв'язку з цим деякі фахівці висловили побоювання щодо можливої підміни судами виключних повноважень Конституційного Суду. Зокрема, суддя Конституційного Суду України М. Мельник висловив окрему думку, згідно з якою це може призвести до збільшення випадків виходу судами за межі їхньої компетенції та створити додаткові перешкоди для належної реалізації виключних завдань конституційної юстиції, а в підсумку – до обмеження прав і свобод людини і громадянина⁵.

⁴ Верховна Рада України, *Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)*, Закон України 1401-VIII, ухвалено 2 червня 2016, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#Text>.

⁵ Конституційний Суд України, *Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України*, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc01d710-16#Text>.

Ще більшої гостроти питання належної реалізації виключних завдань конституційної юстиції набуло після набрання чинності 15 грудня 2017 року новими редакціями Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК), Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК), Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС). У нових редакціях статей 7 КАС, 10 ЦПК, 11 ГПК передбачено:

Якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції як норми прямої дії.

У такому випадку суд після винесення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції Конституційного Суду України⁶.

У порівнянні з попереднім процесуальним законодавством нові редакції кодексів не передбачають наявності «спору» чи «сумніву» у відповідності правового акта Конституції як підстави зупинення провадження та проведення інцидентного конституційного контролю. Раніше такий контроль полягав у тому, що після зупинення провадження у справі суди зверталися до Верховного Суду України для того, щоб він вирішив питання про направлення конституційного подання до Конституційного Суду. І лише після перевірки конституційності правового акта суди відновлювали розгляд справи. Проте, як бачимо в наведених редакціях процесуальних кодексів, нові норми надали правового значення «висновку про суперечність» замість «сумніву у відповідності» правового акта Конституції, який став безпосередньою підставою для застосування Конституції як акта прямої дії.

Такі зміни не мали повсюдної підтримки, про що свідчить їх бурхливе обговорення на пленарному засіданні парламенту. Зокрема, деякі з народних депутатів вкрай негативно оцінювали наслідки надання судам зазначених повноважень. Наприклад, С. Власенко стверджував,

⁶ Верховна Рада України, *Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів*, Закон України 2147-VIII, ухвалено 3 жовтня 2017, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147a-19#Text>.

що це функція, яка їм не належить взагалі⁷. Своє незадоволення щодо такого правового регулювання висловили окремі представники наукової спільноти. Зокрема, М. Савчин зазначив:

Нове процесуальне законодавство встановлює доволі абсурдні правила застосування Конституції України як норми прямої дії, фактично заперечуючи сутність такого принципу. Адже немає сенсу вносити до КСУ конституційне подання після того, як загальний суд вирішить справу по суті. Загалом пряма дія конституції не означає вирішення питання про конституційність положень закону, яке має застосувати загальний суд і воно має істотне значення для вирішення справи по суті. Таке питання може вирішити лише конституційний суд⁸.

Слід погодитися з тим, що питання конституційності правових актів може вирішувати виключно Конституційний Суд. Однак чи заперечують нові редакції ЦПК, ГПК та КАС цей висновок? Відповідь – ні, не заперечують, а навпаки – чітко закріплюють, що питання конституційності правових актів вирішує Конституційний Суд. Відтак висновок про *«абсурдність правил застосування Конституції України»* видається недостатньо переконливим. Що ж до самого конституційного подання, то сенс його направлення в тому, щоб після висновку суду про суперечність правового акта Конституції Конституційний Суд перевірів його конституційність. Визнання такого акта конституційним у подальшому є підставою для перегляду справи, в якій суд не застосував цей акт, за виключними обставинами в цивільному, господарському та адміністративному судочинстві⁹.

Наведене дає змогу зробити висновок, що описаний механізм створив нормативні передумови для злагодженої взаємодії органів судової влади та Конституційного Суду на різних етапах застосування Основного Закону. Однак

якісне виконання покладених на кожного з цих суб'єктів завдань потребує розмежування їхніх повноважень. Адже твердження про те, що *«немає сенсу вносити до КСУ конституційне подання після того, як загальний суд вирішить справу по суті»*, а також про те, що *«судам передається функція, яка їм не належить взагалі»*, свідчать щонайменше про недостатню увагу до питання розмежування повноважень органів судової влади та Конституційного Суду у застосуванні Конституції як акта прямої дії.

2. Повноваження щодо перевірки правового акта на відповідність та суперечність Конституції, а також конституційність

Поставлена в цій статті мета зумовила необхідність з'ясування, чи згадані в Конституції та процесуальному законодавстві поняття *«(не)суперечність»*, *«(не)відповідність»* та *«(не)конституційність»* є однаковими за змістом, чи ні. Це питання є важливим, оскільки у разі їх ототожнення відбувається перебирання або щонайменше плутанина між повноваженнями органів судової влади та Конституційного Суду, що є неприпустимим.

На відміну від слова *«конституційність»*, яке має виразні риси професійної лексики, слова *«суперечність»* та *«відповідність»* знають усі носії української мови, а тому вони є загальноповживаними. Тлумачний словник української мови пропонує розуміти *«суперечність»* як становище, при якому що-небудь одне виключає інше, **не сумісне** з ним або протилежне йому; **невідповідність** чого-небудь чомусь. *«Відповідність»* же трактується як узгодженість між чим-небудь або повна подібність до кого-, чого-небудь, цілковита схожість у чомусь¹⁰. У такому контексті семантичне значення (не)суперечності та (не)відповідності практично тотожне. Проте якщо ці поняття, на перший погляд, настільки схожі, то залишається незрозумілим, чому конституцієдавець не забезпечив їх уніфікацію під час прийняття Конституції, в якій є випадки використання як одного, так і іншого поняття. Адже уніфікованість термінології – це одна з головних вимог під час розроблення юридичних текстів. З огляду на це виникає потреба встановити, чи набувають ці загальноповживані слова особливого конституційно-правового змісту, який відрізняється від їх звичного використання. Якщо набувають, то якого, і яке місце серед них займає конституційність.

⁷ Олександр Ободовський, «Про застосування судом норм Конституції України замість положень правового акта, що суперечать їй», *Вісник Конституційного Суду України* 3/2018 (2018): 180–181, <https://cutt.ly/q5G1rvI>.

⁸ Михайло Савчин, *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму* (Ужгород: РІК-У, 2018), <https://cutt.ly/A7NYUCt>.

⁹ Пункт 1 частини п'ятої статті 361 КАС України, пункт 1 частини третьої статті 423 ЦПК України та пункт 1 частини третьої статті 320 ГПК України передбачають таку підставу для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами, як *«встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, якщо рішення суду це не виконане»*.

¹⁰ Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980), <http://sum.in.ua/p/9/846/1>.

Слід зауважити, що спроба визначити конституційно-правові відмінності між (не)суперечністю та (не)відповідністю здійснюється не вперше. Наприклад, М. Мельник вже висловив думку, що визнання правового акта таким, що не **відповідає** Конституції, та встановлення факту його **суперечності** Конституції – поняття з неоднаковим змістом¹¹. Розвиваючи такий підхід, зауважимо, що поняття «суперечність» у значенні несумісності правових актів із Конституцією використано в її тексті п'ять разів (виокремлення наше. – О. Г.):

1) «Укладення міжнародних договорів, які **суперечать Конституції України**, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України» (частина 2 статті 9 Конституції). Натомість до повноважень Конституційного Суду належить надання висновку **про відповідність Конституції** чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість (частина 1 статті 151 Конституції).

2) «Рішення голів місцевих державних адміністрацій, що **суперечать Конституції та законам України**, іншим актам законодавства України, можуть бути відповідно до закону скасовані Президентом України або головою місцевої державної адміністрації вищого рівня» (частина 8 статті 118 Конституції). До повноважень Конституційного Суду взагалі не належить перевірка актів місцевих органів виконавчої влади.

3) «Нормативно-правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим та рішення Ради міністрів Автономної Республіки Крим не можуть **суперечити Конституції...**» (частина 2 статті 135 Конституції). Натомість з мотивів **невідповідності нормативно-правових актів** Верховної Ради Автономної Республіки Крим Конституції та законам Президент України може зупинити дію цих актів з одночасним зверненням до Конституційного Суду щодо їх **конституційності** (частина 2 статті 137 Конституції).

4) «Конституційний Суд України вирішує питання **про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі**

закон України суперечить Конституції України» (стаття 151-1 Конституції). Із цієї статті випливає, що питання **відповідності законів України** Конституції вирішує Конституційний Суд, а особа, яка звертається з такою скаргою, робить висновок про суперечність цього закону Конституції. Цей приклад є особливо важливим, оскільки підтверджує правонаступність і не випадковість розмежування понять «(не)відповідність» та «(не)суперечність». Адже стаття 151-1 з'явилася в Конституції лише після набрання чинності у 2016 році Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», тобто через 20 років після прийняття Основного Закону.

5) «Законои та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними у частині, що не **суперечить Конституції України**» (пункт 1 Перехідних положень Конституції).

Щодо останнього прикладу, то М. Мельник цілком слушно зазначив таке:

...Для втрати чинності акта на підставі пункту 1 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України необхідні лише дві умови: 1) прийняття такого акта до 28 червня 1996 року; 2) його суперечність Конституції України. Тобто, такий акт втрачає чинність на підставі факту прийняття іншого акта вищої юридичної сили (Конституції України), якому він суперечить. Жодних інших умов, у тому числі обов'язкового підтвердження такого факту будь-яким органом державної влади, зокрема Конституційним Судом України, Основний Закон України як акт прямої дії не передбачає.

Цей порядок суттєво відрізняється від встановленого для втрати чинності неконституційними правовими актами, прийнятими після набуття чинності Конституцією України, що відбувається лише з дня прийняття відповідного рішення Конституційним Судом України¹².

Наведений огляд дає змогу констатувати, що в Конституції немає випадків, коли встановлення суперечності правового акта Конституції віднесено до юрисдикції Конституційного Суду. Немає такого повноваження і в профільному Законі України «Про Конституційний Суд України»¹³. Натомість перевірка правових актів на відповідність Конституції пов'язується виключно з повноваженнями Конституційного Суду. Аргументом

¹¹ Конституційний Суд України, *Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п'ятої статті 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій)*, 8 вересня 2016, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc06d710-16#n2>.

¹² Там само.

¹³ Верховна Рада України, *Про Конституційний Суд України*, Закон України 2136-VIII, ухвалено 13 липня 2017, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>.

на користь цього твердження є, наприклад, стаття 150 Конституції, яка наділяє Конституційний Суд повноваженням вирішувати питання про відповідність Конституції (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

В інших випадках, коли Конституція визначає повноваження Конституційного Суду, також згадується лише поняття «відповідність», «конституційність». Тому, на відміну від встановлення суперечності, перевірка на відповідність правового акта Конституції завжди супроводжується встановленням конституційності, що свідчить про їх тотожність. Підтверджує цей висновок і будь-яке рішення чи висновок Конституційного Суду, в якому здійснено перевірку правових актів. У резолютивній частині таких актів поруч із висновком про (не)відповідність Конституції правового акта в дужках Суд завжди вказує на його (не)конституційність.

До зміни процесуального законодавства у 2017 році суди¹⁴ висловлювали сумнів або констатували спір щодо відповідності правового акта Основному Закону. Однак цей сумнів не трансформувався у висновок, а виявлений спір судами не вирішувався. Адже його вирішення було і залишається у виключній юрисдикції Конституційного Суду. Тому і сьогодні ЦПК, ГПК та КАС покладають повноваження щодо перевірки конституційності акта, щодо якого суди зробили висновок про суперечність Конституції, на Конституційний Суд. Тут важливо ще раз зазначити, що перевірка на відповідність Конституції прирівнюється до перевірки на конституційність. Тому насправді змін у частині повноважень Конституційного Суду після початку конституційної реформи правосуддя 2016 року не відбулося: він як перевіряв правові акти на відповідність Конституції (конституційність), так і далі це робить. Натомість зміни відбулися в стадії судового процесу, на якій суд звертається до Верховного Суду для направлення конституційного подання щодо конституційності правового акта. Раніше Конституційний Суд розглядав таке конституційне подання до вирішення справи в порядку загального судочинства, а тепер – після вирішення справи в порядку цивільного, господарського чи адміністративного судочинства¹⁵.

¹⁴ До початку конституційної реформи правосуддя 2016 року ці суди називали судами загальної юрисдикції, а після і до сьогодні – судами системи судоустрою.

¹⁵ Для кримінального процесу та справ про адміністративні правопорушення, які розглядають суди, такого механізму в законодавстві не передбачено.

Підсумуємо, що перевірка відповідності правових актів Конституції за визначеним нею переліком, тобто їх конституційності, без сумніву, є виключним повноваженням Конституційного Суду, а конституційно-правовий зміст понять «(не)суперечність» та «(не)відповідність» різних. Натомість встановлення суперечності правових актів Конституції не є виключною прерогативою органів судової влади. Наприклад, встановивши суперечність Конституції та законам України рішень голів місцевих державних адміністрацій, Президент України може скасувати такі рішення. Тому слід зауважити, що в цьому дослідженні встановлення суперечності правових актів Основному Закону розглядається як повноваження саме органів судової влади, яке може мати свої особливості.

Перевірка правового акта на відповідність Конституції здійснюється Конституційним Судом у межах конституційного провадження. Визнання закону чи іншого акта неконституційним має наслідком втрату чинності таким актом з дня ухвалення Конституційним Судом рішення, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення. Тому в минулих редакціях процесуальних кодексів суди висловлювали лише сумнів у відповідності правового акта Конституції через відсутність повноважень перевіряти такі акти на відповідність Основному Закону. Своєю чергою, встановлення судом суперечності після процесуальної реформи 2017 року є підставою для незастосування правового акта, щодо якого зроблено такий висновок, та застосування судом норм Конституції як норм прямої дії в конкретній справі.

Підставою для перевірки правового акта на відповідність Конституції (конституційність) є звернення у встановленій формі уповноваженого суб'єкта, наприклад, Верховного Суду, до Конституційного Суду, на підставі якого відкривається конституційне провадження. Мета такого провадження – перевірити конституційність конкретного правового акта чи його частини. Своєю чергою, підставою для встановлення суперечності є клопотання учасника справи або ініціатива суду у справі, в якій має бути застосовано правовий акт, щодо якого може бути встановлено суперечність Конституції¹⁶. Мета такого провадження – вирішити конкретний юридичний спір чи розглянути іншу справу, що належить до юрисдикції органів судової

¹⁶ Олег Голєв, «Механізм правового регулювання застосування органами судової влади Конституції України як акта прямої дії», *Український часопис конституційного права* 4/2022 (2022): 44, <https://cutt.ly/15INFvE>.

влади, а встановлення (не)суперечності лише сприяє цій меті. На сьогодні такий механізм впроваджений у цивільному, господарському та адміністративному судочинстві.

Правові наслідки встановлення судом суперечності правового акта – незастосування такого акта в конкретній справі без втрати чинності таким актом. Виняток становлять нормативні акти, прийняті до набуття чинності Конституцією. Адже за пунктом 1 Перехідних положень Основного Закону вони є чинними в частині, що не суперечить Конституції¹⁷. Це єдиний випадок, коли встановлення саме органами судової влади суперечності правового акта може впливати на його чинність. Натомість визнання закону чи іншого акта таким, що не відповідає Конституції (неконституційним), має наслідком втрату чинності таким актом з дня ухвалення Конституційним Судом рішення, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення.

3. Проблема перевірки на відповідність Конституції (конституційність) правових актів, які не перевіряє Конституційний Суд

Недостатньо дослідженими залишаються правові акти, які не можна перевірити в межах конституційного провадження. Наприклад, правові акти міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, акти органів місцевого самоврядування. Ймовірно, це одна з причин, чому, як зазначає С. Різник, на сьогодні низка проблем забезпечення конституційності підзаконних правових актів поки що залишається без належного розв'язання¹⁸. Одна з таких проблем – це забезпечення відповідності Конституції підзаконних актів, які не перевіряє Конституційний Суд. Щодо цього в Постанові «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», яку активно цитують науковці та суди, Пленум Верховного Суду України зазначив:

...суд може на підставі ст. 144 Конституції **визнати такими, що не відповідають Конституції** чи законам України, рішення органів місцевого самоврядування, а на підставі ст. 124 Конституції – акти органів державної виконавчої влади: міністерств, відомств, місцевих державних адміністрацій тощо¹⁹ (виокремлення наше. – О. Г.).

¹⁷ Конституція України від 28 червня 1996 року (зі змінами).

¹⁸ Сергій Різник, «Конституційність нормативних актів: сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні» (дис. д-ра юрид. наук, Київ, 2021), <https://cutt.ly/owZCNoaU>.

¹⁹ Верховний Суд України, Постанова Пленуму 9, 1 листопада 1996, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96#Text>.

У такий спосіб Пленум визнав за органами судової влади повноваження визнавати такими, що не відповідають Конституції, рішення органів місцевого самоврядування та акти органів державної виконавчої влади: міністерств, відомств, місцевих державних адміністрацій тощо. Цитування цього положення постанови Пленуму все ще можна знайти в судових рішеннях²⁰, що підсилює науковий інтерес до дослідження проблеми перевірки на відповідність Конституції підзаконних актів, які не перевіряє Конституційний Суд.

На перший погляд, такий підхід Пленуму ніби сприяє утвердженню Основного Закону як акта прямої дії шляхом запобігання ситуаціям, коли орган, який може перевіряти правовий акт на відповідність Конституції, відсутній. Адже Конституційний Суд не наділений повноваженнями перевіряти зазначені правові акти на відповідність Конституції. Проте якщо уважно придивитися до статті 144 Конституції²¹, то в її тексті ми не знайдемо підтвердження висновку про те, що суди наділені повноваженнями визнавати акти органів місцевого самоврядування такими, що не відповідають Конституції. На це звернув увагу і Конституційний Суд, який висловив юридичну позицію про те, що зі змісту частини другої статті 144 Конституції вбачається, що рішення органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з мотивів невідповідності Конституції або законам України визнаються **незаконними в судовому порядку**²². Така позиція врахована при формуванні повноважень адміністративних судів, які можуть перевіряти нормативно-правові акти суб'єктів владних повноважень **на предмет законності** та відповідності правовим актам вищої юридичної сили²³.

Щодо актів органів державної виконавчої влади, то стаття 124 Основного Закону, на яку посилався Верховний Суд України, перші 20 років після прийняття Конституції встановлювала,

²⁰ Див., наприклад, мотивувальні частини судових рішень Миколаївського окружного адміністративного суду від 12.07.2021 № 540/2521/20, Волинського окружного адміністративного суду від 07.09.2020 № 140/11461/20, Херсонського окружного адміністративного суду від 22.10.2020 у справі № 540/1276/20, Восьмого апеляційного адміністративного суду від 11.01.2021 у справі № 140/6797/20.

²¹ Стаття 144 Конституції. Органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законом, приймають рішення, які є обов'язковими до виконання на відповідній території.

Рішення органів місцевого самоврядування з мотивів їх невідповідності Конституції чи законам України зупиняються у встановленому законом порядку **з одночасним зверненням до суду**.

²² Конституційний Суд України, Рішення 7-рп/2009, 16 квітня 2009, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09#Text>.

²³ Верховна Рада України, *Кодекс адміністративного судочинства України*, Закон України 2747-IV, ухвалено 6 липня 2005, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>.

що «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі». Ймовірно, це дало підстави Верховному Суду України в 1996 році зробити висновок, що суди можуть визнавати такими, що не відповідають Конституції, акти міністерств, місцевих державних адміністрацій тощо. Адже це дійсно можна вважати правовідносинами. Однак тут не враховано, що протягом цього періоду судочинство здійснювали не лише суди (тоді їх іменували судами загальної юрисдикції), але й Конституційний Суд, що послаблює і без того хитку позицію Пленуму.

Уже після набрання чинності 30 вересня 2016 року Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» Конституційний Суд був виведений із системи органів судової влади, а нова редакція статті 124 Конституції обмежила юрисдикцію судів юридичними спорами та кримінальними обвинуваченнями, які не охоплюють перевірку конституційності правових актів, що є юрисдикцією Конституційного Суду. Натомість на підставі статті 5 КАС адміністративні суди можуть визнавати протиправними та нечинними нормативно-правові акти або протиправними та скасовувати індивідуальні акти суб'єктів владних повноважень чи окремі їх положення. Підсумовуючи, можна зазначити, що з часу прийняття Конституції у 1996 році ні суди загальної юрисдикції, ні згодом суди системи sudoустрою не мають повноважень перевіряти жодні правові акти на конституційність.

Отже, слід переглянути позицію Пленуму Верховного Суду України, за якою суди наділені повноваженнями визнавати такими, що не відповідають Конституції, акти, щодо яких Конституційний Суд не здійснює перевірки в межах конституційного провадження. У справах щодо оскарження нормативно-правових актів суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють такі акти на законність та відповідність актам вищої юридичної сили. За наявності підстав ці акти визнаються протиправними та нечинними, а у справах про оскарження актів індивідуальної дії – протиправними і скасовуються.

Натомість в інших адміністративних справах, а також цивільних та господарських справах у разі встановлення суперечності між правовим актом, який регулює спірні правовідносини, та Конституцією, суди не застосовують такий акт, а застосовують норми Конституції як норми прямої дії незалежно від того, чи належить до повноважень Конституційного Суду перевірка такого акта. Саме в такий спосіб, на мою

думку, відбувається доповнення конституційної юрисдикції органами судової влади під час застосування Конституції як акта прямої дії. Втім, С. Різник вважає, що відсутність органу, який здійснює контроль саме за конституційністю правових актів, не відповідає вагомості значення, яке має місцеве самоврядування в Україні²⁴. Тож достатність такого доповнення слід визнати предметом подальших дискусій.

4. Розмежування повноважень органів судової влади та Конституційного Суду в науковій доктрині та судовій практиці

На сьогодні ні в судовій практиці, ні в наукових працях не забезпечено єдності термінологічних підходів щодо визначення повноважень Конституційного Суду та органів судової влади під час застосування Конституції як акта прямої дії. Наприклад, О. Ободовський, характеризуючи новий підхід процесуальних кодексів до безпосереднього застосування Основного Закону, зазначає, що:

він передбачає надання суду права самостійно зробити висновок про відповідність правового акта Конституції України і застосувати (у разі, якщо суд дійде висновку про конституційність правового акта) або не застосувати (якщо суд дійде висновку про неконституційність цього правового акта) зазначений правовий акт²⁵.

Нескладно помітити, що автор ототожнює встановлення відповідності, суперечності правового акта Конституції та його конституційності. Відсутність спроб розмежувати ці повноваження притаманна й іншим науковцям. Зокрема, П. Демчук у статті, присвяченій суддівському розсуду під час встановлення суперечності положень кримінального закону Конституції, обґрунтовує наявність у суду повноважень оцінювати положення кримінального закону на відповідність Конституції²⁶. У висновках до дисертаційного дослідження А. Рибачук припускається схожої помилки, коли виокремлює процесуальні дії «зі встановлення факту суперечності закону чи іншого нормативно-правового акта Конституції через розкриття обов'язку суду перевірити норму закону та іншого нормативно-правового акта на предмет її відповідності Конституції

²⁴ Різник, «Конституційність нормативних актів: сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні», 319.

²⁵ Ободовський, «Про застосування судом норм Конституції України замість положень правового акта, що суперечать їй», 177.

²⁶ Павло Демчук, «Суддівський розсуд під час встановлення суперечності положень кримінального закону Конституції України», *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки* 8 (2021): 19, <https://doi.org/10.18523/2617-2607.2021.8.16-25>.

під час судового правозастосування»²⁷ (виокремлення наше. – О. Г.).

Незважаючи на серйозну увагу правників до забезпечення точності та уніфікованості під час використання юридичних термінів, наведені неточності радше є поширеною практикою, аніж винятком. Пояснити це можна тривалим нехтуванням у науковому дискурсі питанням розмежування повноважень Конституційного Суду та органів судової влади у світлі встановлення суперечності, відповідності правових актів Конституції та їх конституційності.

Відсутність серйозних наукових розвідок слід визнати однією з причин наявності випадків, коли суди плутають повноваження з перевірки на суперечність та відповідність правових актів Конституції, ототожнюючи їх. Зокрема, у справі № 200/4213/19-а суд апеляційної інстанції дійшов висновку, що реалізація прав позивача на отримання заборгованості по страхових виплатах була обмежена положеннями постанови Кабінету Міністрів України від 08 червня 2016 року № 365, **які не відповідають та суперечать Конституції**²⁸. Іншим прикладом може бути справа № 759/6629/19, в якій вже **Верховний Суд визнав такими, що не відповідають окремим нормам Конституції**, приписи частини четвертої статті 75 Сімейного кодексу України. Ці положення сімейного законодавства передбачали, що один із подружжя є таким, що потребує матеріальної допомоги, якщо заробітна плата, пенсія, доходи від використання його майна, інші доходи не забезпечують йому прожиткового мінімуму, встановленого законом²⁹.

У справі № 640/20564/19 Шостий апеляційний адміністративний суд без достатніх повноважень встановив, що до позивача були застосовані норми статті Закону України «Про державну службу», **які не відповідають Конституції**. У такий спосіб суд перебрав на себе повноваження Конституційного Суду. Уже в наступному абзаці постанови суд констатував наявність підстав для звернення до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду подання щодо **конституційності**

відповідних положень Закону України «Про державну службу»³⁰. Це вже свідчить про внутрішню суперечність самого рішення. З одного боку, суд констатує невідповідність правового акта Конституції, на що він, звісно, не має повноважень, а з іншого – все-таки хоче, щоб його перевірів Конституційний Суд. Припускаємо, що причиною такої непослідовності є відсутність ґрунтовних та комплексних спроб осмислити національні нормотворчі підходи до цих категорій і розмежування повноважень органів судової влади та Конституційного Суду.

Окремо слід звернути увагу на випадки, коли вже є рішення Конституційного Суду про неконституційність правового акта. За таких умов наявність у судових рішеннях тверджень про неконституційність чи невідповідність Конституції правового акта є допустимим. Тому це трапляється тоді, коли суд обґрунтовує незастосування закону чи іншого правового акта, який уже визнаний Конституційним Судом неконституційним. Наприклад, у справі № 802/1133/18-а Верховний Суд із посиланням на відповідне рішення Конституційного Суду наголосив на неконституційності словосполучення «дійсної строкової», яке містилося в положеннях частини 3 статті 59 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», за якими:

визначення розміру відшкодування заподіяної внаслідок ліквідації аварії на Чорнобильській АЕС шкоди при обчисленні пенсії виходячи з п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 01 січня відповідного року, поширювалося лише на категорію військовослужбовців, які брали участь у ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи під час проходження **дійсної строкової служби** і внаслідок цього стали особами з інвалідністю³¹ (виокремлення наше. – О. Г.).

Може виникнути думка, що описані помилки є несуттєвими та не впливають на правильність вирішення судами справ по суті. Проте розмежування понять «(не)суперечність», «(не)відповідність» та «(не)конституційність» не є схолиастичним, як може здатися на перший погляд, а має практичне значення. Роль судового рішення

²⁷ Андрій Рибачук, «Застосування судами норм Конституції України як норм прямої дії (за матеріалами практики судів адміністративної, господарської та цивільної юрисдикції)» (дис. доктора філософії за спеціальністю 081 – Право, Київ, 2022), <https://cutt.ly/bwZVS47j>.

²⁸ Перший апеляційний адміністративний суд, Постанова у справі 200/4213/19-а, 1 липня 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82715720>.

²⁹ Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного цивільного суду, Постанова у справі 759/6629/19, 24 червня 2021, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98054751>.

³⁰ Шостий апеляційний адміністративний суд, Постанова у справі 640/20564/19, 30 вересня 2020, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91989219>.

³¹ Верховний Суд у складі колегії Касаційного адміністративного суду, Постанова у справі 802/1133/18-а, 24 листопада 2020, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93053052>.

не обмежується вирішенням конкретного юридичного спору, особливо коли йдеться про акти Верховного Суду. Адже рішення Верховного Суду є одним із засобів забезпечення стабільності та єдності судової практики, оскільки вони усувають наявні розбіжності в правозастосуванні. При цьому єдність і сталість судової практики тісно пов'язані із забезпеченням права кожного на справедливий суд, створюючи для цього необхідну основу, яка полягає в реалізації принципу правової визначеності та забезпеченні розумної передбачуваності судових рішень³².

Висновок про невідповідність правового акта Конституції замість встановлення його суперечності цілком обґрунтовано може розглядатися як перебирання повноважень Конституційного Суду. Як наслідок, використання подібних конструкцій у правозастосовчих актах може призвести до формування уявлення про можливість органів судової влади справді визнавати правові акти неконституційними. У подальшому це може мати негативні наслідки не тільки для правосуддя, але й для системи стримувань і противаг як однієї з гарантій прав людини.

Можливо, саме тому науковці та державні діячі, про яких згадувалося на початку статті, вбачали ризик у наділенні органів судової влади повноваженням перевіряти правові акти на суперечність Конституції. Адже в їхньому розумінні встановлення суперечності правових актів Конституції могло бути рівнозначним перевірці їх на конституційність. Чи розмежування цих понять дозволить переконати критиків нового механізму застосування Конституції в його «безпечності» – покаже час. Однак, обґрунтовуючи «безпечність» такого механізму, зауважимо, що формування судових текстів з урахуванням відмінностей у вказаній термінології дасть змогу уникнути плутанини в повноваженнях органів судової влади та Конституційного Суду.

У будь-якому разі, якщо брати до уваги правове регулювання, то побоювання окремих фахівців щодо перебирання судами виключних повноважень Конституційного Суду внаслідок конституційних трансформацій 2016–2017 років слід визнати щонайменше перебільшеними. Виявлені в цьому дослідженні помилки окремих судів навряд чи можна вважати наслідком недосконалого правового регулювання. Їхньою причиною радше є недостатня поінформованість

суддів, зокрема внаслідок недостатньої уваги науковців до цього питання. Водночас правове регулювання діяльності судів в адміністративному, цивільному та господарському судочинстві не посягає на виключну юрисдикцію Конституційного Суду здійснювати перевірку правових актів на відповідність Конституції. Такий висновок ґрунтується на тому, що судова влада не наділена повноваженнями визнавати такі нормативні акти неконституційними. Суди лише не застосовують закон чи інший правовий акт, який за їхнім висновком суперечить Конституції.

Висновки

За результатами проведеного дослідження зроблено висновок, що повноваження з перевірки правових актів на відповідність Конституції та конституційність є тотожними, а самі поняття «(не)відповідність Конституції» та «(не)конституційність» взаємозамінними. Натомість (не)відповідність та (не)суперечність мають різний конституційно-правовий зміст. Використання цих, на перший погляд, синонімів є підставою для розмежування повноважень органів судової влади та Конституційного Суду, оскільки:

– **перевірку на суперечність правового акта Конституції здійснюють** органи судової влади, а **на відповідність (конституційність)** – Конституційний Суд. Тому суди не мають права робити у своїх судових рішеннях висновки про невідповідність Конституції чи неконституційність правових актів. Такі висновки є виходом за межі суддівських повноважень шляхом перебирання повноважень Конституційного Суду. Це не стосується випадків, коли вже є рішення Конституційного Суду про неконституційність правового акта, який регулює спірні відносини;

– **підставою для перевірки конституційності акта** є звернення уповноваженого суб'єкта до Конституційного Суду, на підставі якого відкривається конституційне провадження. Мета такого провадження – перевірити конкретний правовий акт чи його окремі положення. **Підставою для перевірки правового акта на суперечність** є клопотання учасника справи або ініціатива суду у справі, в якій має бути застосовано такий правовий акт. Мета такого провадження – вирішити конкретний юридичний спір, а встановлення суперечності лише сприяє цій меті. На сьогодні такий механізм нормативно впроваджений у цивільному, господарському та адміністративному видах судочинства;

³² Olha Shylo and Nataliia Hlynska, "The Role of The Supreme Court in the Mechanism of Ensuring the Sustainability and Unity of Judicial Practice: Some Aspects," *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine* 27, no. 3 (2020): 138, [https://doi.org/10.37635/jnalsu.27\(3\).2020.128-141](https://doi.org/10.37635/jnalsu.27(3).2020.128-141).

– **правові наслідки встановлення суперечності правового акта** – незастосування такого акта в конкретній справі без втрати чинності таким актом. Застереження слід зробити щодо нормативних актів, прийнятих до набуття чинності Конституцією, які є чинними в частині, що не суперечить Конституції. Натомість **визнання закону чи іншого акта таким, що не відповідає Конституції (неконституційним), має наслідком втрату чинності** таким актом з дня ухвалення Конституційним Судом рішення, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення.

Отже, **перевірка правових актів на відповідність Конституції (конституційність)** – це (1) виключне повноваження Конституційного Суду, (2) яке реалізується в межах конституційного провадження (3) щодо правових актів, перелік яких визначений Конституцією, (4) які втрачають чинність у встановленому порядку у разі визнання неконституційними. **Перевірка правових актів на суперечність Конституції** як повноваження органів судової влади (1) реалізується під час здійснення правосуддя (2) за клопотанням учасника справи або з ініціативи суду (3) щодо правових актів, які мають бути застосовані у справі, але (4) які не застосовуються

в конкретній справі у разі встановлення їх суперечності Конституції без втрати чинності.

За результатами дослідження спростовано поширену позицію про те, що суди наділені повноваженнями визнавати такими, що не відповідають Конституції, акти, щодо яких Конституційний Суд не здійснює перевірки в межах конституційного провадження. У справах щодо оскарження нормативно-правових актів суб'єктів владних повноважень такі акти перевіряються на законність та відповідність актам вищої юридичної сили і за наявності підстав визнаються адміністративними судами протиправними та нечинними, а у справах про оскарження актів індивідуальної дії – протиправними і скасовуються. Натомість в інших справах, зокрема цивільного та господарського судочинства, у разі встановлення суперечності між правовим актом, який регулює спірні правовідносини, та Конституцією суди не застосовують такий акт, а застосовують норми Конституції як норми прямої дії незалежно від того, чи належить до повноважень Конституційного Суду перевірка такого акта. Саме в такий спосіб, на мою думку, відбувається доповнення конституційної юрисдикції органами судової влади під час застосування Конституції як акта прямої дії.

Список використаної літератури

- Верховна Рада України. *Конституція України*. Ухвалено 28 червня 1996. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.
- Верховна Рада України. *Кодекс адміністративного судочинства України*. Закон України 2747-IV. Ухвалено 6 липня 2005. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>.
- Верховна Рада України. *Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)*. Закон України 1401-VIII. Ухвалено 2 червня 2016. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#Text>.
- Верховна Рада України. *Про Конституційний Суд України*. Закон України 2136-VIII. Ухвалено 13 липня 2017. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>.
- Верховна Рада України. *Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів*. Закон України 2147-VIII. Ухвалено 3 жовтня 2017. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147a-19#Text>.
- Верховний Суд України. Постанова Пленуму 9. 1 листопада 1996. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96#Text>.
- Верховний Суд у складі колегії Касаційного адміністративного суду. Постанова у справі 802/1133/18-а. 24 листопада 2020. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93053052>.
- Верховний Суд у складі колегії Касаційного цивільного суду. Постанова у справі 759/6629/19. 24 червня 2021. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98054751>.
- Голєв, Олег. «Механізм правового регулювання застосування органами судової влади Конституції України як акта прямої дії». *Український часопис конституційного права* 4/2022 (2022): 38–56. <https://doi.org/10.30970/jcl.4.2022.5>.
- Демчук, Павло. «Суддівський розсуд під час встановлення суперечності положень кримінального закону Конституції України». *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки* 8 (2021): 16–25. <https://doi.org/10.18523/2617-2607.2021.8.16-25>.
- Конституційний Суд України. Рішення 7-рп/2009. 16 квітня 2009. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09#Text>.
- Конституційний Суд України. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc01d710-16#Text>.
- Конституційний Суд України. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п'ятої статті 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій). 8 вересня 2016. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc06d710-16#n2>.
- Лемак, Василь. «Безпосереднє застосування судами Конституції України: основні проблеми». У *Застосування судами Конституції України: доктрина і практика*, 77–93. Київ: ВАІТЕ, 2022. <https://cutt.ly/l5zOHqc>.
- Ободовський, Олександр. «Про застосування судом норм Конституції України замість положень правового акта, що суперечать їй». *Вісник Конституційного Суду України* 3/2018 (2018): 175–188. <https://cutt.ly/q5G1rvI>.
- Перший апеляційний адміністративний суд. Постанова у справі 200/4213/19-а. 1 липня 2019. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82715720>.
- Рибачук, Андрій. «Застосування судами норм Конституції України як норм прямої дії (за матеріалами практики судів адміністративної, господарської та цивільної юрисдикції)». Дис.

- доктора філософії за спеціальністю 081 – Право, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2022. <https://cutt.ly/bwZVS47j>.
- Різник, Сергій. «Конституційність нормативних актів: сутність, методологія оцінювання та система забезпечення в Україні». Дис. д-ра юрид. наук, Львівський національний університет імені Івана Франка МОН України, Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2021. <https://cutt.ly/owZCHOaU>.
- Різник, Сергій. «Застосування судами України презумпції конституційності під час здійснення правосуддя». У *Застосування судами Конституції України: доктрина і практика*, 215–227. Київ: ВАІТЕ, 2022. <https://cutt.ly/15zOHqс>.
- Savchyn, Mykhailo. *Сучасні тенденції конституціоналізму у контексті глобалізації та правового плюралізму*. Ужгород: РІК-У, 2018. <https://cutt.ly/A7NYUCt>.
- Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980). <http://sum.in.ua/p/9/846/1>.
- Шостий апеляційний адміністративний суд. Постанова у справі 640/20564/19. 30 вересня 2020. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91989219>.
- Shylo, Olha, and Nataliia Hlynska. “The Role of The Supreme Court in the Mechanism of Ensuring the Sustainability and Unity of Judicial Practice: Some Aspects.” *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine* 27, no. 3 (2020): 128–141. [https://doi.org/10.37635/jnalsu.27\(3\).2020.128-141](https://doi.org/10.37635/jnalsu.27(3).2020.128-141).
- National Academy of Sciences of Ukraine, 2021. <https://cutt.ly/owZCHOaU> [in Ukrainian].
- Riznyk, Serhii. “Zastosuvannia sudamy Ukrainy prezumptsii konstytutsiinoosti pid chas zdiisnennia pravosuiddia” [“Application of the Presumption of Constitutionality by the Courts of Ukraine in the Administration of Justice”]. In *Zastosuvannia sudamy Konstytutsii Ukrainy: doktryna i praktyka [Application of the Constitution of Ukraine by the Courts: Doctrine and Practice]*, 215–227. Kyiv: VAITE, 2022. <https://cutt.ly/15zOHqс> [in Ukrainian].
- Rybachuk, Andrii. “Application of the norms of the Constitution of Ukraine by the courts as norms of direct action (based on the practice of courts of administrative, commercial, and civil jurisdictions).” Dissertation for the Doctor of Philosophy degree in speciality 081 – Law. Kyiv, 2022. <https://cutt.ly/bwZVS47j> [in Ukrainian].
- Savchyn, Mykhailo. *Modern constitutionalism tendencies in the context of globalization and legal pluralism*. Uzhhorod: RIK-U, 2018. <https://cutt.ly/A7NYUCt> [in Ukrainian].
- Shylo, Olha, and Nataliia Hlynska. “The Role of The Supreme Court in the Mechanism of Ensuring the Sustainability and Unity of Judicial Practice: Some Aspects.” *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine* 27, no. 3 (2020): 128–141. [https://doi.org/10.37635/jnalsu.27\(3\).2020.128-141](https://doi.org/10.37635/jnalsu.27(3).2020.128-141).
- Sixth Administrative Court of Appeal. Resolution in case 640/20564/19. Adopted September 30, 2020. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91989219> [in Ukrainian].
- Supreme Court of Ukraine. Resolution of the Plenum 9. Adopted November 1, 1996. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96#Text> [in Ukrainian].
- Supreme Court as constituted by the panel of the Civil Court of Cassation. Resolution in case 759/6629/19. Adopted June 24, 2021. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98054751> [in Ukrainian].
- Supreme Court as part of the collegium of the Administrative Court of Cassation. Resolution in case 802/1133/18-a. Adopted November 24, 2020. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93053052> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Constitution of Ukraine*. Adopted June 28, 1996. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Code of Administrative Procedure of Ukraine*. Law of Ukraine 2747-IV. Adopted July 6, 2005. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *On Amendments to the Constitution of Ukraine (regarding Justice)*. Law of Ukraine 1401-VIII. Adopted June 2, 2016. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#Text> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *On the Constitutional Court of Ukraine*. Law of Ukraine 2136-VIII. Adopted July 13, 2017. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *On Amendments to the Economic Procedure Code of Ukraine, the Civil Procedure Code of Ukraine, the Code of Administrative Procedure of Ukraine and Other Legislative Acts*. Law of Ukraine 2147-VIII. Adopted October 3, 2017. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147a-19#Text> [in Ukrainian].
- Constitutional Court of Ukraine. Decision 7-rp/2009. Adopted April 16, 2009. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-09#Text> [in Ukrainian].
- Constitutional Court of Ukraine. Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Melnyka M. I. stosovno Vysnovku Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za zvernenniam Verkhovnoi Rady Ukrainy pro nadannia vysnovku shchodo vidpovidnosti zakonoproektu pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo pravosuiddia) vymoham statei 157 i 158 Konstytutsii Ukrainy [Dissenting Opinion of Judge of the Constitutional Court of Ukraine Melnyk M. I. on the Opinion of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the appeal of the Verkhovna Rada of Ukraine for an opinion on the compliance of the draft law on amendments to the Constitution of Ukraine (regarding justice) with the requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine]. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc01d710-16#Text> [in Ukrainian].
- Constitutional Court of Ukraine. Okrema dumka suddi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy Melnyka M. I. stosovno Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 08.09.2016 № 6-rp/2016 (u spravi pro zavchasne spovishchennia pro provedennia publichnykh bohosluzhin, relihiinykh obriadiv, tseremonii ta protsesii) [Dissenting Opinion of the Judge of the Constitutional Court of Ukraine Melnyk M. I. on the Decision of the Constitutional Court of Ukraine dated 08.09.2016 No. 6-rp/2016 (in the case of advance notification of public worship, religious rites, ceremonies, and processions)]. September 8, 2016. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc06d710-16#n2> [in Ukrainian].
- Demchuk, Pavlo. “Judge’s Discretion in Identifying Contradiction in Provisions of the Criminal Code to the Constitution of Ukraine.” *NaUKMA Research Papers. Law* 8 (2021): 16–25. <https://doi.org/10.18523/2617-2607.2021.8.16-25> [in Ukrainian].
- Dictionary of the Ukrainian Language. Academic explanatory dictionary (1970–1980). <http://sum.in.ua/p/9/846/1> [in Ukrainian].
- First Administrative Court of Appeal. Resolution in case 200/4213/19-a. Adopted July 1, 2019. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82715720> [in Ukrainian].
- Holiev, Oleh. “Legal Regulation Mechanism of Applying The Constitution of Ukraine as an Act of Direct Effect by Judicial Authorities.” *Ukrainian Journal of Constitutional Law* 4/2022 (2022): 38–56. <https://doi.org/10.30970/jcl.4.2022.5> [in Ukrainian].
- Lemak, Vasyl. “Bezposerednie zastosuvannia sudamy Konstytutsii Ukrainy: osnovni problem” [“Direct application of the Constitution of Ukraine by the courts: the main problems”]. In *Zastosuvannia sudamy Konstytutsii Ukrainy: doktryna i praktyka [Application of the Constitution of Ukraine by the Courts: Doctrine and Practice]*, 77–93. Kyiv: VAITE, 2022. <https://cutt.ly/15zOHqс> [in Ukrainian].
- Obodovskyi, Oleksandr. “On the application by court of norms of the Constitution of Ukraine instead of the provisions of legal act that contradict it.” *Journal of the Constitutional Court of Ukraine* 3/2018 (2018): 175–188. <https://cutt.ly/q5G1rvI> [in Ukrainian].
- Riznyk, Serhii. “Constitutionality of legal acts: essence, evaluation methodology and providing system in Ukraine.” Thesis for the degree of Doctor of Legal Sciences, speciality 12.00.02 “Constitutional Law; Municipal Law”, Ivan Franko National University of Lviv, Ministry of Education and Science of Ukraine, V. M. Koretsky Institute of State and Law of the

Oleh Holiev

DIFFERENTIATION OF POWERS OF THE JUDICIARY AND THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE IN THE APPLICATION OF THE CONSTITUTION AS AN ACT OF DIRECT EFFECT

Abstract

One of the conditions for effective interaction between the judiciary and the Constitutional Court of Ukraine is a clear determination and differentiation of their powers in the application of the Constitution of Ukraine as an act of direct effect. This differentiation helps to avoid duplication of powers, thereby contributing to the coordinated activities of these authorities and ensuring legal certainty. Therefore, the article examines the issues related to the differentiation of powers between the judiciary and the Constitutional Court of Ukraine in the application of the Constitution of Ukraine as an act of direct effect.

The research focuses on the amendments to the Constitution of Ukraine in 2016 (on justice) and the reform of procedural legislation at the end of 2017. These amendments established a new mechanism of direct application of the Constitution of Ukraine by the judiciary, creating new challenges not only in terms of interaction but also in the differentiation of powers between the judiciary and the Constitutional Court of Ukraine. In the context of these changes, the author substantiates the differentiation of powers to verify legal acts for contradiction and compliance with the Constitution of Ukraine, as well as constitutionality, and formulates a definition of the relevant powers.

It is concluded that the judiciary is responsible for the verification of a legal act's contradiction to the Constitution of Ukraine, while the Constitutional Court of Ukraine is responsible for the verification of its compliance (constitutionality). The ground for verifying the constitutionality of an act is an appeal of an authorized subject to the Constitutional Court of Ukraine. The basis for the judicial authorities to verify a legal act for contradiction is a motion of a party to a case or the initiative of a court in civil, commercial, or administrative cases in which such a legal act is to be applied. The legal consequences of a contradiction of a legal act include the non-application of such an act in a particular case without the loss of legal force, except for normative acts adopted before the entry into force of the Constitution of Ukraine, as they are valid to the extent that they do not contradict it. In contrast, the recognition of a law or other act as non-compliant with the Constitution (unconstitutional) results in the invalidation of such an act from the date of the Constitutional Court's decision, unless otherwise provided by the decision itself, but not earlier than the date of its adoption.

It is proved that it is necessary to review the position that the courts are authorized to recognize acts non-compliant with the Constitution of Ukraine, which the Constitutional Court of Ukraine does not verify within the framework of constitutional proceedings.

Keywords: constitutionality, compliance with the Constitution, contradiction to the Constitution, justice, constitutional proceedings.

Матеріал надійшов 06.03.2024



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Oleh Zahnitko

<https://orcid.org/0009-0002-3095-2590>

WHOLESALE ENERGY SUPPLIES DISRUPTION AS THE HUMAN RIGHTS BREACH: CHARACTERISATION AND CAUSALITY ASPECTS

Abstract

This paper explores the intersection of energy security supply and human rights in Ukraine, focusing on the implications of disruptions in the supply of wholesale energy products. Ukraine's wholesale energy sector is being under attack since early October 2023, with no legally sound reaction from the international community. The article studies, past hindrance of the economic development and personal liability caused by the attacks, the risks posed to human rights and other peremptory rules of public international law, including access to essential services, health, and an adequate standard of living. By examining the legal frameworks and international human rights standards, this study argues that sustained or significant interruptions in wholesale energy supply constitute a breach of human rights and sufficient cause of action by the Government of Ukraine under multilateral international instruments.

Keywords: Energy Security, Human Rights, Russia-Ukraine War, Wholesale Energy Products, Supply Disruptions, War Crime, Crime of Genocide.

Introduction. Russian attacks on Ukraine's energy grid, as far as consensus goes, started in early October 2022 with massive missile and unmanned aerial attacks that continue, in a systematic way to threaten civilians; millions of Ukrainian nationals remained for hours, days and weeks without electricity and the utilities that run on the power: natural gas, water and heat. Access to electricity is a basic human right. We submit that access to electricity is not only a vital necessity for the well-being and advancement of communities and individuals but also a basic human right. Governments and organizations must fight back the threats by Russia to destroy essential power infrastructure through the framework of the international treaties. In the forward-looking assessment of the technology development, the elements of the infrastructure should include the downstream and upstream links in the chain of supply.

Literature review. The United Nations' Sustainable Development Goals (SDGs), 1 and 7, assert that access to safe and affordable energy is essential for human development,¹ which brings

researchers to the thought that an access should be ensured, and any obstacles removed² in the trilemma of access, affordability and sustainability, balancing of which establishes energy justice. It is a well-established fact that energy is a crucial part of everyday life and determines the quality of life, with several themes in energy justice: distributive, procedural, recognition and restorative.³

The energy justice then is explored in a number of publications, concentrated mostly on the distributive and recognition theme. For example, the concept of energy poverty is explored in the concept of access as a subjective right or entitlement: according to Suástegui Macías, energy poverty refers to the inadequate accessibility and affordability of energy services.⁴ They further argue on the dichotomy of electrification and access to the energy services, which should be balanced in the

¹ United Nations, Resolution adopted by the General Assembly no. 70/1 on 25 September 2015 [without reference to a Main Committee (A/70/L.1)]. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.

² Rigoberto García Ochoa, Daniel Itzamna Avila-Ortega, and Jordi Cravioto, "Energy services' access deprivation in Mexico: A geographic, climatic and social perspective," *Energy Policy* 164 (2022): 112822, <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2022.112822>.

³ Iñigo del Guayo, Lee Godden, Donald D. Zillman, Milton Fernando Montoya, and José Juan González, *Energy Justice and Energy Law* (Oxford: Oxford University Press, 2020), <https://doi.org/10.1093/oso/9780198860754.001.0001>.

⁴ J. A. Suástegui Macías, A. J. López Valenzuela, A. Acuña Ramírez, P. F. Rosales Escobedo, and A. H. Ruelas Puente, "Reduction of energy poverty in Mexico by applying an optimization model to residential energy tariffs," *Energy Reports* 9 (2023): 3431-9, <https://doi.org/10.1016/j.egy.2023.02.022>.

assessment of whether the sustainability goal is advanced. Cervantes and Solis define energy poverty as an absence, in a household, of modern energy products, such as electricity and gas, or financial inability of a household to cover the costs of the electricity and gas, going further and suggesting the ways to fight energy poverty in the centralized system of supply.⁵

An academic concept was offered for research and policy development of energy poverty and fuel poverty, their common points, overlapping and distinctions to fight both phenomena.⁶ A number of technical literature pieces establish efficiencies of the centralized grid with the wholesale energy products optimizing the cost for the access to the energy. Several measures to diversify the risk for the security of supply and add flexibility were suggested in the form of the coordination between transmission and distribution (smart) grids⁷ as well as nuanced balancing obligation with carve-out for the settlements with the prosumer aggregators.⁸

The right of access to the energy go hand in hand with concept of the energy poverty, through negative concept rather than symbiotic relationship as explained by Iñigo del Guayo, “Where there is poverty, there is no access or low access to energy and where there is no access or low access to energy, there is poverty”,⁹ although it is worth noting that International Energy Agency (IEA) departed from its definition of energy poverty of 2018 cited by del Guayo, and now simply recognizes people with no access to electricity, which worldwide has decreased by more than 45 % since 2010, primarily driven by Asia; IEA stresses that 760 million people has no access, with the most dire situation in sub-Saharan Africa, where 20 % or less of population have access to electricity.¹⁰

⁵ Miguel Ángel Marmolejo Cervantes and Lisa Reilly Solis, “Energy poverty and social justice in Mexico: The rights of electricity consumers,” *The Electricity Journal* 37, no. 2 (2024): 107372, <https://doi.org/10.1016/j.tej.2024.107372>.

⁶ Kang Li, Bob Lloyd, Xiao-Jie Liang, and Yi-Ming Wei, “Energy poor or fuel poor: What are the differences?” *Energy Policy* 68 (2014): 476–81, <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2013.11.012>.

⁷ Wandry Rodrigues Faria, Gregorio Muñoz-Delgado, Javier Contreras, and Benvindo Rodrigues Pereira Junior, “A trilevel programming model for the coordination of wholesale and local distribution markets considering GENCOs and proactive customers,” *Applied Energy* 357 (2024): 122509, <https://doi.org/10.1016/j.apenergy.2023.122509>

⁸ J. Mello and J. Villar, “Integrating flexibility and energy local markets with wholesale balancing responsibilities in the context of renewable energy communities,” *Energy* 282 (2023): 128853, <https://doi.org/10.1016/j.energy.2023.128853>.

⁹ del Guayo, Godden, Zillman, Montoya, and González, *Energy Justice and Energy Law*.

¹⁰ International Energy Agency, Energy Access: Achieving modern energy for all by 2030 seems unlikely, accessed May 18, 2024, <https://www.iea.org/topics/energy-access>.

The Energy Community Secretariat initiated legal research to develop theories and process strategies for Ukraine and energy asset owners against Russia with the view of bringing the perpetrator to justice and helping to restore the Ukrainian energy sector by collection of the damages suffered.¹¹ This is an innovative way of mimicking support of the Ukrainian military by the civil society and foreign governments through shared funding. For the lack of better term, this collective *pro bono* legal support can be branded ‘crowd-braining’. The legal community will be crucial in engineering solutions and pushing for a political decision to implement it.

Research methodology. This paper aims to overview the status quo, related notions under the public international law to argue that attacks leading to wholesale energy disruptions and energy poverty constitute a grave violation of the international obligations by the Russian Federation. The Russian and Belarus aggression against Ukraine presents a case for legal characterization of the activities leading to energy poverty. Since the recognition of the right to access the energy gains academic consensus, albeit on a different material, we will concentrate in this paper predominantly on the procedural and restorative aspects of energy justice in the context of the Russia-Ukraine war’s implications on the multilateral instruments of human right law. The qualitative side will concentrate on analyzing Russia’s attacks as a violation of the public international law. We will aim to overview and interpret the body of public international law in an outline that can generalize the restrains on the cause of action and the relief available to Ukraine, so that the results can be used for research and policy development by the government of Ukraine, its partner governments as well as international organizations concerned with the poverty, energy access and restorative justice in case of international conflicts. Eventually, the results can be used for bringing the aggressor countries to accountability.

Findings. The access to the energy as a global sustainability goal has two prongs of (a) the access to the energy (actual functioning grid, i.e., supply side) and (b) affordability (supply side), the lack of which results in fuel poverty. Depriving the population of either access or affordability or both would be sufficient to constitute the energy poverty given that the home grid or micro grid technology is accessible but less affordable.

¹¹ Energy Community, “Ukraine Legal Support Platform,” accessed May 18, 2024, <https://www.energy-community.org/Ukraine/platform.html>.

An attack on the wholesale energy infrastructure, which is a civilian object, constitutes the breach of international law. Wholesale is defined, for our purposes, as a volume extending to more than one household, although for the purpose of the market transparency threshold is higher and this is how the term became known and primarily used.¹² While some might maintain that electricity is used equally by the civilians and the military, the laws of war clearly maintain that military targets must not be attacked where the consequence expected is an excessive civilian casualty or a cause thereof, or damage to civilian objects, or a combination.¹³ While neither Ukraine nor Russia had ratified the Rome Statute, each country owes an obligation to do everything feasible to assess proportionality of any attack in the context of any concrete and direct anticipated military advantage stems from 1949 Geneva Convention on the protection of the civilians, in particular, women and children as well as the provisions pertaining to the hospitals.¹⁴ Intentional disproportionate attack with the knowledge or anticipation of clearly excessive civilian casualties and damage constitutes a war crime of Russia, where Rome Statute provisions can be illustrative of the prohibited actions¹⁵ if not peremptory rules of international humanitarian law.

Besides, electricity access is already well established within the framework of human rights, either as an implicit attribute of a pre-existing right such as non-discrimination or sustainable development or explicitly in the context of eliminating discrimination against women. The body of the environmentally conscious studies on the sustainable and affordable in the recent past helped to establish a broad acknowledgement by states of the desirability of eliminating energy poverty – for all, but particularly for the rural poor, and women.¹⁶

¹² Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency, *Official Journal of the European Union*, Articles 2(4) and 2(5), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L._2011.326.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2011%3A326%3ATOC.

¹³ Rome Statute of The International Criminal Court adopted on 17 July 1998, Article 8(b)(iv), https://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm.

¹⁴ Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War adopted on 12 August 1949 as amended, Article 12, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/geneva-convention-relative-protection-civilian-persons-time-war>.

¹⁵ Rome Statute of The International Criminal Court adopted on 17 July 1998, Articles 6, 7.1(b), 7.2(b), 8.2(b)(iv) and (xiii), 8.2(e)(xii), https://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm.

¹⁶ Stephen Tully, “The Human Right to Access Electricity,” *Electricity Journal* 19 (2006): 30–39, <https://doi.org/10.1016/j.tej.2006.02.003>.

The provision of electricity is recognized as an essential component of human rights, both implicitly and explicitly, to ensure non-discrimination, sustainable development, and the elimination of discrimination against women. States also widely acknowledge the importance of eradicating energy poverty, especially for underserved populations such as the rural poor and women.¹⁷ Access to electricity is crucial for the realization of various human rights, including the rights to health, education, and a decent standard of living. ‘*Electricity access is already well-established within the framework of human rights, either as an implicit attribute of a pre-existing right (non-discrimination, adequate living standards, housing, health, and sustainable development) or explicitly in the context of eliminating discrimination against women*’.¹⁸

Accountability of the aggressor state is a challenge from several angles as we will see below with the review of the formal elements of a crime. Some instances of the liability require more elements than others, for example strict liability applies for nuclear incidents^{19, 20, 21} whereas the crimes against humanity provide the liability only if the person acted with intent and knowledge as the Assembly of States Parties to the Rome Statute, cf. Official Records, 2002. Therefore, establishing the act, the intent, concurrence, causation and the harm would be a minimum scope of review and proof required to complete the intellectual exercise and we will strive to provide an outline per classic doctrine of the elements of the crime.

The outlawed act. While ‘the scorched earth’ policy has been known for millennia and was specifically made a war crime, the electricity presents a new case and requires additional support in terms of procedural tools and material law background.

¹⁷ F. S. Javadi, B. Rismanchi, M. Sarraf, O. Afshar, R. Saidur, H. W. Ping, and N. A. Rahim, “Global policy of rural electrification,” *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 19 (2013): 402–416, <https://doi.org/10.1016/j.rser.2012.11.053>.

¹⁸ Tully, “The Human Right to Access Electricity.”

¹⁹ Convention on Nuclear Safety adopted on 17 June 1994 by a Diplomatic Conference convened by the International Atomic Energy Agency at its Headquarters, Article 9, <https://www.iaea.org/publications/documents/infcircs/convention-nuclear-safety>.

²⁰ Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage adopted on 21 May 1963, Article IV, <https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions/vienna-convention-on-civil-liability-for-nuclear-damage>.

²¹ Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964, by the Protocol of 16 November 1982 and by the Protocol of 12 February 2004, NEA (2023), Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy: Unofficial consolidated text and exposé des motifs, OECD Publishing, Paris, Article 3, https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_79139/paris-convention-consolidated?preview=true.

Russia has ratified and/or acknowledged successorship of the USSR obligations under a number of public international law instruments on human rights, both with general scope and specialized object of protection – Russian Federation undertook to comply with 11 out of 18 major international human rights treaties listed by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (UN OHCHR), among them general instruments included International Covenant on Civil and Political Rights and (the first) Optional Protocol to it (ICCPR), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), and International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Human Rights instruments protecting vulnerable social groups include Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and Optional Protocol to it, Convention on the Rights of the Child and two of three Optional Protocols to it. Finally, UN treaties ratified by Russia prohibiting specific forms of the human rights abuses and violation are Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (CPPCG) is not a part of package monitored by UN OHCHR but can also be part of the last group. Russia had acceded to CPPCG as a self-proclaimed successor of the Union of Soviet Socialist Republics. Incidentally, Russia is also a successor to the declaration, by the USSR, that “*all the provisions of the Convention should extend to Non-Self-Governing Territories, including Trust Territories*”. Thus, Russia deprived themselves of the argument that some of the international law obligations of the CPPCG do not apply with respect to the non-recognized governments or regimes in post-2014 Ukraine.²² To be fair, Belarus and Ukraine made identical declarations and had not withdrawn them ever since.

ICCPR guarantees in its Article 6.1 that “*Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.*”

In its public stance, being not so fond of the civil and political rights of the person,²³ Russia remained a champion of the cultural, economic and social human rights, in particular, to the ‘*the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family,*

including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions’ (ICESCR, Article 11) and ‘*the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. ... The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for: (d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness*’ (ICESCR, Article 12). This provision *prima facie* makes unlawful denying access to the life-supporting devices inside and outside the hospitals, to the lifestyle accessories that run on electricity for the people who are handicapped (bionic prosthetics, electric wheelchair, artificial kidney, oxygen camera) or have chronic medical condition (sleep apnea machines, blood dialysis). While generation may be available and, to certain extent, affordable to the general population, the handicapped person is vulnerable to any interruption of the access to the supply of the electricity, including disruption of the elevators and public transport. This social strata of the people, one can argue, is the most sensitive to the disruptions of the heat and power supply, they are vulnerable on the brink of life and death situations.

In the less controversial area of women rights, the states have long been consistently acknowledging the desirability of improving consumer choice in accessing adequate, reliable, affordable, high-quality, economically sustainable access to the utilities, that the state parties must “*take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas ... and, in particular, shall ensure to such women the right ... to enjoy adequate living conditions...*”²⁴ Adequate living condition is, arguably, a part of the dignity and, thus, denying an access to the electricity and other energy products can be characterized as torture, as denial of access to the heat, water and medical assistance can be and indeed “*is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity*”, and such disruption of access to the utilities caused “*severe pain or suffering, whether physical or mental, ... intentionally inflicted on a person*”.²⁵ The torture is further prohibited and

²² Deutsche Welle, “Putin rejects Ukraine ‘coup,’” March 4, 2014, accessed July 15, 2024, <https://www.dw.com/ru/proryv-vsu-na-vostoke-glavnye-sobytia-200go-dna-vojnny-russii-protiv-ukrainy/a-63086395>.

²³ Russia will no longer participate in the Council of Europe: a problematic Member State who could not commit to peace, March 10, 2022, *ECHR blog*, accessed May 18, 2024, <https://www.echrblog.com/2022/03/russia-will-no-longer-participate-in.html>.

²⁴ United Nations, 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Article 14(2)(h), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.

²⁵ United Nations, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment adopted on 10 December 1984, Article 1(1), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>.

“[n]o exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture”.²⁶ All instruments were ratified by Russia and contain dispute resolution clauses that give jurisdiction to the UN International Court of Justice.

In addition, CPPCG prohibits “*Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part*” (Article II(c)). Attacks on the wholesale energy infrastructure, as evidenced, endanger the lives of those reliant on continuous electricity and may compel other civilians to leave if these interruptions persist for extended periods. Ukraine has recently secured a favorable judgment under the CPPCG cause of action²⁷ and possesses a competent team with ample resources to promptly file another complaint based on a separate cause of action. This action can be taken without the need to await evidence for other CPPCG violations, such as the massacre in Bucha (a breach under Article II(a)) or the forcible transfer of children (a breach under Article II(e)).

Guilty mind and concurrence. A claim can be made that Russia, and its army is denying the lives of the non-combatants, in particular civilians that may not help combatants directly or, as one can maintain, indirectly through ensuring universal access to the electricity, including, among others, defense facilities as well as defense and dual-purpose technology. The central government of the aggressor state is deliberately creating informational chaos to obscure its attack on Ukraine’s wholesale energy infrastructure. The Russian government has issued numerous official statements, many of which are misleading, false, or self-serving. For example, repeatedly accused Ukrainian army of shelling Zaporizhzhia Nuclear Power Plant²⁸ or destructing Kakhovska dam – with the purpose, allegedly, to cut water in the canal to the Crimean peninsula²⁹; Russia claimed that civilian infrastructure is used for military purposes³⁰ and, most recently, that

Ukrainian government is in conspiracy to sabotage Kyivska and Kanivska dams on the Dnieper.³¹

However, within the framework of non-totalitarian legal traditions such attacks are inherently illegal and constitute a clear violation of international law when using the key concept of wholesale energy products in relation to hypothetically self-sustaining households capable of producing their own heating and electricity.

Russian tactics of heavy shelling and massive attacks on the infrastructure nodes is, allegedly, unparalleled in terms of resources devoted to committing this particular type of the war crimes. Hence, the need to properly investigate all attacks, where each combined missile and drone strike involved hundreds or even thousands of people, immediately renders the probability of judgment quite distant, even with the special tribunal. The need of committing the investigation task force, train and coordinate operatives, detectives, prosecutors and judges can be compared with social transformation of post-World War II Germany (*Entnazifizierung*) by the Allied Forces, except on the larger country of Russia with smaller resources that Ukraine and its partners in the international community currently have at their disposal.

It should be reminded that International Criminal Court has issued warrants of arrest for four (to date) Russian citizens in connection with the damage to civilian infrastructure, in particular, energy objects: two in March, 2024 – for Sergei Kobylash, the Commander of the Long-Range Aviation of the Aerospace Force in 2022-2023 and Viktor Sokolov, Commander of the Black Sea Fleet in 2022-2023; and two in June, 2024 – for Russia’s former Minister of Defense Sergey Shoigu and Valery Gerasimov, incumbent Chief of the General Staff of the Armed Forces of the Russian Federation and First Deputy Minister of Defense of the Russian Federation. One of the bases to seek prosecution of the high-ranking defense agency officials was determination by the judges that conducted acts were part of the policies by the Russian State, moreover, as of June 2024, the acts were continuing.³² While the warrants are not made public “*in order to protect witnesses and to*

²⁶ Ibid., Article 2(2).

²⁷ International Court of Justice, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation): Judgement of 2 February 2024, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20240202-jud-01-00-en.pdf>.

²⁸ Reuters, “Russia-installed official accuses Ukraine of fresh shelling of nuclear plant,” August 30, 2022, <https://www.reuters.com/world/europe/russia-accuses-ukraine-fresh-shelling-nuclear-plant-2022-08-30/>

²⁹ BBC, “Ukraine dam: What we know about Nova Kakhovka incident,” June 8, 2023, <https://www.bbc.com/news/world-europe-65818705>.

³⁰ Radio Free Europe / Radio Liberty, “Russia Targets Port Installations, Civilian Facilities in Southern Ukraine, Causing

Deaths, Damage,” July 21, 2023, <https://www.rferl.org/a/russia-targets-port-southern-ukraine/32511356.html>.

³¹ The New Voice of Ukraine, “Russia claims Ukraine plans Kyiv and Kaniv dams sabotage,” July 12, 2024, <https://english.nv.ua/nation/russia-lies-ukraine-allegedly-plans-blow-up-kyiv-hydroelectric-power-plant-and-kaniv-reservoir-50434439.html>.

³² International Criminal Court | Cour Penale Internationale, Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei Kuzhugetovich Shoigu and Valery Vasilyevich Gerasimov, press-release, June 25, 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-sergei-kuzhugetovich-shoigu-and->

safeguard the investigations”, the reasonable assumption can be made that materials leading to the warrants could be sufficient or constitute substantial part of the evidence, sufficient to meet the standard of proof for intent and concurrence in the violation of the human rights instruments that protect individuals from the energy poverty. At the same time, the ICC statement raises two questions. First, whether the court limited its analysis only to the strikes to the *‘electric infrastructure from at least 10 October 2022 until at least 9 March 2023’*, thus, setting aside issues of the harm to district heating, water and/or natural gas supply. Second, whether a sitting tribunal would determine a person accountable for the attacks preceding October 2022 as well as the continuation of the attacks, whereas Sergey Shoigu was transferred to a different function in the Russian government as of middle May 2024.

In this respect, it may be helpful to establish a date when the attack began and, in retrospect, to determine whether the attacks, in their different forms, were a part of a single plan and/or intent. It should be noted that Zaporizhzhia Nuclear Power Plant (ZapNPP) was a primary target of the Russian offensive in the beginning of 2022, and was attacked as early as March 5, 2022 and became a subject of the UN Security Council Debate with a reminder, by Rosemary DiCarlo, UN Under-Secretary-General for Political and Peacebuilding Affairs, that Russia has to abide Article 56 of the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts, which provides protection, against military attacks, to *‘works or installations containing dangerous forces, namely dams, dykes and nuclear electrical generating stations’*.³³ The nuclear plant was seized by the Russian army on March 5, 2022.³⁴ Noteworthy, ZapNPP accounts for half of the installed nuclear capacity in Ukraine, and, therefore, up to 30 % of the electricity annually produced in the country prior to 2022. It is the largest single piece that can be used to deprive Ukraine of electricity and it was declared a property of the Russian government on October 5, 2022.³⁵ Not only

is it taken out of the security of supplies to Ukraine’s population on the government-controlled and occupied territories, but it also actually consumes significant amounts of energy for stabilization of its reactors’ cooling.³⁶ Same could be said for Chornobyl Nuclear Power Plant and the disturbance of the contamination sites.

By June 2022, the renewable energy sector in Ukraine was negatively affected by the Russian Federation’s invasion so that 90 % of the wind power capacity, more than 30 % of solar PV installations and over 50 % of thermal plants were reported by UNECE and REN21 as out of operation.³⁷ The same report estimates partial or complete destruction of generation capacity in Ukraine at 5 % already by June 2022.

In September 2022, Russia heavily shelled power and district heating infrastructure in Kharkivska oblast, including Kharkivska Heat and Power Plant-5, the largest power generation installation in the regions affected,³⁸ following successful pushback by Ukrainian forces of defense a few days earlier. As a result, several oblasts were affected – Dnipropetrovska (including dam in Kryvyi Rih), Donetska (Slovianska TPP), Kharkivska (Zmiivska TPP, Kharkivska HPP-5 as mentioned), key power transformers in Poltavaska and Sumska oblasts – all reported major issues with supply of electricity and water.

Together, the facts in the timeline prior to the heating season of 2022-2023 and the attacks afterwards paint a holistic mission by the Russian Federation to deprive Ukrainian people of a universal and affordable access to electricity, often related to an access to water and district heating. It must be established that the energy infrastructure of Ukraine was attacked, with intent and knowledge, by the Russian Federation from the outset of direct aggression in 2022, with attacks that intensified from time to time. Seizure of ZapNPP was one of the first successful milestones in implementation of the criminal plan.

³³ UN News, “Security Council debates Russian strike on Ukraine nuclear power plant,” March 4, 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113302>.

³⁴ World Nuclear Association, Ukraine: Russia-Ukraine War and Nuclear Energy. Timeline – key events, updated April 15, 2024, <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/ukraine-russia-war-and-nuclear-energy#zaporizhzhia-nuclear-power-plant>.

³⁵ Radio Free Europe / Radio Liberty, “Zaporizhzhia Nuclear Plant Declared Russian ‘Federal Property’ After Putin Signs Annexation Decrees,” October 5, 2022, <https://www.rferl.org/a/ukraine-russia-us-aid/32066068.html>.

³⁶ Radio Free Europe / Radio Liberty, “Russia Says Main Power Line to Zaporizhzhia Nuclear Plant Goes Down,” May 23, 2024, <https://www.rferl.org/a/ukraine-russia-zaporizhzhia-nuclear-power/32960891.html>.

³⁷ UNECE Renewable Energy Status Report 2022, prepared jointly by the Renewable Energy Policy Network for the 21st Century (REN21) and the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), accessed July 15, 2024, <https://unece.org/sustainable-energy/renewable-energy/unece-renewable-energy-status-report>.

³⁸ Deutsche Welle, “Breakthrough of the Ukrainian Armed Forces in the East: the main events of the 200th day of the war,” September 11, 2022, accessed July 15, 2024, <https://www.dw.com/en/putin-ouster-of-ukrainian-president-was-an-unconstitutional-coup/a-17472054>.

Harm and causation. The sheer breadth of the damages is coming from the dense grid networks and high generation capacity available in Ukraine, both far exceeding domestic consumption and capable of ensuring proportionally much higher transit. It is allegedly unmatched by other examples in history because, in particular, the last extensive wars in Europe happened before universal access to the electricity and other big conflicts had involved limited industrialized areas. Thus, establishing the single methodology and determining the damage under the circumstances of continuous repairs and damages is a complex task with thousands of surveyors to be recruited, trained and coordinated, the databases compiled, validated, verified and updated. With the dozens of companies involved, mechanics to preserve the cause of action and, potentially, funding and assignment of the claims to ensure that all the war crimes have just resolution. Assessment of the damage is another potentially contentious issue, a strategy 'build back better Ukraine' is widely advocated to make zero emission technologies and underground grid a backbone of the new economy while abandoning outdated coal, oil and gas generation plants that were destroyed. Procedurally, however, Russia had taken steps against straightforward liability for the attacks on civilian objects: back in 2019, the country had withdrawn its declaration on authority of the International Fact-Finding Commission established to investigate serious violations of the Geneva Conventions and Protocol I to it. Therefore, while Ukraine can borrow methodology for assessment of the damages to ZapNPP, for example, the acceptance of such assessment can be stuck with obstruction of the adjudication and/or negotiations by the perpetrator.

Incidentally, since Protocol I also directly protects the river dams from military attacks, the same analysis of the human right violations would apply to the destruction of Kakhovska dam, destroyed on June 6, 2023 and called "possibly the most significant incident of damage to civilian infrastructure since the start of the Russian invasion of Ukraine in February 2022" by UN Under Secretary-General for Humanitarian Affairs and Emergency Relief Coordinator, Martin Griffiths in his remarks to the UN Security Council on Ukraine, 6 June 2023.³⁹ Many also argue that Kakhovska dam and HPP should not be restored, at least not at the same scale and the land resources are used in a sustainable eco-friendly way: the creation of the cascade of Dnieper

reservoirs back in 1930-1970 activated destructive exogenous processes that led to the destruction of coastal ecosystems, forest vegetation, black earth soils, buildings and structures, roads and other communications systems. Environmental science has been proving that the plain river is damaged by artificial water stocks while transport purposes and access to the drinking water can be achieved by other means, much less invasive to the ecosystems.⁴⁰ Accordingly, the program of the Dniester River new reservoirs was halted since 2017; besides, the environmental academics have been pleading deregulation of the Dnieper basin for many decades and alternative river transportation solutions from the 19th century, whereas the Dnieper rapids can be used to produce electricity by the tidal and the flow technologies using the current flows of the river. Thus, a counterargument of restoring natural balance, albeit violently, through deregulation of the flow should be analyzed and countered rather than bluntly dismissed. At the very least, the evaluation of the damage should use not only the replacement or the restoration cost method.

Technological advancements in the 20th and 21st centuries have established centralized natural gas and electricity infrastructures, along with nationwide wholesale energy markets, as essential components of modern living and electricity access. While efforts toward decarbonization, along with scalable energy storage solutions, can enhance the resilience of infrastructure nodes and sub-nodes and empower consumers to become producers ("prosumers"), national grids and inter-state connectors will remain indispensable for ensuring security of energy supply. Therefore, the references to alternatives available to Ukrainian households would not hold the systematic scrutiny.

The Russian Federation, in planning its attacks on the electricity and natural gas infrastructure, is well aware of the state of technology in Ukraine, dependence of many people on the devices that run on electricity for the food preparation and storage, and the district heating system that uses pumps for the water and the fuel. Natural gas is widely used for the cooking and the heat generation in millions of households. Depriving people of electricity for a significant period would amount to sickness, aggravated disease and death. In fact, with the similar or harsher climate conditions compared to Ukraine, the Russian Federation and Belarus have

³⁹ UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, News and Press Release, Jun 6, 2023, <https://reliefweb.int/report/ukraine/under-secretary-general-humanitarian-affairs-and-emergency-relief-coordinator-martin-griffiths-remarks-un-security-council-ukraine-6-june-2023>.

⁴⁰ Shapar A., Shmatkov H., and Skrypnyk O., "Komu potribni vodoskhovishcha" ["Who needs open water reservoirs?"], 2000 16-19, August 7-12, 2020, in *The press service of the NAS of Ukraine*, accessed May 18, 2024, <https://www.nas.gov.ua/UA/Messages/Pages/View.aspx?MessageID=6751> [in Ukrainian].

quite similar levels of reliance on the centralized energy infrastructure.

The technology of the small-scale power generation is widely available, making claim by Ukraine objectionable on the ground that the damage caused could or was largely avoided through, in particular, off-grid generation such as *invincibility hubs (punkty nezlamnosti)* deployed in the Ukrainian cities when the district heating was failing due to power grid damage. The debate, therefore, could be refocused into the affordability issue of the off-grid generation as well as the use of health-damaging (less environmentally friendly) power generation technology. The natural gas substitutes are also available, but are heavily dependent on the core infrastructure: the LPG and PNG sources come from a few production facilities that takes quarters if not years, whereas electricity-generating mobile devices were bought, installed and operated in the hundreds of thousands as off-shelf products in various sizes – from energizing a single-device (0.5 kW) to backing up a block of apartments (0.5-1 MW). The generation for own needs has been used along with the storage at the level of the household appliance. The argument also should be held against the energy poverty benchmark, which the UK government recognized to be at 10 % of the household income and 20 % for extreme poverty.⁴¹ Ukrainian government, while it did not define the energy / fuel poverty, established 15 % of the household income as a threshold for subsidies on the utility bills, which includes, along with the electricity, heating and cooking energy, also water, sewage and solid waste disposal; the threshold will be raised to 20 % after the martial law expires.⁴² The costs in excess of the benchmark could be proved by averaging income and costs indicated by IEA⁴³ or International Renewable Energy Agency (IRENA) on the relevant technology of the household or multiapartment building scale.⁴⁴

The wholesale energy product studies come to help with their consensus that a centrally dispatched power system provides better security supplies and, besides, a competitive and transparent market of the

wholesale energy products is the most effective.⁴⁵ Quick addition of the self-generation, which is not only more expensive but also less sustainable and less efficient alternative to the centralized grid, ticks all three items on the energy injustice checklist. We submit that such degrading transformation of the supply side in Ukrainian energy system amounts to coercive practice that threatens political independence (due to fragmentation of the energy supplies) and, as a consequence, threat to the territorial integrity, both contrary to the principles of the UN Charter, Article 2(4).

While scalable energy storage for the bare household needs (e.g., lighting, communications, refrigerators) is on the brink of commercialization, scalable facilities remain in the testing or pilot stage. The alternatives for heating, in the multiapartment houses especially, remains a huge issue and can indeed, be argued to cause big cities in particular, all with some portions already affordable and subsidized by the state. The claim of the breach of the right to life, therefore, has its merit primarily in the context of cold weather during late October – early April, exactly the front and center of the Russian attacks on the energy infrastructure in the ninth year of aggression, that is, during first 15 months after military intervention under its own flag in February 2022.

The wholesale energy products can be viewed as the single object of the power attack, since the supply of the natural gas is undercut when electricity is not available, whereas much of the electricity supply, especially on the balancing and ancillary side of the market, is dependent on the availability of the natural gas. With evolving technologies for renewable electricity and energy storages that are mutually dependent might change, albeit not by decoupling the natural gas and electricity but by a wider mix of the energy products, such as hydrogen and biomethane. Water and heat are products of their own markets although they are, necessarily, derivatives of the wholesale energy products whenever supply of any scale is concerned.

On the physical side of electricity and the natural gas infrastructure, Ukraine's wholesale energy products are, ultimately, one and the same with the molecules and electrons of the ENTSO territories. Member-states of the Energy Communities and the companies operating in this common energy space are part of the environment. That is, they sustain damages – (a) as an indirect cost for technical

⁴¹ del Guayo, Godden, Zillman, Montoya, and González, *Energy Justice and Energy Law*.

⁴² Cabinet of Ministers of Ukraine, *On the new amount of expenses for housing and communal services payment, the purchase of liquefied gas, solid and liquid stove fuel in case a housing subsidy is provided*, Resolution 1156, July 27, 1998, Section 1, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1156-98-%D0%BF#Text> [in Ukrainian].

⁴³ International Energy Agency, *Energy System*, accessed May 18, 2024, <https://www.iea.org/energy-system>.

⁴⁴ International Renewable Energy Agency, *Renewable Power Generation Costs in 2022*, accessed May 18, 2024, <https://www.irena.org/Publications/2023/Aug/Renewable-Power-Generation-Costs-in-2022>.

⁴⁵ Kashif Imran and Ivana Kockar, "A technical comparison of wholesale electricity markets in North America and Europe," *Electric Power Systems Research* 108 (2014): 59–67, <https://doi.org/10.1016/j.epr.2013.10.016>.

support with the frequency reserves to prevent failures of the Ukrainian system; (b) direct cost of enhancing own safety and security of supplies – through increased reserves for network resilience, safeguards, repairs after cyberattacks and mysterious incidents, for example, damaged underwater pipelines and cables in the Baltic Sea, provided, the investigation proves causal connection to the activities of Russia or its allies; (c) indirect cost of higher prices on the natural gas and electricity caused by decrease of Ukrainian export and diversification of supplies.

Efficiency of the market for the wholesale energy products suffered due to suspension of the transparency data publication, delays in introduction of the insider platforms, reporting of the trades under Regulation (EU) No 1227/2011 (aka REMIT) and the quotes under REMIT II⁴⁶ as regards improving the Union's protection against market manipulation on the wholesale energy market), which can be established as systemic losses of two kinds: (a) idle reporting infrastructure; and (b) enabled market manipulation and insider trading that causes prices spikes or prevents the prices from falling.

Power traders can suffer significant damages due to market intransparency, which impedes their ability to make informed decisions and manage risks effectively. Key issues include (a) financial losses due to inaccurate pricing information and resulting poor trading decisions; (b) increased risk exposure to market volatility due to incomplete dataset on the historical trends, making hedging difficult; (c) mentioned above competitive disadvantage due to inferior information in comparison to a few well-connected participants; (d) operational inefficiencies due to increased costs of market intelligence and wrong hedging; (e) direct losses due to enabled price manipulation and insider trading, as well as indirect losses on the compliance exercise caused by internal and external investigations, litigations etc. as well as harm to the business reputation. Market intransparency undermines the trust and efficiency of power trading, ultimately harming the broader energy market and its stakeholders, martial law circumstances being no different in consequences. Accordingly, a case law on the damages suffered by the traders for intransparency should be developed. Part of the intransparency damages could be attributed to the

(over)reaction of the regulators, who are only now adjusting data exchange protocol appropriate for the circumstances,⁴⁷ but main causation can be placed on Russia as the perpetrator of the attacks.

Similarly, a causal link is present for the case of regulated retail prices on the electricity as well as ban on export and moratorium on retail price hike for the natural gas in Ukraine introduced soon after the start of the 2nd phase of Russia's aggression, i.e., after February 2022. The only difference between the natural gas and the electricity markets is that the former had halted the retail pricing mechanics and free export whereas the latter had deferred price liberalization (still in place as of the day of the article). Regulated prices in the energy market can lead to several detrimental effects on both traders and producers, such as: (a) financial losses due to suboptimal distribution of value, with reduced profit margins for traders who buy and prices below the cost of production for the producers, (b) reduced investment incentives both in the trading infrastructure and the production stages from deposit exploration to downstream fuel production, stifling industry growth and innovation; (c) market distortions that make difficult for traders to manage risks and for producers to underinvest or overinvest in the production and relevant resources with resulting supply shortages or surpluses; (d) negative cash flow due to inelastic overhead costs of compliance and administrative burdens that does not reward productivity. As a result, the state will bail out some of the players, increasing structural distortion and the share of the public sector. Thus, regulated prices undermine the economic viability and operational efficiency of the energy market, leading to broader market inefficiencies and hindering the sector's growth and development – the method for calculation of the damage and allocating the part to the aggressor state has yet to be proposed.

The donor countries and companies contributed funds and equipment aiding access to Ukrainian wholesale energy products and risking or incurring shortage of supply and price inflation on the equipment for generation and networks. Those donors incurred direct and indirect costs that would not be recoverable under normal circumstances, if only Civil Code and Commercial Code principles of loss recovery were to apply. The ecosystem of compensation should take into account these donors as potential claimants and award them with the standing as well as ranking among the creditors with

⁴⁶ Regulation (EU) 2024/1106 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 amending Regulations (EU) No 1227/2011 and (EU) 2019/942 as regards improving the Union's protection against market manipulation on the wholesale energy market, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32024R1106>.

⁴⁷ Oleh Zahnitko, "Legal Ensure of Transparency of Data on Wholesale Energy Products," *Economics and Law* 2 (2024): 50–63, <https://doi.org/10.15407/econlaw.2024.02.050> [in Ukrainian].

the claims to the (frozen) assets of the Russian government and delinquent civil servants, officers and soldiers.

The immense and complex task requires not only innovation but also the systematic effort on the part of the legislature. The class action, litigation funding and more generous legal fees should be part of an approach for bringing Russia to justice for its war crimes and ensuring a fundamental right of every citizen to access energy, lighting, water and heating.

Conclusions and implications. The attack by Russia on Ukraine's wholesale energy system appears, in retrospect, an intentional, pre-planned and consistently executed aspect of the aggression, which started in February 2022 and first milestone completed with the seizure of ZapNPP, second phase – incapacitation of the renewables within the first months and the third – attack on thermal generation and co-generation, which started in September 2022. The coordinated strikes by long-range missiles and drones since early October 2022 was an eventual escalation through a wider range of weaponry to achieve the initial goal.

While it is unclear, whether ICC considered attacks on the non-electricity infrastructure in its 2024 rulings on issuing the warrants of arrests, the same elements of a crime are present, in our view in attacks to water and district heating infrastructure as well as, to a lesser extent, natural gas transportation and distribution infrastructure.

The assessment of the damages after the attacks requires vigorous effort. The replacement cost method of valuation does not seem appropriate with respect to thermal and nuclear facilities without adjustment due to ageing fixed assets of the generating facilities. An adjustment for the optimization of the wholesale energy systems in technology and efficiency should be considered as a factor. Another aspect to be taken into account is environmental factors – installation, utilization and conservation costs that are being incurred through decentralization of the generation and replacement of Russia's nuclear and nuclear safety technology.

The renewable generation capacity (except large hydro) and grid, however, may well use the cost-plus lost income methodology. Finally, it might be appropriate to use a bespoke approach to each case. A consistency can be added, however, if (when) the Government of Ukraine accepts a strategic view that of the Dnieper flow as well as the flow of other river valleys must be deregulated.

As one of the consequences of the attack on Ukrainian energy infrastructure, Russia should be

brought to accountability for the human rights violations, with the range of the causes of action. We maintain that Russia violated the following human rights, which it has undertaken to protect, under the international treaties:

(a) the right to life of the civilians provided under ICCPR, Article 6.1, CPPCG, Article II(c). Russia breached these provisions by depriving Ukrainians of access to water (through outage of the water supply facilities), as well the lives of individuals with acute or chronic condition, who depend on access to electricity;

(b) the right to physical and mental health under ICESCR, Article 12, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Article 1(1), Article 2(2), CPPCG, Article II(c). Disruption of the power deprived individuals of the access to the proper medical care and electricity-powered devices for daily care, disrupted pharmaceutical industry and supply chain that requires, in particular, proper manufacturing and storage temperatures;

(c) the right to adequate standard of living under ICESCR, Article 11, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Article 14(2)(h). Millions of individuals were deprived of access to the food storage, cooking, hygiene facilities; they were also restricted in mobility and accessibility to the medical and social services, public and individual transportation powered by electricity.

CPPCG, however, is a priority mechanism due to oversight by the UN International Court of Justice; the case will also be helped by the materials and decisions in the ongoing proceedings initiated by Ukraine against Russia. The toolkit of energy justice can be used thanks to the exponentially growing body of studies on the sustainability, affordability and accessibility of energy. Premises for procedural and restorative justice in the Ukrainian case are unprecedented and will require theoretical innovations to assess the damage and prove the causal link.

The case study is by no means exhaustive and should be used as a part of broader effort to systematize the data on the violations by the Russian Federation and its agents in their reckless and malicious activities in Ukraine since late February 2014. The article, in particular, did not look closely at the violation of Geneva Conventions and nuclear safety conventions, which, in our view, could be studied in the wider context of the humanitarian law violations directed at specific objects rather than the entire wholesale energy system.

Bibliography

- Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court. Official Records (ICC-ASP/1/3 and Corr.1). Accessed July 15, 2024. https://legal.un.org/icc/asp/1stsession/report/first_report_contents.htm.
- BBC. “Ukraine dam: What we know about Nova Kakhovka incident,” June 8, 2023. Accessed July 15, 2024. <https://www.bbc.com/news/world-europe-65818705>.
- Cabinet of Ministers of Ukraine. *On the new amount of expenses for housing and communal services payment, the purchase of liquefied gas, solid and liquid stove fuel in case a housing subsidy is provided*. Resolution 1156, July 27, 1998. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1156-98-%D0%BF#Text> [in Ukrainian].
- Cervantes, Miguel Ángel Marmolejo, and Lisa Reilly Solis. “Energy poverty and social justice in Mexico: The rights of electricity consumers.” *The Electricity Journal* 37, no. 2 (2024): 107372. <https://doi.org/10.1016/j.tej.2024.107372>.
- Convention on Nuclear Safety adopted on 17 June 1994 by a Diplomatic Conference convened by the International Atomic Energy Agency at its Headquarters. Accessed July 15, 2024. <https://www.iaea.org/publications/documents/infcircs/convention-nuclear-safety>.
- Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964, by the Protocol of 16 November 1982 and by the Protocol of 12 February 2004, NEA (2023), Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy: Unofficial consolidated text and exposé des motifs, OECD Publishing, Paris. Accessed July 15, 2024. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_79139/paris-convention-consolidated?preview=true.
- del Guayo, Iñigo, Lee Godden, Donald D. Zillman, Milton Fernando Montoya, and José Juan González. *Energy Justice and Energy Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198860754.001.0001>.
- Deutsche Welle. “Putin rejects Ukraine ‘coup,’” March 4, 2014. Accessed July 15, 2024. <https://www.dw.com/ru/proryv-vsuna-vostoke-glavnye-sobytia-200go-dna-vojnny-rossii-protiv-ukrainy/a-63086395>.
- . “Breakthrough of the Ukrainian Armed Forces in the East: the main events of the 200th day of the war,” September 11, 2022. Accessed July 15, 2024. <https://www.dw.com/en/putin-ouster-of-ukrainian-president-was-an-unconstitutional-coup/a-17472054>.
- Energy Community. “Ukraine Legal Support Platform.” Accessed May 18, 2024. <https://www.energy-community.org/Ukraine/platform.html>.
- Faria, Wandry Rodrigues, Gregorio Muñoz-Delgado, Javier Contreras, and Benvindo Rodrigues Pereira Junior. “A trilevel programming model for the coordination of wholesale and local distribution markets considering GENCOs and proactive customers.” *Applied Energy* 357 (2024): 122509. <https://doi.org/10.1016/j.apenergy.2023.122509>.
- Human Rights Watch. “Ukraine: Russian Attacks on Energy Grid Threaten Civilians,” December 6, 2022. Accessed May 18, 2024. <https://www.hrw.org/news/2022/12/06/ukraine-russian-attacks-energy-grid-threaten-civilians>.
- Imran, Kashif, and Ivana Kockar. “A technical comparison of wholesale electricity markets in North America and Europe.” *Electric Power Systems Research* 108 (2014): 59–67. <https://doi.org/10.1016/j.epr.2013.10.016>.
- International Court of Justice. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation): Judgement of 2 February 2024. Accessed May 18, 2024. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20240202-jud-01-00-en.pdf>.
- International Criminal Court | Cour Penale Internationale. Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei Kuzhugetovich Shoigu and Valery Vasilyevich Gerasimov, press-release, June 25, 2024. Accessed July 15, 2024. www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-sergei-kuzhugetovich-shoigu-and-valery-vasilyevich-gerasimov.
- International Energy Agency. Energy Access: Achieving modern energy for all by 2030 seems unlikely. Accessed May 18, 2024. <https://www.iea.org/topics/energy-access>.
- International Energy Agency. Energy System. Accessed May 18, 2024. <https://www.iea.org/energy-system>.
- International Energy Agency. Fossil Fuels. Accessed May 18, 2024. <https://www.iea.org/energy-system/fossil-fuels>.
- International Renewable Energy Agency. Renewable Power Generation Costs in 2022. Accessed May 18, 2024. <https://www.irena.org/Publications/2023/Aug/Renewable-Power-Generation-Costs-in-2022>.
- Javadi, F. S., B. Rismanchi, M. Sarraf, O. Afshar, R. Saidur, H. W. Ping, and N. A. Rahim. “Global policy of rural electrification.” *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 19 (2013): 402–416. <https://doi.org/10.1016/j.rser.2012.11.053>.
- Li, Kang, Bob Lloyd, Xiao-Jie Liang, and Yi-Ming Wei. “Energy poor or fuel poor: What are the differences?” *Energy Policy* 68 (2014): 476–481. <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2013.11.012>.
- Mello, J., and J. Villar. “Integrating flexibility and energy local markets with wholesale balancing responsibilities in the context of renewable energy communities.” *Energy* 282 (2023): 128853. <https://doi.org/10.1016/j.energy.2023.128853>.
- Ochoa, Rigoberto García, Daniel Itzamna Avila-Ortega, and Jordi Cravioto. “Energy services’ access deprivation in Mexico: A geographic, climatic and social perspective.” *Energy Policy* 164 (2022): 112822. <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2022.112822>.
- Radio Free Europe / Radio Liberty. “Zaporizhzhia Nuclear Plant Declared Russian ‘Federal Property’ After Putin Signs Annexation Decrees,” October 5, 2022. Accessed July 15, 2024. <https://www.rferl.org/a/ukraine-russia-us-aid/32066068.html>.
- . “Russia Targets Port Installations, Civilian Facilities in Southern Ukraine, Causing Deaths, Damage,” July 21, 2023. Accessed July 15, 2024. <https://www.rferl.org/a/russia-targets-port-southern-ukraine/32511356.html>.
- . “Russia Says Main Power Line to Zaporizhzhia Nuclear Plant Goes Down,” May 23, 2024. Accessed July 15, 2024. <https://www.rferl.org/a/ukraine-russia-zaporizhzhya-nuclear-power/32960891.html>.
- Regulation (EU) 2024/1106 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 amending Regulations (EU) No 1227/2011 and (EU) 2019/942 as regards improving the Union’s protection against market manipulation on the wholesale energy market. Accessed May 17, 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32024R1106>.
- Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency. *Official Journal of the European Union*. Accessed May 17, 2024. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2011.326.01.0001.01.ENG&to=c=OJ%3AL%3A2011%3A326%3ATOC.
- Reuters. “Russia-installed official accuses Ukraine of fresh shelling of nuclear plant,” August 30, 2022. Accessed July 15, 2024. <https://www.reuters.com/world/europe/russia-accuses-ukraine-fresh-shelling-nuclear-plant-2022-08-30/>.
- Russia will no longer participate in the Council of Europe: a problematic Member State who could not commit to peace. March 10, 2022. *ECHR blog*. Accessed May 18, 2024. <https://www.echrblog.com/2022/03/russia-will-no-longer-participate-in.html> also quoting official Telegram channel of the Russian Federation Ministry of the Foreign Affairs. Accessed May 18, 2024. https://t.me/tass_agency/117784.
- Shapar, A., Shmatkov H., and Skrypnik O. “Komu potribni vodoshkovyshcha” [“Who needs open water reservoirs”]. 2000 16-19, August 7–12, 2020. In *The press service of the NAS of Ukraine*. Accessed May 18, 2024. <https://www.nas.gov.ua/UA/Messages/Pages/View.aspx?MessageID=6751> [in Ukrainian].

- Suástegui Macías, J. A., A. J. López Valenzuela, A. Acuña Ramírez, P. F. Rosales Escobedo, and A. H. Ruelas Puente. "Reduction of energy poverty in Mexico by applying an optimization model to residential energy tariffs." *Energy Reports* 9 (2023): 3431-9. <https://doi.org/10.1016/j.egy.2023.02.022>.
- The New Voice of Ukraine. "Russia claims Ukraine plans Kyiv and Kaniv dams sabotage," July 12, 2024. Accessed July 15, 2024. <https://english.nv.ua/nation/russia-lies-ukraine-allegedly-plans-blow-up-kyiv-hydroelectric-power-plant-and-kaniv-reservoir-50434439.html>.
- Tully, Stephen. "The Human Right to Access Electricity." *Electricity Journal* 19 (2006): 30–39. <https://doi.org/10.1016/j.tej.2006.02.003>.
- Ukrhydroenergo: official site. "Ukrhydroenergo estimates losses from russian attacks at more than €3 billion," March 21, 2024. Accessed May 18, 2024. <https://en.uhe.gov.ua/news/ukrhydroenergo-estimates-losses-russian-attacks-more-eu3-billion>.
- . "Ihor Syrota: There is no threat of a dam break at Dnipro HPP," March 22, 2024. Accessed May 18, 2024. <https://en.uhe.gov.ua/news/ihor-syrota-there-no-threat-dam-break-dnipro-hpp>.
- UN News. "Security Council debates Russian strike on Ukraine nuclear power plant," March 4, 2022. Accessed July 15, 2024. <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113302>.
- UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. News and Press Release. Jun 6, 2023. Accessed July 15, 2024. <https://reliefweb.int/report/ukraine/under-secretary-general-humanitarian-affairs-and-emergency-relief-coordinator-martin-griffiths-remarks-un-security-council-ukraine-6-june-2023>.
- UNECE Renewable Energy Status Report 2022, prepared jointly by the Renewable Energy Policy Network for the 21st Century (REN21) and the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE). Accessed July 15, 2024. <https://unece.org/sustainable-energy/renewable-energy/unece-renewable-energy-status-report>.
- United Nations. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948. Accessed May 18, 2024. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc_I_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf.
- United Nations. Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War adopted on 12 August 1949 as amended. Accessed May 18, 2024. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/geneva-convention-relative-protection-civilian-persons-time-war>.
- United Nations. International Covenant on Civil and Political Rights adopted on 16 December 1966. Accessed May 18, 2024. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
- United Nations. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted on 19 December 1966. Accessed May 18, 2024. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.
- United Nations. 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Accessed May 18, 2024. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.
- United Nations. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment adopted on 10 December 1984. Accessed May 18, 2024. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>.
- United Nations. Rome Statute of The International Criminal Court adopted on 17 July 1998. Accessed May 18, 2024. https://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm.
- United Nations. Resolution adopted by the General Assembly no. 70/1 on 25 September 2015 [without reference to a Main Committee (A/70/L.1)]. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Accessed May 18, 2024. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.
- Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage adopted on 21 May 1963. Accessed July 15, 2024. <https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions/vienna-convention-on-civil-liability-for-nuclear-damage>.
- World Nuclear Association. Ukraine: Russia-Ukraine War and Nuclear Energy. Timeline – key events. Updated April 15, 2024. Accessed July 15, 2024. <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/ukraine-russia-war-and-nuclear-energy#zaporizhzhia-nuclear-power-plant>.
- Zahnitko, Oleh. "Legal Ensure of Transparency of Data on Wholesale Energy Products." *Economics and Law* 2 (2024): 50–63. <https://doi.org/10.15407/econlaw.2024.02.050> [in Ukrainian].

Загнітко О. П.

ЗРИВ ОПТОВИХ ЕНЕРГЕТИЧНИХ ПОСТАВОК ЯК ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ: ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ПРИЧИННО-НАСЛІДКОВОГО ЗВ'ЯЗКУ

Досліджено перетин безпеки постачання енергії та прав людини в Україні із фокусом на міжнародно-правових наслідках збоїв у постачанні оптових енергетичних продуктів. З початку жовтня 2023 року український оптовий енергетичний сектор зазнає атаки, проте міжнародна спільнота не виробила чіткої юридичної позиції. У статті залишено поза увагою шкоду для економічного розвитку країни та особисту відповідальність безпосередніх виконавців та організаторів нападів, натомість розглянуто ризики, спричинені атаками на енергетичну систему, для прав людини та інших імперативних норм міжнародного публічного права, включно з доступом до життєво важливих послуг, права на охорону здоров'я та на достатній життєвий рівень. Цілі сталого розвитку до 2030 року, ухвалені на саміті ООН, передбачають гідне життя та доступ до енергії, який розглядають як невідчужувану частину достатнього рівня життя та оперують поняттям енергетичної бідності як явища, якого слід уникати. Енергетична бідність, за сучасного технологічного розвитку України, переважно означає недоступність або надмірно дорогую енергію (порогом можна вважати 10–20 % доходів

домогосподарства). Атаки російської федерації позбавляють домогосподарства різних регіонів доступу до енергії, спричиняючи енергетичну бідність по всій території України, під особливою загрозою – люди з особливими потребами та люди з гострими захворюваннями, адже велика частина діагностики та лікування потребує медичних приладів, які мають мережеве електроживлення. Низка конвенцій загального (пакти про права людини 1966 року) та спеціального характеру (конвенції про заборону тортур, про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок, Римський статут, про запобігання злочину геноциду) зобов'язують держави забезпечити різні аспекти права людини на достатній рівень життя, що є об'єктивною стороною правопорушення. Суб'єктивну сторону проаналізовано через передбачуваність наслідків атак та очікувані заперечення про технологічні можливості самозабезпечення домогосподарств і пом'якшення наслідків від переходу енергетичної системи України до більш сталих джерел енергії через зобов'язання Уряду України зменшення шкідливого впливу на довкілля. На основі аналізу норм позитивного права та міжнародного стандарту прав людини це дослідження доводить, що тривалі або значні перебої в постачанні оптової енергії є порушенням прав людини та достатньою підставою для процесуальних дій Уряду України, на підставі багатосторонніх міжнародних угод та в порядку, передбаченому ними, проти Уряду російської федерації.

Ключові слова: енергетична безпека, права людини, російсько-українська війна, оптові енергетичні продукти, зрив постачання оптової енергії, воєнний злочин, злочин геноциду.

*Матеріал подано 23.05.2024,
оновлено 16.07.2024*



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Іванишин І. Б.

<https://orcid.org/0009-0000-6238-7878>

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НАДАННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПОСЛУГ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Розглянуто питання правового регулювання ЄС надання соціальних послуг у державах-членах. Загострено увагу на проблемах і потребах вироблення єдиних підходів до соціального забезпечення, зокрема соціальних послуг, з урахуванням міжнародних, регіональних європейських стандартів у зазначеній сфері.

Автор наводить кілька основних підходів до визначення поняття соціальних послуг у правовому просторі ЄС: соціальні послуги з погляду їхніх надавачів, соціальні послуги з погляду одержувачів (адресатів) таких послуг, соціальні послуги як загальне благо, що має суспільний інтерес. У статті наголошено на пріоритеті людиноцентричного підходу до розуміння та правового регулювання соціальних послуг за правом ЄС, а тому основним підходом до унормування соціальних послуг має бути їх розуміння з погляду реципієнтів.

Автор підтримує тезу про те, що гармонізація у сфері соціального забезпечення, зокрема й соціальних послуг, украй ускладнена через відмінності національних систем, а тому в науці права соціального забезпечення та правових актах ЄС ідеться про координацію, а не гармонізацію соціального забезпечення.

Таку координацію, узгодження та запобігання конфліктам норм у праві соціального забезпечення між державами-членами ЄС та третіми країнами забезпечують не лише міжнародні та регіональні соціальні стандарти, а й відповідні двосторонні договори.

Ключові слова: соціальний захист, євроінтеграція, соціальне право, соціальне забезпечення, соціальне обслуговування.

Особливостями сучасного стану розвитку соціального права в Україні є необхідність узгодження вітчизняного законодавства з вимогами права ЄС, врахування низки негативних чинників, зумовлених спочатку гібридною, а потім – відкритою повномасштабною агресією РФ проти України, що призвело до таких соціальних явищ: внутрішнє переміщення громадян України, які потребують соціальної підтримки; суттєвий вплив економічно активного населення за межі України з метою пошуку тимчасового захисту від війни; мобілізація в умовах воєнного стану, що супроводжується зростанням кількості людських втрат та людей з інвалідністю внаслідок війни; зменшення рівня доходів населення через втрати економіки України, зумовлені руйнуванням, витратами на оборону держави та іншими явищами.

На жаль, цей перелік можна продовжувати, адже соціальне забезпечення в державі, що захищається від воєнної агресії іншої держави, об'єктивно потребує внесення змін та коригувань до правового регулювання цієї сфери.

Також вважаємо, що об'єктивно роль соціального забезпечення та соціальних послуг після закінчення кривавої війни буде лише зростати. Крім цього, інтеграція України до політичного, економічного та правового простору ЄС у соціально-економічній сфері передбачає гармонізацію національного законодавства у сфері соціального забезпечення, зокрема щодо надання соціальних послуг.

Отже, загальною **проблемою** у сфері правового регулювання соціальних послуг в Україні є гармонізація національного законодавства з правом ЄС щодо надання соціальних послуг в умовах воєнного стану з перспективою регулювання соціальних послуг у повоєнний час в Україні.

За нашими спостереженнями, підходи до правового регулювання соціальних послуг на рівні ЄС та окремих держав-членів ще недостатньо вивчено та проаналізовано щодо врахування найкращого досвіду та практики як регулювання, так і надання соціальних послуг. Вважаємо, що реформування системи надання соціальних

послуг в Україні має проводитися з урахуванням сучасного стану розвитку права та науки соціального забезпечення в ЄС та Україні з огляду на зазначені нижче аспекти.

Важливим науковим завданням, на нашу думку, залишається проведення аналізу національного правового регулювання ЄС щодо надання соціальних послуг з метою визначення загальних правових положень та їх імплементації в окремих державах-членах ЄС. Врахування досвіду ЄС є неодмінною умовою під час реформування та гармонізації правового регулювання надання соціальних послуг в Україні в умовах посилення євроінтеграційних процесів.

Як свідчить **аналіз останніх досліджень і публікацій**, питанням, у яких започатковано розв'язання проблеми аналізу правового регулювання надання соціальних послуг у ЄС, присвятили свої праці українські дослідники О. Гнатчук, К. Денисенко, В. Костюк, В. Мельник, Н. Мокрицька, Б. Сташків, О. Тищенко, К. Шесткова, Л. Шумна, С. Яремчук та багато інших. У західній науковій думці проблеми надання соціальних послуг вивчали А. Анттонен, Р. Гедлі, М. Макґрат, Ф. Мартінеї, М. Мецке, Ф. Турлан та ін.

Серед наукових публікацій на тему правового регулювання соціальних послуг варто виокремити працю, присвячену соціальним послугам як предмету соціально-обслуговувальних правовідносин¹. Дослідники наводять розлогу класифікацію соціальних послуг, ґрунтуючись на нормативно-правовому регулюванні соціально-забезпечувальних правовідносин і Класифікаторі соціальних послуг. Автори критикують «легальне визначення соціальних послуг». Зокрема, звертають увагу на помилковість визначення соціальних послуг через комплекс заходів, натомість підтримують визначення цього поняття через комплекс дій, а не заходів, що закріплено Законом України «Про соціальні послуги». Крім того, Л. Шумна, Б. Сташків та К. Денисенко наводять власне визначення соціальних послуг².

Порівняльний аспект визначення поняття соціальних послуг висвітлено у статті Н. Кривоконь

¹ Лариса Шумна, Богдан Сташків і Катерина Денисенко, «Соціальні послуги як об'єкти соціально-обслуговувальних правовідносин: поняття, види та особливості (частина I)», *Кримінально-виконавча система: Вчора. Сьогодні. Завтра* 1 (2021): 113–35, http://nbuv.gov.ua/UJRN/kvsvsz_2021_1_12; Лариса Шумна, Богдан Сташків і Катерина Денисенко, «Соціальні послуги як об'єкти соціально-обслуговувальних правовідносин: поняття, види та особливості (частина II)», *Кримінально-виконавча система: Вчора. Сьогодні. Завтра* 2 (2021): 132–47, http://nbuv.gov.ua/UJRN/kvsvsz_2021_2_13.

² Шумна, Сташків і Денисенко, «Соціальні послуги як об'єкти соціально-обслуговувальних правовідносин: поняття, види та особливості (частина I)», 116.

«Дефініція категорії “соціальні послуги”: проблеми концептуалізації»³. Дослідниця проводить детальний аналіз англійських публікацій щодо визначення поняття соціальних послуг, пропонує власну дефініцію категорії «соціальні послуги»⁴ з урахуванням положень Закону України «Про соціальні послуги» та доробку західних науковців. Проте варто зазначити, що авторка розглядає соціальні послуги з позицій соціальної роботи, а не правового регулювання.

Автори статті «Координація систем соціального забезпечення у сфері соціального страхування в Європейському Союзі: інституційно-правові засади» здійснили огляд права ЄС щодо координації соціального забезпечення та дійшли, зокрема, висновку, що:

узгодження систем соціального забезпечення Європейського Союзу та України набуває особливого значення. З цією метою Україні потрібно не лише врегулювати відповідно до європейських стандартів власні норми соціального страхування (між іншим, сукупність періодів страхування, проживання або роботи), але й подумати над експортом пільг. Важливо внести корективи у власну парадигму «соціального забезпечення», взявши за основу досвід ЄС⁵.

Однак власне соціальні послуги залишаються поза фокусом уваги авторів зазначеної публікації.

Дуже цікавим з погляду теорії права соціального забезпечення ЄС видається запропонований О. Голінкер підхід до проблеми координації соціального забезпечення між державами-членами ЄС в аспекті різних теорій інтеграції (неофункціоналізм, інтерговерменталізм, постфункціоналізм)⁶. Дослідниця доходить, зокрема, висновку, що в процесі обговорення реформування координації системи забезпечення преважує теорія інтерговерменталізму, оскільки теорія неофункціоналізму не принесла позитивних результатів⁷.

³ Наталія Кривоконь, «Дефініція категорії “соціальні послуги”: проблеми концептуалізації», *Проблеми соціальної роботи: філософія, психологія, соціологія* 1 (2019): 37–45, http://nbuv.gov.ua/UJRN/prgr_2019_1_7.

⁴ Там само, 44.

⁵ Катерина Шестаківа, Сергій Яремчук і Оксана Гнатчук, «Координація систем соціального забезпечення у сфері соціального страхування в Європейському Союзі: інституційно-правові засади», *Університетські наукові записки* 3(87) (2022): 134, <https://doi.org/10.37491/UNZ.87.10>.

⁶ Oxana Golynger, “EU Coordination of Social Security from the Point of View of EU Integration Theory,” *European Journal of Social Security* 22, no. 2 (2020): 112–17, <https://doi.org/10.1177/1388262720938154>.

⁷ Ibid., 133.

Проте аналізу координації соціальних послуг у системі соціального забезпечення в ЄС О. Голинкер не проводить, хоча й звертається до впливу виходу Великої Британії з ЄС на дезінтеграцію та наступну координацію соціального забезпечення громадян Об'єднаного Королівства та ЄС.

Отже, беручи до уваги зазначені публікації, вважаємо доцільним проведення аналізу правового регулювання відносин щодо надання соціальних послуг в ЄС з метою визначення найкращого європейського досвіду для врахування в процесі правового забезпечення реформування системи надання соціальних послуг та гармонізації українського законодавства з основними положеннями права ЄС.

Перш ніж аналізувати правове регулювання надання соціальних послуг в окремих державах-членах ЄС, варто наголосити на складності та, власне, відсутності необхідності гармонізації законодавства держав-членів ЄС щодо соціального забезпечення, зокрема щодо надання соціальних послуг. Ідеться не так про гармонізацію, як про координацію національних правових систем. Проте ми можемо говорити про спільне, загальне підґрунтя такої координації, в основі якої лежить право на соціальний захист як соціальне право людини. Це потрібно пам'ятати, враховувати в дослідженні правового регулювання соціальних послуг, адже передовсім ми маємо справу з правами людини.

Відповідно до положень ст. 23 Загальної декларації прав людини:

Кожна людина, як член суспільства, має право на соціальне забезпечення і на здійснення необхідних для підтримання її гідності і для вільного розвитку її особи прав у економічній, соціальній і культурній галузях за допомогою національних зусиль і міжнародного співробітництва та відповідно до структури і ресурсів кожної держави⁸.

Отже, Загальна декларація прав людини як універсальний документ у сфері захисту прав людини декларує право кожної людини на соціальне забезпечення, яке реалізується за допомогою ресурсів кожної держави в умовах міжнародного співробітництва. Це означає, що право на соціальне забезпечення залежить від ресурсів держави, національних зусиль та міжнародного співробітництва в цій сфері.

У ст. 9 Міжнародного пакту про економічні, культурні та соціальні права зазначено: «Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожної людини на соціальне забезпечення, включаючи соціальне страхування»⁹.

Система координації соціального забезпечення щодо соціальних послуг у державах-членах ЄС будується з урахуванням положень Конвенції про мінімальні норми соціального забезпечення (Конвенції МОП № 102), Конвенції про права осіб з інвалідністю, Конвенції про організацію служби зайнятості (Конвенції МОП № 88) та низки інших міжнародних конвенцій та рекомендацій МОП¹⁰.

Процес координації соціальних послуг між державами-членами ЄС ускладнюється як системою ухвалення рішень, так і рівнем економічного розвитку цих держав. О. Голинкер, зокрема, зазначає:

Системи суттєво відрізняються в різних країнах ЄС, з відмінностями в розмірі бюджету та способі його розподілу, джерелі фінансування, ступені покриття ризиків серед населення та ролі соціальних партнерів. Крім того, стаття 153(4) Договору про функціонування Європейського Союзу гарантує право держав-членів визначити основоположні принципи своїх систем соціального забезпечення та не зазнавати значного впливу на їхню фінансову рівновагу. Якщо Європейська Рада використовує положення *passerelle* у статті 48(7) Договору про Європейський Союз і застосовує голосування кваліфікованою більшістю у відповідній сфері або справі, тоді вона може діяти шляхом голосування кваліфікованою більшістю, а не одностайністю, коли вона ухвалює рекомендації в цій сфері або справі на основі статті 292 ДФЄС. Перехід до голосування кваліфікованою більшістю стимулював би згоду щодо таких рекомендацій, які б спрямовували та допомагали підтримувати процес конвергенції до систем соціального захисту, придатних для XXI століття, принаймні з точки зору тих, хто віддає перевагу неофункціоналістському методу інтеграції¹¹ (переклад наш. – І. І.).

⁹ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, 16 грудня 1966, https://zakon.rada.gov.ua/go/995_042.

¹⁰ ILO Social Security and Other Labour Standards, Social Protection and Human Rights, <https://socialprotection-humanrights.org/legal-depository/legal-instruments/ilo-social-security-and-other-labour-standards/>.

¹¹ Golyner, "EU Coordination of Social Security from the Point of View of EU Integration Theory," 126.

⁸ Загальна декларація прав людини, Декларація ООН, 10 грудня 1948, *Голос України*, 10 грудня 2008.

Водночас попри системні, юридичні та економічні особливості координації соціального забезпечення, зокрема надання соціальних послуг, у праві ЄС робляться спроби такого узгодження. Крім того, у науковій літературі наголошено на необхідності модернізації системи координації соціального забезпечення¹², що зумовлено процесами діджиталізації, необхідністю збереження соціальної захищеності особи та забезпечення свободи руху робочої сили в межах ЄС.

Поняття соціальних послуг у ЄС має декілька визначень, які відрізняються підходом до їх розуміння. Наприклад, Європейська фундація з поліпшення умов життя та праці (англ. *Eurofound*) як агентство у системі ЄС, діяльність якого спрямована, зокрема, й на соціальне забезпечення, наголошує на соціальних послугах як економічній активності у сфері домашнього догляду та інституційної соціальної роботи як у публічному секторі, так і послугах неурядових організацій та приватних компаній¹³. Тобто цей підхід орієнтований на надавачів послуг.

Європейська Комісія натомість підходить до поняття соціальних послуг з позицій одержувачів таких послуг, тобто вказує на потреби реципієнтів, а також на розуміння соціальних послуг як загального блага¹⁴, як публічного інтересу (соціальна підтримка, соціальне житло, догляд за дитиною, послуги з працевлаштування та підвищення кваліфікації)¹⁵. Отже, на відміну від соціальної допомоги в грошовій формі, соціальні послуги спрямовані на безпосередню підтримку людей з метою запобігання соціальним ризикам і зменшення їхньої вразливості.

Попри те що соціальні послуги є важливим компонентом соціальної політики та соціального забезпечення, надання таких послуг суттєво відрізняється в різних державах залежно від ступеня розвитку системи соціального забезпечення, джерел соціальної підтримки та національної системи соціального забезпечення¹⁶. Отже,

вироблення єдиного підходу на рівні ЄС щодо розуміння соціальних послуг, їх категоризації та надання видається неможливим через національні відмінності та множинність підходів до поняття соціальних послуг.

Утім, проаналізувавши та узагальнивши різні доктринальні й інституційні підходи до поняття соціальних послуг, Європейська фундація з поліпшення умов життя та праці у своєму звіті зазначає, що під соціальними послугами розуміють персональну підтримку на індивідуальному або комунальному рівнях¹⁷, а також вказує на загальне зростання витрат (тобто інвестицій) держав-членів ЄС на соціальні послуги в період після кризи 2008–2012 років, навіть незважаючи на виклики пандемії та російської агресії проти України¹⁸.

Центральне місце в системі правового забезпечення надання, отримання та розвитку соціальних послуг у ЄС посідає Європейська опора соціальних прав (*European Pillar of Social Rights*)¹⁹, прийнята Європейським Парламентом 19 січня 2017 року²⁰. Практично кожне із 20 прав-принципів, закріплених цим документом, стосується соціальних послуг, через які вони, власне, і реалізуються. Особливо виразно це проявляється в положеннях глави I «Рівні можливості та доступ до ринку праці» (наприклад, активна підтримка зайнятості) та глави III «Соціальний захист та інклюзія» (наприклад, довготривалий догляд, житло та підтримка для безхатьків).

Також варто звернутися до Хартії основних прав Європейського Союзу. Положеннями ст. 34 Хартії передбачено:

Союз визнає та поважає право на соціальне страхування та соціальні послуги, що забезпечують захист у таких випадках, як материнство, хвороба, нещасні випадки на виробництві, залежність або старість, а також у разі втрати роботи, відповідно до правил, встановлених правом Союзу та національними законами та практиками²¹ (переклад наш. – *I. I.*).

¹² Brigitta Biróné Malustyik, "Modernisation Efforts in EU Social Security Coordination," *Revista Jurídica de la Universidad de León* 11 (2023): 95–112, <https://doi.org/10.18002/rjule.111.8166>.

¹³ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Representativeness of the European Social Partner Organisations: Human Health Sector* (LU: Publications Office, 2020), 4, <https://data.europa.eu/doi/10.2806/243432>.

¹⁴ Communication from the Commission – Implementing the Community Lisbon Programme – Social Services of General Interest in the European Union {SEC(2006) 516} (2006), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0177>.

¹⁵ 3rd Biennial report on social services of general interest. Social investment package. Commission staff working document. SWD (2013) 40 final, 20 February 2013, <https://aei.pitt.edu/45915/>.

¹⁶ Philip Manow, "Models of the Welfare State," in *The Oxford handbook of the welfare state* (Oxford: Oxford University Press, 2021), 787–802, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198828389.013.45>.

¹⁷ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Social Services in Europe: Adapting to a New Reality* (LU: Publications Office, 2023), 6–7, <https://data.europa.eu/doi/10.2806/347055>.

¹⁸ *Ibid.*, 47–48.

¹⁹ European Commission. Secretariat General, *European Pillar of Social Rights* (LU: Publications Office, 2017), <https://data.europa.eu/doi/10.2792/95934>.

²⁰ European Parliament resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights (2016/2095(INI)) (2017), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0010>.

²¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 326 OJ C § (2012), http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj/eng.

Водночас координація соціального забезпечення, зокрема надання соціальних послуг, у ЄС будується на загальних стандартах соціального забезпечення, закріплених крім перелічених вище документів ООН та МОП також низкою регіональних європейських правових інструментів, зокрема Європейською соціальною хартією, Європейським кодексом соціального забезпечення, Європейською конвенцією про соціальне забезпечення (ETS N 78).

Що ж до стандартів соціальних послуг на рівні ЄС, то крім названої вище Європейської опори соціальних прав маємо також звертатися до положень первинного та вторинного права ЄС. Основною сферою координації соціального забезпечення в ЄС була праця мігрантів, відряджених працівників, тобто проблеми, пов'язані зі свободою руху робочої сили (докладніше див. публікацію Христини Граббе, присвячену свободі пересування та доступу до соціального забезпечення в ЄС²²). Проте наднаціональне правове регулювання ЄС щодо координації соціального забезпечення (наприклад, Регламенти № 883/2004 та № 987/2009) не єдиний спосіб узгодження систем соціальних послуг.

У контексті євроінтеграції України варто також звернутися до положень Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, підписаної 21 березня 2014 року, яка вимагає від Уряду України посилення рівня соціального захисту та модернізації систем соціального захисту, зокрема щодо якості, доступності та фінансової стабільності.

Як зазначає Бернард Шпігель, аналізуючи досвід Австрії щодо соціального забезпечення, укладення державами-членами ЄС двосторонніх угод з третіми країнами може бути альтернативою координації соціального забезпечення, зокрема надання соціальних послуг, на рівні ЄС. У такій координації автор убачає низку переваг: а) двосторонні угоди допоможуть запобігти конфлікту права та гарантувати соціальні права; б) такі угоди сторони не повинні узгоджувати з положеннями первинного права ЄС щодо свободи руху працівників; в) двосторонні угоди не підлягають нагляду Європейської Комісії та Суду справедливості Європейського Союзу; г) держави-члени ЄС мають контроль

над укладеними двосторонніми угодами²³. Б. Шпігель також проводить порівняльний аналіз двосторонніх угод Австрії з Регламентом № 883/2004²⁴.

Оцінюючи загалом позитивно практику укладення двосторонніх угод у сфері соціального забезпечення з метою координації та уникнення конфлікту права, Б. Шпігель робить такий висновок:

Проблеми виникають через різне тлумачення всередині та за межами ЄС дуже схожих формулювань деяких текстів. Для країн, які повинні застосовувати правила ЄС, важко зрозуміти ці тексти по-іншому, ніж якщо їх розуміти зсередини ЄС, тоді як треті країни можуть мати зовсім інші підходи²⁵.

Зауважимо, що Україна також уклала низку двосторонніх угод щодо взаємодії держав у сфері соціального забезпечення, що вказує на перспективний напрям координації систем соціального захисту громадян держав-учасниць міжнародних договорів. Однак, як зазначає О. Лященко:

Проблемою також є неповне виконання чинних для України міжнародних договорів у досліджуваній сфері. Так, виникає ситуація, за якої право власне проголошується, але на практиці його приписи не дотримуються та не виконуються²⁶.

Водночас найважливішим, на нашу думку, залишається оновлення соціально-забезпечувального законодавства на засадах міжнародних стандартів у сфері соціального захисту, відповідно до принципів і стандартів Ради Європи та Європейського Союзу.

Висновки

Правове регулювання соціальних послуг у Європейському Союзі є доволі загальним і будується на запровадженні загальних стандартів. Поширеною є позиція про неможливість гармонізації законодавства держав-членів ЄС щодо соціального забезпечення через велику кількість

²² Christina Grabbe, "Free Movement and Access to Social Security in the EU: The Challenge of Exporting Unemployment Benefits," *European Journal of Social Security* 25, no. 1 (2023): 20–40, <https://doi.org/10.1177/13882627231161926>.

²³ Bernard Spiegel, "National Approaches of EU Member States in Concluding Bilateral Social Security Agreements with Third Countries: The Case of Austria," *European Journal of Social Security* 20, no. 2 (2018): 148–49, <https://doi.org/10.1177/1388262718780747>.

²⁴ *Ibid.*, 155–59.

²⁵ *Ibid.*, 160.

²⁶ Оксана Лященко, «Договори у праві соціального забезпечення» (дис. д-ра філософії, Нац. ун-т «Одеська юридична академія», 2022), 85, <https://hdl.handle.net/11300/22405>.

суттєвих відмінностей між національними системами соціального забезпечення. Тому соціальна політика ЄС у цьому аспекті спрямована на координацію (а не гармонізацію) положень права у сфері соціальних послуг.

Варто також наголосити, що визначення поняття соціальних послуг потрібно формулювати з огляду на потреби отримувачів таких послуг, а також відповідно до загального публічного інтересу в забезпеченні якісними соціальними послугами. На нашу думку, слід орієнтуватися на систему соціальних послуг як людиноцентричну, а не як економічну, функціональну чи інституційну. Зрештою, згідно з Конституцією

Україна є, зокрема, соціальною державою, а людина, її життя та здоров'я визнаються найвищою соціальною цінністю.

На наше переконання, варто також розвивати та впроваджувати в Україні європейські стандарти й підходи до надання соціальних послуг не лише державними установами, а й неурядовими організаціями та приватними надавачами послуг, що й передбачено законодавством України про соціальні послуги. Важливим кроком у розвитку правового регулювання соціального забезпечення та його координації з правом ЄС має стати Соціальний кодекс України, проект якого нині активно розробляють.

Список використаної літератури

- Кривоконь, Наталія. «Дефініція категорії “соціальні послуги”: проблеми концептуалізації». *Проблеми соціальної роботи: філософія, психологія, соціологія* 1 (2019): 37–45. http://nbuv.gov.ua/UJRN/prcr_2012_1_10.
- Лященко, Оксана. «Договори у праві соціального забезпечення». Дис. д-ра філософії, Національний університет «Одеська юридична академія», 2022. <https://hdl.handle.net/11300/22405>.
- Шестакова, Катерина, Сергій Яремчук і Оксана Гнатчук. «Координація систем соціального забезпечення у сфері соціального страхування в Європейському Союзі: інституційно-правові засади». *Університетські наукові записки* 3(87) (2022): 125–37. <https://doi.org/10.37491/UNZ.87.10>.
- Шумна, Лариса, Богдан Сташків і Катерина Денисенко. «Соціальні послуги як об'єкти соціально-обслуговувальних правовідносин: поняття, види та особливості (частина I)». *Кримінально-виконавча система: Вчора. Сьогодні. Завтра* 1 (2021): 113–35. http://nbuv.gov.ua/UJRN/kvsvsz_2021_1_12.
- . «Соціальні послуги як об'єкти соціально-обслуговувальних правовідносин: поняття, види та особливості (частина II)». *Кримінально-виконавча система: Вчора. Сьогодні. Завтра* 2 (2021): 132–47. http://nbuv.gov.ua/UJRN/kvsvsz_2021_2_13.
- Communication from the Commission – Implementing the Community Lisbon programme – Social services of general interest in the European Union {SEC(2006) 516} (2006). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0177>.
- European Commission. 3rd Biennial report on social services of general interest. Social investment package. Commission staff working document. SWD (2013) 40 final, 20 February 2013. <https://aei.pitt.edu/45915/>.
- European Commission. Secretariat General. *European Pillar of Social Rights*. LU: Publications Office, 2017. <https://data.europa.eu/doi/10.2792/95934>.
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. *Representativeness of the European Social Partner Organisations: Human Health Sector*. LU: Publications Office, 2020. <https://data.europa.eu/doi/10.2806/243432>.
- Golynker, Oxana. “EU Coordination of Social Security from the Point of View of EU Integration Theory.” *European Journal of Social Security* 22, no. 2 (2020): 110–37. <https://doi.org/10.1177/1388262720938154>.
- Grabbe, Christina. “Free Movement and Access to Social Security in the EU: The Challenge of Exporting Unemployment Benefits.” *European Journal of Social Security* 25, no. 1 (2023): 20–40. <https://doi.org/10.1177/13882627231161926>.
- Malustyik, Brigitta Biróné. “Modernisation efforts in EU Social Security coordination.” *Revista Jurídica de la Universidad de León* 11 (2023): 95–112. <https://doi.org/10.18002/rjule.i11.8166>.
- Manow, Philip. “Models of the Welfare State.” In *The Oxford handbook of the welfare state*, 787–802. Oxford: Oxford University Press, 2021. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198828389.013.45>.
- Social Protection and Human Rights. “ILO Social Security and Other Labour Standards.” <https://socialprotection-humanrights.org/legal-depository/legal-instruments/ilo-social-security-and-other-labour-standards/>.
- Spiegel, Bernard. “National Approaches of EU Member States in Concluding Bilateral Social Security Agreements with Third Countries: The Case of Austria.” *European Journal of Social Security* 20, no. 2 (2018): 148–61. <https://doi.org/10.1177/1388262718780747>.

Bibliography

- Communication from the Commission – Implementing the Community Lisbon programme – Social services of general interest in the European Union {SEC(2006) 516} (2006). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0177>.
- European Commission. 3rd Biennial report on social services of general interest. Social investment package. Commission staff working document. SWD (2013) 40 final, 20 February 2013. <https://aei.pitt.edu/45915/>.
- European Commission. Secretariat General. *European Pillar of Social Rights*. LU: Publications Office, 2017. <https://data.europa.eu/doi/10.2792/95934>.
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. *Representativeness of the European Social Partner Organisations: Human Health Sector*. LU: Publications Office, 2020. <https://data.europa.eu/doi/10.2806/243432>.
- Golynker, Oxana. “EU Coordination of Social Security from the Point of View of EU Integration Theory.” *European Journal of Social Security* 22, no. 2 (2020): 110–37. <https://doi.org/10.1177/1388262720938154>.
- Grabbe, Christina. “Free Movement and Access to Social Security in the EU: The Challenge of Exporting Unemployment Benefits.” *European Journal of Social Security* 25, no. 1 (2023): 20–40. <https://doi.org/10.1177/13882627231161926>.
- Kryvokon, Natalia. “Definition “Social Services”: Problems of Conceptualization.” *Problems of Social Work: Philosophy, Psychology, Sociology* 1 (2019): 37–45. http://nbuv.gov.ua/UJRN/prcr_2012_1_10 [in Ukrainian].
- Liashchenko, Oksana. “Contracts in Social Security Law.” PhD diss., National University “Odesa Law Academy”, 2022. <https://hdl.handle.net/11300/22405> [in Ukrainian].

- Malustyik, Brigitta Biróné. “Modernisation efforts in EU Social Security coordination.” *Revista Jurídica de la Universidad de León* 11 (2023): 95–112. <https://doi.org/10.18002/rjule.i11.8166>.
- Manow, Philip. “Models of the Welfare State.” In *The Oxford handbook of the welfare state*, 787–802. Oxford: Oxford University Press, 2021. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198828389.013.45>.
- Shestakova, Kateryna, Serhii Yaremchuk, and Oksana Hnatchuk. “Social Security Coordination (Social Insurance) in European Union: Institutional and Legal Principles.” *University Scientific Notes* 3(87) (2022): 125–37. <https://doi.org/10.37491/UNZ.87.10> [in Ukrainian].
- Shumna, Larysa, Bohdan Stashkiv, and Kateryna Denysenko. “Social Services as an Objects of Social-Supplying Legal Relations: Concept, Types and Peculiarities (Part I).” *Criminal and Executive Systems: Yesterday, Today, Tomorrow* 1 (2021): 113–35. http://nbuv.gov.ua/UJRN/kvsvsz_2021_1_12 [in Ukrainian].
- Shumna, Larysa, Bohdan Stashkiv, and Kateryna Denysenko. “Social Services as an Objects of Social-Supplying Legal Relations: Concept, Types and Peculiarities (Part II).” *Criminal and Executive Systems: Yesterday, Today, Tomorrow* 2 (2021): 132–47. http://nbuv.gov.ua/UJRN/kvsvsz_2021_2_13 [in Ukrainian].
- Social Protection and Human Rights. “ILO Social Security and Other Labour Standards.” <https://socialprotection-humanrights.org/legal-depository/legal-instruments/ilo-social-security-and-other-labour-standards/>.
- Spiegel, Bernard. “National Approaches of EU Member States in Concluding Bilateral Social Security Agreements with Third Countries: The Case of Austria.” *European Journal of Social Security* 20, no. 2 (2018): 148–61. <https://doi.org/10.1177/1388262718780747>.

Ihor Ivanyshyn

LEGAL REGULATION OF THE PROVISION OF SOCIAL SERVICES IN THE EUROPEAN UNION

Abstract

The article examines the issues of legal regulation of the EU provision of social services in the Member States. Special attention is paid to the problems and needs of developing common approaches to social security, including social services, considering international and regional European standards in this area.

The author provides several main approaches to the definition of the concept of social services in the legal space of the EU, which are as follows: social services from the point of view of their providers, social services from the point of view of recipients (addressees) of such services, social services as a common good of public interest. The article emphasises the priority of a human-centred approach to the understanding and legal regulation of social services under EU law. Therefore, the main approach to the standardisation of social services should be their understanding from the recipients' point of view.

The article supports the thesis that harmonisation in the field of social security, including social services, is extremely complicated by differences in national systems. Therefore, the science of social security and EU legal acts is about coordination, not harmonisation of social security.

The means of coordinating, harmonising, and preventing conflicts of norms in social security law between EU Member States and third countries include not only international and regional social standards but also the conclusion of relevant bilateral agreements.

The author states that it is also necessary to develop and implement European standards and approaches to providing social services in Ukraine not only by state institutions but also by non-governmental organisations and private service providers, which is actually provided for by the legislation of Ukraine on social services. The Social Code of Ukraine, the draft of which is currently being actively developed, should be an important step in the development of legal regulation of social security and its coordination with EU law.

Keywords: social protection, European integration, social law, social security, social services.

Матеріал надійшов 15.05.2024



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Іщенко Д. Ю.

<https://orcid.org/0009-0001-3284-4801>

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИНЦИПУ «NON BIS IN IDEM» У РАЗІ СТЯГНЕННЯ ВИКОНАВЧОГО ЗБОРУ ТА ОСНОВНОЇ ВИНАГОРОДИ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Статтю присвячено проблемі подвійного стягнення виконавчого збору та основної винагороди у виконавчому провадженні. Звернено увагу на недосконалість законодавчого регулювання стягнення виконавчого збору та основної винагороди, внаслідок чого формально дозволено приватному виконавцю стягувати основну винагороду після того, як виконавчий документ перебував на виконанні в органі державної виконавчої служби. З'ясовано, що Верховний Суд вирішує вказану проблему шляхом застосування аналогії закону. Наголошено, що виконавець зобов'язаний повторно стягувати виконавчий збір чи основну винагороду при виконанні судового рішення в одній справі, якщо сторони виконавчого провадження уклали мирову угоду, а ухвалу про її затвердження надалі як виконавчий документ було пред'явлено до виконання. Зроблено висновок про порушення принципів права у разі такого подвійного стягнення та запропоновано зміни до чинного законодавства з метою уникнення вказаних порушень. Проаналізовано поняття виконавчого збору та основної винагороди, встановлено, що вони є за своєю сутністю санкціями.

Ключові слова: принципи права, санкції, примусове виконання рішень, державний виконавець, приватний виконавець.

Постановка проблеми. У процесі стягнення коштів у виконавчому провадженні обов'язковою його частиною є, за деякими винятками, стягнення також додатково з боржника коштів на користь органу або особи, які здійснювали примусове виконання рішення. У разі якщо рішення виконує державна виконавча служба, такі додатково стягнуті кошти визначено як «виконавчий збір», а у разі приватних виконавців – як «основна винагорода». Водночас законодавством встановлено, що за одним і тим самим виконавчим документом виконавчий збір чи основна винагорода стягуються один раз незалежно від повторних пред'явлень цього виконавчого документа. Проте законодавством не враховано випадків, коли за формальних підстав виконавчий збір чи основна винагорода можуть бути стягнені з боржника повторно.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Стягнення виконавчого збору чи основної винагороди є одним із важливих питань у сфері примусового виконання рішень. Питання, пов'язані з примусовим виконанням рішень, досліджували А. Авторгов, Ю. Білоусов, В. Боєру, Ф. Борзняк, О. Верба, Р. Ігонін, О. Кармаза, В. Масюк, Р. Лященко, Ю. Павлюченко, Ю. Притика, І. Спасибо-Фатєєва, Т. Федосєєва, С. Фурса, М. Штефан, С. Щербак. Вказаним питанням

присвячено монографії «Виконавче провадження: теорія та практика» за загальною редакцією Р. Ханової та С. Кравцова, а також «Виконавчий процес: теорія і практика. Концепції вчених з удосконалення законодавства про виконавче провадження» за загальною редакцією С. Фурси.

Ольга Панченко та Дмитро Матохнюк у розділі «Теоретико-прикладні питання стягнення виконавчого збору у виконавчому провадженні» зазначеної монографії «Виконавче провадження: теорія та практика» досліджували питання стягнення виконавчого збору, проте питань повторного його стягнення у випадках, досліджених у цій статті, не торкалися.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження», у разі стягнення коштів сума виконавчого збору становить 10 відсотків суми, що підлягає примусовому стягненню, а у разі виконання рішення немайнового характеру виконавчий збір стягується в розмірі двох мінімальних розмірів заробітної плати з боржника – фізичної особи і в розмірі чотирьох мінімальних розмірів заробітної плати з боржника – юридичної особи¹.

¹ Верховна Рада України, *Про виконавче провадження*, Закон України 1404-VIII, ухвалено 2 червня 2016, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.

Законодавче регулювання спрямоване на те, щоб виконавчий збір чи основну винагороду не було стягнуто з боржника декілька разів, зокрема у разі повторного пред'явлення виконавчого документа до виконання. Про це свідчить ч. 6 ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження», згідно з якою у разі наступних пред'явлень державному виконавцю до виконання виконавчого документа виконавчий збір стягується в частині, що не була стягнута під час попереднього виконання.

Однак законодавство містить прогалини щодо врегулювання таких ситуацій, за яких орган державної виконавчої служби чи приватний виконавець зобов'язаний повторно стягнути з боржника виконавчий збір чи основну винагороду:

1) повторне пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання приватному виконавцю після повернення його без виконання (чи у разі часткового виконання) органом державної виконавчої служби, або навпаки;

2) пред'явлення до примусового виконання ухвали суду про затвердження мирової угоди, укладеної сторонами в процесі виконання рішення.

Розв'язання першої проблеми надав Верховний Суд у постановках від 21.07.2022 у справі № 320/6215/19² та від 13.04.2023 у справі № 160/695/22³. Під час розгляду обох справ Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду застосував аналогію закону для вирішення вказаного питання.

Верховний Суд обґрунтував свою позицію тим, що:

– наявна прогалина в регулюванні процедури стягнення з боржників виконавчого збору і основної винагороди за виконання одного й того ж виконавчого документа, що зачіпає конвенційні та конституційні права особи, її інтереси, а також стосується забезпечення верховенства права під час здійснення виконавчого провадження, а також здатне підважити засади виконавчого провадження й атакувати такі стрижневі елементи верховенства права, як правова визначеність і поважання людських прав;

– питання про справедливість подвійного стягнення плати державному і приватному виконавцям за виконання одного й того ж виконавчого документа полягає в тому, що несправедливим є не стягнення виконавчого збору

чи основної винагороди як таких, а саме їхнє стягнення одночасно. Тобто в ракурсі поставленого питання справедливим є стягнення лише однієї з указаних сум;

– законодавство не ставить право приватного виконавця на отримання основної винагороди у залежність від тієї обставини, що на примусовому виконанні в органах державної виконавчої служби перебуває постанова державного виконавця про стягнення виконавчого збору, а право це залежить від того, чи виконане рішення в повному або частковому обсязі внаслідок дій приватного виконавця.

Верховний Суд процитував норму, в якій обумовлений випадок, коли виконавчий збір не стягується або стягнення припиняється у зв'язку з участю приватного виконавця в процедурі виконання того самого виконавчого документа, а саме частину восьму ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження»: *«Під час передачі виконавчого документа від органу державної виконавчої служби приватному виконавцю виконавчий збір не стягується, якщо він не був стягнутий на момент передачі»*.

У разі стягнення частини виконавчого збору на момент передачі виконавчого документа приватному виконавцю стягнута частина виконавчого збору поверненню не підлягає».

Верховний Суд зазначив, що логічний і цільовий способи уявлення частини восьмої ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження» свідчать, що у вказаному випадку її приписи мають імперативний характер і встановлюють пряму заборону стягувати або продовжувати стягнення виконавчого збору; ця норма спрямована на те, щоб не допустити одночасного стягнення з боржника виконавчого збору та основної винагороди. Тож її застосування дає змогу розв'язати спір стосовно справедливості подвійного стягнення плати державному і приватному виконавцям за виконання одного й того самого виконавчого документа.

На підставі цього Верховний Суд вважає, що для розв'язання означеної проблеми та з метою ефективного захисту прав та інтересів осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень до подібних правовідносин слід застосувати за аналогією закону частину восьму ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження».

Застосування частини восьмої ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження» до спірних правовідносин дає Верховному Суду підстави зробити такий висновок: *у разі коли державний виконавець повернув виконавчий лист за заявою стягувача і розпочав стягнення*

² Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду, Постанова, справа 320/6215/19, 21 липня 2022, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105359162>.

³ Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду, Постанова, справа 160/695/22, 13 квітня 2023, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110216032>.

виконавчого збору, а після цього стягувач пред'явив цей лист до виконання приватному виконавцю, який у свою чергу відкрив виконавче провадження й виніс постанову про стягнення основної винагороди у розмірі 10 відсотків від фактично стягнутих сум, то надалі виконавчий збір не стягується.

Отже, судова практика наразі вирішила проблему, пов'язану з подвійним стягненням суми виконавчого збору у разі почергового пред'явлення виконавчого документа до виконання органам державної виконавчої служби та приватним виконавцям.

Тепер звернімося до іншої, на перший погляд, неочевидної проблеми з подвійним стягненням виконавчого збору.

Врегульовано, що, скільки б не було повторних пред'явлень виконавчого документа до виконання, із боржника не буде стягнуто суму виконавчого збору понад ту, що визначена законом. Ідея цієї норми в тому, що на виконання одного рішення виконавчий збір чи основну винагороду може бути стягнуто лише один раз. Це також забезпечує дотримання принципу юридичної визначеності. У цьому контексті він полягає в тому, що боржник має знати чітку суму, яку він має додатково сплатити у разі примусового виконання рішення про стягнення з нього боргу. Однак принцип юридичної визначеності може бути порушено в такій ситуації.

Сторони виконавчого провадження уклали мирову угоду, яку затвердив суд. Вказаною мировою угодою сторони узгодили розстрочення боржником сплати боргу. На підставі п. 2 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про виконавче провадження» таке виконавче провадження було закінчено. Водночас боржник має сплатити виконавчий збір, про стягнення якого на підставі ч. 4 ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження» було винесено відповідну постанову.

Ухвала суду про затвердження мирової угоди є самостійним виконавчим документом. У разі якщо боржник не виконує умови мирової угоди, то стягувач має право пред'явити до примусового виконання не первинний виконавчий документ, а вже ухвалу про затвердження мирової угоди. У такому разі орган державної виконавчої служби чи приватний виконавець матимуть повноваження наново стягнути виконавчий збір чи основну винагороду. Частина 6 ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження» стосується повторних пред'явлень одного й того самого виконавчого документа. Однак таке формулювання не охоплює випадків, коли в одній і тій самій справі було видано інший виконавчий

документ. У такому разі є формальні підстави стягнення з боржника ще однієї суми виконавчого збору при виконанні одного й того самого рішення. Однак це несправедливо.

Згідно з ч. 1 ст. 61 Конституції України, ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення⁴. Повторне стягнення виконавчого збору порушує права боржника, передбачені, зокрема, ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо заборони двічі бути покараним за одне й те саме правопорушення⁵ (принцип «non bis in idem»).

Слід зазначити, що у ст. 66 проекту Закону про виконавче провадження (реєстраційний номер 3726 від 23.06.2020) пропонується ввести поняття «виконавча санкція» замість поняття «виконавчий збір» та «основна винагорода»⁶.

Отже, у правовому полі є розуміння того, що виконавчий збір є мірою відповідальності, а тому до нього має бути застосований принцип «non bis in idem». Зокрема, О. Панченко та Д. Матохнюк погоджуються з думкою А. Авторгова, що виконавчий збір є різновидом майнової відповідальності за невиконання рішення⁷.

Потрібно також враховувати, що Верховний Суд уже послуговується розумінням того, що виконавчий збір є санкцією майнового характеру.

У постанові Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 24.12.2021 у справі № 640/4599/21 вказано, що Закон України «Про виконавче провадження» не ставить **«можливість застосування санкцій у вигляді стягнення виконавчого збору в залежність від фактичного вчинення державним виконавцем дій, спрямованих на примусове виконання рішення суду або іншого виконавчого документа»**⁸ (виокремлення наше. – Д. І.).

Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду в постанові від 25.09.2019 у справі № 826/14776/15 вказує, що постанови державного виконавця про стягнення виконавчого збору

⁴ Верховна Рада України, *Конституція України*, ухвалено 28 червня 1996, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

⁵ Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome, 4.XI.1950, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG.

⁶ Верховна Рада України, *Проект Закону про виконавче провадження* (реєстраційний номер 3726 від 23.06.2020), https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69256.

⁷ Ольга Панченко, Дмитро Матохнюк, «Теоретико-прикладні питання стягнення виконавчого збору у виконавчому провадженні», у *Виконавче провадження: теорія та практика* (Харків: Право, 2021), 60.

⁸ Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду, *Постанова, справа 640/4599/21*, 24 грудня 2021, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102229408>.

належать до певних видів відповідальності за невиконання рішення у добровільному порядку та порушення обов'язків, що покладаються на осіб, які беруть участь у виконавчому процесі. Після цього Верховний Суд робить визначення, що виконавчий збір – це санкція відповідальності майнового характеру, що накладається на боржника за невиконання рішення у строк, встановлений для його добровільного виконання⁹.

Пункт 108 постанови Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 19.01.2023 у справі № 918/56/20 містить таку фразу:

Сума виконавчого збору, що визначена державним виконавцем у постанові при відкритті виконавчого провадження, **фіксує розрахунок такої санкції на час відкриття виконавчого провадження та не є сумою, яка гарантовано може бути стягнена за наслідками виконання рішення**, зокрема у випадках неповного виконання або ж невиконання відповідного виконавчого документа¹⁰.

Вказана позиція походить ще з постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України від 13.12.2010 № 3 «Про практику застосування адміністративними судами законодавства у справах із приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності державної виконавчої служби», у п. 6 якої вказано, що судам необхідно враховувати, що постанови державного виконавця про стягнення виконавчого збору та накладення штрафу належать до видів відповідальності за невиконання рішення самостійно та за невиконання без поважних причин рішення, що зобов'язує боржника вчинити певні дії, та рішення про поновлення на роботі. Виконавчий збір – це санкція відповідальності майнового характеру, що накладається на боржника за невиконання рішення у строк, встановлений для його самостійного виконання¹¹.

Звертаємо увагу, що в усіх наведених випадках виконавчий збір визначено як санкцію за невиконання саме рішення, а не виконавчого документа. Отже, стягнення виконавчого збору та його аналога – основної винагороди має бути

прив'язане саме до виконання певного рішення, а не виконавчого документа.

Зазначимо, що у ч. 3 ст. 66 проєкту Закону України «Про виконавче провадження» (реєстраційний номер 3726 від 23.06.2020) це не враховано, а вказано, що розмір виконавчої санкції за примусове виконання рішення становить десять відсотків від суми за виконавчим документом. Тому пропонуємо вказану статтю проєкту закону доповнити такою частиною: «Виконавча санкція не стягується у разі виконання рішення на підставі ухвали про затвердження мирової угоди, укладеної сторонами виконавчого провадження, якщо виконавчий збір стягнуто під час виконання рішення в такій справі».

Також відповідні зміни можна внести і в чинний Закон України «Про виконавче провадження».

Слід визначити, як саме виконавчий збір можна розглянути через призму поняття санкції. Наведемо визначення санкцій.

Юридична енциклопедія надає декілька значень поняття «санкція». Для виконавчої санкції найбільш відповідним є таке: передбачені законом або договором заходи впливу, міра юридичної відповідальності за порушення законодавства або договірних зобов'язань, що застосовуються до винної особи і тягнуть за собою певні несприятливі (негативні) для неї наслідки¹².

Юридичний словник Блека також наводить декілька значень поняття «санкція». Для нашого випадку, наближеного до виконавчої санкції, санкцією є штраф або примусовий захід, який є наслідком недотримання закону, правила чи наказу¹³.

За визначенням О. Сопронюка, кримінальна процесуальна санкція – це елемент норми кримінального процесуального права, що містить як негативні наслідки невиконання чи недотримання диспозиції кримінальної процесуальної норми, так і погодження, дозвіл, пов'язані з реалізацією цієї диспозиції, застосовується державними органами і службовими особами, які ведуть кримінальне провадження, а у випадках, передбачених законом, й іншими суб'єктами та містить підсумкову оцінку рішень, дій чи бездіяльності учасників кримінальних процесуальних відносин¹⁴. Хоча в цьому визначенні йдеться саме про кримінальні процесуальні санкції, однак із нього можна виокремити необхідні ознаки для виконавчого збору.

⁹ Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду, Постанова, справа 826/14776/15, 25 вересня 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84634385>.

¹⁰ Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду, Постанова, справа 918/56/20, 19 січня 2023, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108821942>.

¹¹ Вищий адміністративний суд України, *Про практику застосування адміністративними судами законодавства у справах із приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності державної виконавчої служби*, Постанова Пленуму 3, 13 грудня 2010, <https://zakon.rada.gov.ua/go/v0003760-10>.

¹² В. П. Нагребельний, Л. М. Стрельбицька, Р. А. Усенко, «Санкція», у *Юридична енциклопедія*, т. 5: П–С (Київ: «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 2003), 427.

¹³ *Black's Law Dictionary* (St. Paul: Thomson Reuters, 2009), 1458.

¹⁴ Олександр Сопронюк, «Кримінальні процесуальні санкції» (дис. канд. юрид. наук, Львівський нац. ун-т імені Івана Франка, 2020), 43–44.

За визначенням Н. Навальневої, санкції в цивільному праві – це певні негативні наслідки, встановлені законом або договором, які застосовуються у разі невиконання (неналежного виконання) цивільно-правового обов'язку, порушення заборон, обмежень та в інших випадках, встановлених законом¹⁵.

Тобто санкція завжди є негативним явищем для особи, яка є правопорушником. У цьому випадку невиконання свого зобов'язання добровільно має негативні наслідки для боржника. Тож можна погодитися з тим, що виконавчий збір є за своєю сутністю санкцією.

Отже, виконавчий збір цілком підпадає під поняття санкцій, тобто є мірою відповідальності. Своєю чергою, законодавча можливість повторного стягнення виконавчого збору або основної винагороди є суттєвим порушенням принципу «non bis in idem», що є складовою частиною принципу визначеності.

Як зазначає Ю. Матвєєва, одна з перших складових принципу визначеності – це можливість особи передбачати правові наслідки своїх дій чи бездіяльності¹⁶. Також для забезпечення принципу визначеності законодавство має бути чітким, точним, зрозумілим та передбачуваним¹⁷.

У зв'язку з цим постає питання, чи відповідає законодавство у сфері виконавчого провадження вимогам правової визначеності в контексті стягнення виконавчого збору чи основної винагороди щодо одного й того самого рішення, у процесі виконання якого було укладено мирову угоду, яку затверджено ухвалою суду, яка є самостійним виконавчим документом. На нашу думку, таким вимогам законодавство не відповідає. У судовій практиці наразі відповіді на це питання знайти не вдається. Очевидно, це пов'язано з тим, що мирові угоди у виконавчому провадженні укладаються тоді, коли боржнику стягувач дає можливість розстрочити чи відстрочити виконання рішення. Натомість практика показує, що в таких випадках боржники або добросовісно виконують мирову угоду, або зникають з поля видимості стягувача, через що нікому оскаржити повторне стягнення виконавчого збору чи основної винагороди при пред'явленні до виконання ухвали про затвердження мирової угоди до примусового виконання.

Однак цілком могла скластися ситуація, коли мирова угода у виконавчому провадженні була укладена до пандемії COVID-19 та повномасштабного вторгнення російських військ в Україну, а терміни її виконання припадали вже на час, відповідно, пандемії та повномасштабного вторгнення. Така ситуація склалася, наприклад, у справі № 910/10549/14. Ухвалою Господарського суду міста Києва від 06.12.2018 у цій справі було затверджено мирову угоду, якою боржнику було розстрочено сплату боргу приблизно рівними частинами протягом 5 років до 2023 року¹⁸. Водночас із ухвали Господарського суду міста Києва від 27.04.2023 вбачається, що вказана ухвала про затвердження мирової угоди була пред'явлена до примусового виконання, внаслідок цього з боржника було повторно стягнуто виконавчий збір¹⁹.

Отже, мирова угода не була виконана через зміну обставин унаслідок пандемії COVID-19 та повномасштабного вторгнення російських військ в Україну. Через це боржника зобов'язали повторно сплатити виконавчий збір. На нашу думку, така ситуація не є правильною.

Судова практика наразі не дала відповіді на це питання. Проте сподіваємося, що рано чи пізно суд вирішить його. Поки що можливо розглядати цю проблему лише в теоретичній площині.

Висновки

Дослідження питання стягнення виконавчого збору та основної винагороди у виконавчому провадженні показало, що можуть виникнути проблеми щодо повторного їх стягнення. Таке трапляється у разі повторного пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання приватному виконавцю після повернення його без виконання (чи у разі часткового виконання) органом державної виконавчої служби, або навпаки, а також у разі пред'явлення до примусового виконання ухвали суду про затвердження мирової угоди, укладеної сторонами в процесі виконання рішення.

Обидві із вказаних проблем не врегульовано на законодавчому рівні та в проекті Закону України «Про виконавче провадження» (реєстраційний номер 3726 від 23.06.2020). Перша проблема має вирішення в судовій практиці: Верховний

¹⁵ Наталія Навальнева, «Санкція як правовий засіб у механізмі правового регулювання цивільних відносин», *Підприємництво, господарство і право* 3 (2019): 40–45.

¹⁶ Юлія Матвєєва, «Принцип правової визначеності як складова верховенства права» (дис. канд. юрид. наук (д-ра філософії), Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія», 2019), 189.

¹⁷ Там само, 190.

¹⁸ Господарський суд міста Києва, Ухвала, справа 910/10549/14, 6 грудня 2018, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78377829>.

¹⁹ Господарський суд міста Києва, Ухвала, справа 910/10549/14, 27 квітня 2023, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110514159>.

Суд обґрунтував свою правову позицію, згідно з якою виконавчий збір чи основна винагорода повторно не стягуються. Однак друга проблема потребує вирішення. У будь-якому разі, повторне стягнення виконавчого збору чи основної винагороди не є правильним.

У зв'язку з цим пропонуємо доповнити ч. 5 ст. 27 Закону України «Про виконавче провадження», яка встановлює випадки, за яких

виконавчий збір не стягується, таким пунктом: «у разі виконання рішення на підставі ухвали про затвердження мирової угоди, укладеної сторонами виконавчого провадження, якщо виконавчий збір стягнуто під час виконання рішення в такій справі». Аналогічну норму слід додати до ст. 66 проєкту Закону про виконавче провадження (реєстраційний номер 3726 від 23.06.2020).

Список використаних джерел

- Верховна Рада України. *Конституція України*. Ухвалено 28 червня 1996. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
- Верховна Рада України. *Про виконавче провадження*. Закон України 1404-VIII. Ухвалено 2 червня 2016. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.
- Верховна Рада України. *Проект Закону про виконавче провадження* (реєстраційний номер 3726 від 23.06.2020). https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69256.
- Вищий адміністративний суд України. *Про практику застосування адміністративними судами законодавства у справах із приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності державної виконавчої служби*. Постанова Пленуму 3. 13 грудня 2010. <https://zakon.rada.gov.ua/go/v0003760-10>.
- Господарський суд міста Києва. Ухвала. Справа 910/10549/14. 6 грудня 2018. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78377829>.
- Господарський суд міста Києва. Ухвала. Справа 910/10549/14. 27 квітня 2023. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110514159>.
- Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду. Постанова. Справа 826/14776/15. 25 вересня 2019. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84634385>.
- Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду. Постанова. Справа 640/4599/21. 24 грудня 2021. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102229408>.
- Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду. Постанова. Справа 320/6215/19. 21 липня 2022. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105359162>.
- Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду. Постанова. Справа 160/695/22. 13 квітня 2023. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110216032>.
- Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду. Постанова. Справа 918/56/20. 19 січня 2023. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108821942>.
- Матвєєва, Юлія. «Принцип правової визначеності як складова верховенства права». Дис. канд. юрид. наук (д-ра філософії), Національний університет «Києво-Могилянська академія», 2019. <https://ekmair.ukma.edu.ua/server/api/core/bitstreams/5db500da-d91f-422b-b976-bc2258d24a43/content>.
- Навальєва, Наталія. «Санкція як правовий засіб у механізмі правового регулювання цивільних відносин». *Підприємництво, господарство і право* 3 (2019): 40–45. <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2019/3/9.pdf>.
- Нагребельний, В. П., Л. М. Стрельбицька, Р. А. Усенко. «Санкція». У *Юридична енциклопедія*, т. 5: П–С. Київ: «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 2003.
- Панченко, Ольга, Дмитро Магохнюк. «Теоретико-прикладні питання стягнення виконавчого збору у виконавчому провадженні». У *Виконавче провадження: теорія та практика*, 54–70. Харків: Право, 2021.
- Сопронюк, Олександр. «Кримінальні процесуальні санкції». Дис. канд. юрид. наук, Львівський національний університет імені Івана Франка, 2020. <https://uacademic.info/download/file/0421U100187/Dis.pdf>.
- Black's Law Dictionary*, edited by Bryan A. Garner. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.
- Council of Europe. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Rome, 4.XI.1950. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG.

Bibliography

- Administrative Cassation Court Within the Supreme Court. Resolution. Case 826/14776/15. September 25, 2019. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84634385> [in Ukrainian].
- Administrative Cassation Court Within the Supreme Court. Resolution. Case 320/6215/19. July 21, 2022. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105359162> [in Ukrainian].
- Administrative Cassation Court Within the Supreme Court. Resolution. Case 160/695/22. April 13, 2023. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110216032> [in Ukrainian].
- Administrative Cassation Court Within the Supreme Court. Resolution. Case 640/4599/21. December 24, 2021. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102229408> [in Ukrainian].
- Black's Law Dictionary*, edited by Bryan A. Garner. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.
- Commercial Cassation Court within the Supreme Court. Decree. Case 918/56/20. January 19, 2023. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108821942> [in Ukrainian].
- Commercial Court of Kyiv City. Resolution. Case 910/10549/14. December 6, 2018. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78377829> [in Ukrainian].
- Commercial Court of Kyiv City. Resolution. Case 910/10549/14. April 27, 2023. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110514159> [in Ukrainian].
- Council of Europe. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Rome, 4.XI.1950. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG.
- Higher Administrative Court of Ukraine. *Pro praktyku zastosuvannya administratyvnyh sudamy zakonodavstva u spravakh iz pryvodu oskarzhennia rishen, dii chy bezdiialnosti derzhavnoi vykonavchoi sluzhby* [On the practice of applying legislation by administrative courts in cases involving appeals against decisions, actions or inaction of the state executive service]. Resolution of the Plenum 3. December 13, 2010. <https://zakon.rada.gov.ua/go/v0003760-10> [in Ukrainian].
- Matvieieva, Yuliia. “The principle of legal certainty as a component of the rule of law.” PhD thesis in Law, National University of Kyiv-Mohyla Academy, 2019. <https://ekmair.ukma.edu.ua/server/api/core/bitstreams/5db500da-d91f-422b-b976-bc2258d24a43/content> [in Ukrainian].
- Nahrebelnyi, V. P., L. M. Strelbytska, and R. A. Usenko. “Sanktsiia.” In *Yurydychna entsyklopediia* [Law Encyclopedia], vol. 5: P-S. Kyiv: “Ukrainska entsyklopediia” imeni M.P. Bazhana, 2003 [in Ukrainian].
- Navalnieva, Natalia. “Sanktsiia yak pravovy zasib u mekhanizmi pravovoho rehuliuвання tsyvilnykh vidnosyn” [“The sanction as a legal means in the mechanism of legal regulation of civil

- relations”]. *Entrepreneurship, Economy and Law* 3 (2019): 40–45. <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2019/3/9.pdf> [in Ukrainian].
- Panchenko, Olha, and Dmytro Matokhniuk. “Teoretyko-prykladni pytannia stiahnennia vykonavchoho zboru u vykonavchomu provadzhenni” [“Theoretical and applied issues of enforcement fee collection in enforcement proceedings”]. In *Vykonavche provadzhennia: teoriia ta praktyka*, 54–70. Kharkiv: Pravo, 2021 [in Ukrainian].
- Sopronyuk, Oleksandr. “Criminal Procedural Sanctions in the criminal procedure of Ukraine.” PhD diss., Ivan Franko National University of Lviv, 2020. <https://uacademic.info/download/file/0421U100187/Dis.pdf> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Constitution of Ukraine*. Adopted June 28, 1996. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Pro vykonavche provadzhennia [On Enforcement Proceedings]*. Law of Ukraine 1404-VIII. Adopted June 2, 2016. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Proekt Zakonu pro vykonavche provadzhennia [Draft law On Enforcement Proceedings]* (registration number 3726 dated June 23, 2020). https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69256 [in Ukrainian].

Denys Ishchenko

PROBLEMS OF ENSURING THE “NON BIS IN IDEM” PRINCIPLE THE COLLECTION OF THE ENFORCEMENT FEE AND THE MAIN REMUNERATION IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

Abstract

The article addresses the issue of double recovery of the enforcement fee and the main remuneration in enforcement proceedings. Attention is drawn to the imperfection of legislative regulation of the recovery of the enforcement fee and the main remuneration, which formally allows a private enforcement officer to recover the main remuneration after the enforcement documents have been enforced by the state enforcement service. It is clarified that the Supreme Court has resolved this issue by applying analogy of law and stated that the provisions of the Law of Ukraine “On Enforcement Proceedings” are aimed at preventing simultaneous recovery of the enforcement fee and the main remuneration from the debtor. It is emphasised that the enforcement officer is obliged to recover the enforcement fee or the main remuneration again when executing a court decision in one case if the parties to the enforcement proceedings have concluded a settlement agreement, and the decision to approve it has subsequently been presented for enforcement as an enforcement document. The author notes violations of legal principles in such double recovery and proposes changes to the current legislation and the draft law to avoid these violations. The author analyses the draft Law of Ukraine “On Enforcement Proceedings” in the context of introducing the concept of “enforcement sanction” to replace the enforcement fee and the main remuneration. The judicial practice is also analysed in the context of specifying the enforcement fee and the main remuneration as sanctions. Based on this, as well as on scientific works and dictionary articles, the author establishes that the enforcement fee and the main remuneration are essentially sanctions, and therefore the principle of “non bis in idem” should apply to them. Changes to laws and draft laws are proposed, taking into account that the recovery of the enforcement fee and the main remuneration should be linked not to the enforcement document, but to the court decision that is subject to compulsory enforcement.

Keywords: principles of law, sanctions, enforcement of decisions, state enforcement officer, private enforcement officer.

Матеріал надійшов 20.03.2024



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Кожухар О. Г.

<https://orcid.org/0009-0006-4183-3289>

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СИСТЕМ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ В ЄС: ПЕРЕДУМОВИ, СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Україна неодноразово підтверджувала наміри запровадити правове регулювання систем штучного інтелекту, що, зокрема, втілюється в Концепції розвитку штучного інтелекту, схваленій у 2020 р. Потреба в регулюванні зумовлена багатьма чинниками, зокрема активним впровадженням систем штучного інтелекту в Україні та необхідністю встановлення правил розроблення та використання таких систем. Водночас дедалі частіше стверджується, що для встановлення правового регулювання Україна має врахувати підхід, який уже виробив Європейський Союз. З огляду на євроатлантичний вектор розвитку України важливо простежити генезу виникнення регулювання штучного інтелекту в ЄС, його сучасний стан та перспективи. У статті досліджено передумови виникнення правового регулювання, наведено приклади появи перших етичних стандартів регулювання штучного інтелекту та продемонстровано, як ці стандарти було втілено в нещодавно прийнятому Акті про штучний інтелект. Також розглянуто перспективи правового регулювання систем штучного інтелекту.

Ключові слова: правове регулювання, системи штучного інтелекту, штучний інтелект, ШІ, ЄС, Європейський Союз.

Постановка проблеми. Нині ми спостерігаємо, як дискусія щодо регулювання систем штучного інтелекту (ШІ) переходить із теоретичної площину в практичну. Результати багаторічних обговорень можливостей, викликів та ризиків, пов'язаних із технологіями (включно з роботами та ШІ), знаходять закріплення в міжнародних і національних джерелах права. Протягом останнього десятиліття відбувається перехід від декларацій, рекомендацій та інших подібних документів щодо відповідального використання систем ШІ чи внутрішніх правил (кодексів) поведінки окремо взятих організацій до ухвалення нормативно-правових актів. Із-поміж останніх на увагу заслуговує Акт про ШІ, прийнятий у березні 2024 р. в Європейському Союзі (ЄС).

ЄС пройшов тривалий шлях до прийняття Акта про ШІ, а його досвід дає змогу простежити передумови виникнення правового регулювання, зрозуміти мету запропонованого підходу до ШІ та проаналізувати подальші тенденції. Для України розуміння досвіду ЄС є важливим із низки причин. В умовах активного впровадження систем ШІ на практиці та відсутності спеціального законодавства Україна також стоїть перед потребою встановити стандарти розроблення та використання систем ШІ. На шляху до власного підходу до ШІ Україні доцільно

орієнтуватися на стандарти ЄС. Це зумовлено євроатлантичним вектором розвитку держави та її зобов'язаннями щодо імплементації *acquis* ЄС відповідно до Угоди про асоціацію. Це також доцільно з огляду на те, що ЄС стабільно демонструє лідерство у визначенні глобальних правил регулювання технологій та суміжних питань, як це було із Загальним регламентом про захист даних (*EU GDPR*). Отже, у цій статті ми ставимо за мету розглянути генезу виникнення правового регулювання ШІ в ЄС, його сучасний стан та перспективи.

Аналіз наявних досліджень. Ще до прийняття Акта про ШІ закордонні дослідники неодноразово звертали увагу на основні передумови виникнення правового регулювання систем ШІ. Цьому питанню присвячено публікації Томаса Бюррі, Вольфганга Гофмана-Ріема, колективу авторів зі Швейцарської вищої технічної школи, до якого входила Анна Жобін, колективу авторів з Оксфордського університету, до якого входив Г'ю Робертс. Деякі аспекти розвитку регулювання ШІ в ЄС розглянуто в працях українських учених, зокрема О. Баранова та В. Мильцевої.

Дослідники переважно погоджуються з тим, що пропозиції щодо регулювання систем ШІ мають етичну основу. Це стосується етичних принципів та імперативів щодо безпеки,

прозорості та рівності (включно з уникненням упереджень та дискримінації), які науковці обговорюють з середини ХХ століття. Зокрема, до появи та активного розвитку ШІ на безпечності технологій наголошували Айзек Азімов, Маріо Бунге та Мітчелл Волдроп – фундатори законів робототехніки, техноетики та машинної етики, відповідно. Поступово безпечність ШІ стала і залишається головним питанням для науковців, які займаються проблематикою систем ШІ. Результати дискусії щодо безпечності ШІ втілилися в положеннях Акта про ШІ, який чимало вчених вважають проявом дифузії етичних норм у праві¹.

Попри актуальність досліджень ШІ в Україні, зокрема у світлі потенційного регулювання цієї сфери, генеза регулювання ШІ в ЄС, включно з етичними витоками, здебільшого залишається поза увагою українських дослідників. Також наразі немає комплексних та всебічних вітчизняних досліджень, які враховують нещодавно прийняту в ЄС редакцію Акта про ШІ. З огляду на те, що Україна планує орієнтуватися на Акт про ШІ під час розроблення власного підходу до ШІ та зобов'язана імплементувати *acquis* ЄС у своє законодавство, вважаємо, що дослідження розвитку підходу ЄС до регулювання потребує детального висвітлення.

Витоки правового регулювання систем ШІ.

Ще з часів промислової революції вчені визнавали важливу роль технологій для розвитку суспільства. Проте обговорювали також те, що нині називають відповідальним використанням технологій. Зокрема, на питаннях відповідальності наголошували з огляду на ризики розроблення та впровадження технологій, які можуть бути небезпечними для інших людей.

Погляди на відповідальне використання технологій значною мірою кристалізувалися в середині ХХ століття, зокрема у зв'язку з розвитком робототехніки². Робототехніка породила дискусії (на той час футуристичні) щодо морально-етичних викликів через вплив науково-технічного

прогресу на значну кількість сфер життя. Дискусія зосереджувалася на безпечності технологій для людини, прозорості їх розроблення та використання, а згодом – на питаннях, пов'язаних із забезпеченням справедливості (включно з рівністю) під час розроблення та використання технологій, особливо через можливі «упередження» технологій до певних груп людей³.

Одним із тих, хто започаткував дискурс щодо технологічних викликів, був Айзек Азімов. У 1942 р. американський письменник-фантаст і вчений сформулював три закони робототехніки (згодом переглянуті та доповнені). Запропоновані закони стосуються безпечності «поведінки» роботів і покликані унеможливити такі їхні дії, які можуть завдати шкоди людині та людству⁴. Погляди А. Азімова вплинули на подальше наукове обговорення, що відбувалося, зокрема, у межах таких нових дисциплін, як техноетика та машинна етика⁵.

У 1975 р. вийшла стаття аргентинсько-канадського філософа Маріо Бунге «На шляху до техноетики». Учений стверджував, що, оскільки технології є морально амбівалентними, їхнє використання не завжди полягає у творенні добра, наводячи, зокрема, популярний і в нинішніх дискусіях приклад виробництва зброї⁶. Наголошуючи на проблемі безпеки, він закликає до відповідального використання технологій та порушує питання про те, хто повинен забезпечити таке використання⁷. На його думку, з позиції професійних, моральних та соціальних обов'язків, відповідальність лягає на вчених та інженерів (як осіб, які розробляють і впроваджують технології), а також на «менеджерів» (учений розглядає поняття «менеджер» у широкому значенні та включає до його обсягу політиків)⁸. Головна пропозиція Маріо Бунге – встановлення

³ Miriam C. Buiten, "Towards Intelligent Regulation of Artificial Intelligence," *European Journal of Risk Regulation* 10 no. 1 (2019): 42, <https://doi.org/10.1017/err.2019.8>; Thomas Wischmeyer and Timo Rademacher, eds., *Artificial Intelligence* (Springer, 2020), 148, https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_1.

⁴ Баранов, *Інтернет речей: теоретико-методологічні основи правового регулювання*, 231; С. Р. Корнесва, «Теоретичні підходи до визначення поняття та правового регулювання штучного інтелекту», *Науковий вісник Ужгородського національного університету* 66 (2021): 53, <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.66.9>; Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 105.

⁵ Silja Voeneke et al., *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), 31.

⁶ Mario Bunge, "Towards a Technoethics," *Philosophic Exchange* 6, no. 1, art. 3 (1975): 72; Stuart Russell, Daniel Dewey, and Max Tegmark, "Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence," *AI Magazine* 36 (2015): 107, <https://doi.org/10.1609/aimag.v36i4.2577>.

⁷ Bunge, "Towards a Technoethics," 72.

⁸ *Ibid.*, 71–2.

¹ Thomas Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence: Fuzzy Ethics Diffuse into Domestic Law and Sideline International Law," in *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives*, ed. Silja Voeneke, Philipp Kellmeyer, Oliver Mueller, and Wolfram Burgard (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), 111–2, 116, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3865149>; Wolfgang Hoffmann-Riem, "Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation," in *Regulating Artificial Intelligence*, ed. Thomas Wischmeyer and Timo Rademacher (Springer, 2020), 7, 24, https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_1.

² Олександр Баранов, *Інтернет речей: теоретико-методологічні основи правового регулювання. Т. 1: Сфери застосування, ризики і бар'єри, проблеми правового регулювання* (Київ: АртЕк, 2018), 213.

контролю за технологіями (його він протиставляє стихійному розвитку останніх в інтересах певної групи), завдяки чому технології приносять користь людству як у коротко-, так і в довгостроковій перспективі⁹.

У 1987 р. Мітчелл Волдроп, відомий дослідник розвитку технологій, запропонував поняття машинної етики. У статті «Питання відповідальності» вчений обговорює появу роботів, створених на основі ШІ, та стверджує, що вони зможуть «взяти відповідальність та владу в такий спосіб, у який жодні машини не робили до цього»¹⁰. Як і Маріо Бунге, Мітчелл Волдроп звертає увагу на моральну амбівалентність технологій, оскільки вони за замовчуванням не містять вбудованої етичної системи, подібної до законів робототехніки Айзека Азімова¹¹. Отже, перед тим, як людство дійде до появи таких машин, доцільно поставити питання про те, яку владу такі машини можуть мати та хто повинен їх контролювати¹². У цій дискусії М. Волдроп наголошує на важливості цінностей, з урахуванням яких роботи повинні функціонувати¹³.

Поступово безпекові побоювання щодо технологій поширилися й на ШІ. Кульмінацією дискусій можна вважати 2015 рік. Саме тоді провідні науковці та діячі, включно зі Стівеном Гокінгом та Стюартом Расселлом, підписали відкритий лист щодо ШІ¹⁴. У ньому підписанти погоджуються, що завдяки появі ШІ перед людством відкриваються значні можливості¹⁵. Водночас застерігають, що неможливо передбачити всі наслідки впровадження ШІ¹⁶. Саме елемент непередбачуваності є наріжним в аргументації дослідників про ризики вказаної технології¹⁷. Зокрема, наголошено на таких проблемних юридичних та етичних питаннях:

- розроблення автономної зброї з одночасним дотриманням норм міжнародного гуманітарного права;

- впровадження машинної етики, зокрема, на прикладі того, як системи ШІ зможуть розв'язувати відому проблему вагонетки;

- співвідношення між функціонуванням систем ШІ та правом на приватність з огляду на масиви даних, які оброблятимуть системи¹⁸.

На думку підписантів листа, важливим є подальше дослідження ШІ з урахуванням усіх можливостей, ризиків та викликів¹⁹. Зокрема, Стівен Гокінг ще у 2014 р. застерігав, що «розвиток повноцінного ШІ може означати кінець людської раси»²⁰.

Як і підписанти листа щодо ШІ, розробники Кембриджського посібника з відповідального використання ШІ також вказують на можливості, які системи ШІ відкривають для людства, зокрема поліпшення загального добробуту²¹. Незважаючи на це, «не можна ігнорувати ризики, які несуть системи ШІ для людини та суспільства, як-от поширення упереджень, нівелювання політичної дискусії та розроблення автономної зброї», у зв'язку з чим дослідники закликають до негайного розроблення моделі відповідального використання систем ШІ²².

У 2017 р. Європейський Парламент відреагував на заклики до розроблення правового регулювання та прийняв Резолюцію 2015/2103(INL), у якій закликав Європейську Комісію розробити правила, що регулюватимуть «роботів, ботів та інші прояви ШІ». На цей документ звертали увагу й українські вчені²³. Європейський Парламент наголосив, що використання «розумних агентів» може розпочати нову промислову революцію з юридичними та етичними наслідками, які мають узяти до уваги законодавці²⁴.

Варто зазначити, що обговорюваний перелік морально-етичних викликів не є вичерпним. Існують й інші ризики, на які дедалі частіше звертають увагу науковці та законодавці. Вони варіюють від питань втрати контролю над ШІ

⁹ Bunge, "Towards a Technoethics," 72.

¹⁰ Mitchell M. Waldrop, "A Question of Responsibility," *AI Magazine* 8, no. 1 (Spring 1987): 35, <https://doi.org/10.1609/aimag.v8i1.572>.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid., 38.

¹⁴ Баранов, *Інтернет речей: теоретико-методологічні основи правового регулювання*, т. 1, 213; Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 106; Russell, Dewey, and Tegmark, "Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence," 106.

¹⁵ Russell, Dewey, and Tegmark, "Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence," 106.

¹⁶ Ibid., 106.

¹⁷ Buiten, "Towards Intelligent Regulation of Artificial Intelligence," 45; Matthew U. Scherer, "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies," *Harvard Journal of Law & Technology* 29, no. 2 (2015): 363, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2609777>.

¹⁸ Russell, Dewey, and Tegmark, "Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence," 107.

¹⁹ Ibid., 112.

²⁰ Rory Cellan-Jones, "Stephen Hawking Warns Artificial Intelligence Could End Mankind," *BBC*, December 2, 2014, <https://www.bbc.com/news/technology-30290540>.

²¹ Voenekey et al., *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives*, 1.

²² Ibid.

²³ Баранов, *Інтернет речей: теоретико-методологічні основи правового регулювання*, т. 1, 214; Гордиський І. М., «Тенденції розвитку правового регулювання штучного інтелекту в Європейському Союзі», у *IT-Право: Проблеми та перспективи розвитку в Україні* (Львів: НУ «Львівська політехніка», 2017), 53; Вероніка Мильцева, «Електронне правосуддя: виникнення та перспективи розвитку» (дис. канд. юрид. наук, Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка, 2020), 135; Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 112.

²⁴ Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 112.

до його негативного впливу на зайнятість населення²⁵. Утім, ці ризики можна згрупувати: ризики, пов'язані з (а) безпечністю ШІ, (б) його прозорістю та (в) забезпеченням справедливості (зокрема рівності) у зв'язку з використанням ШІ. Саме з урахуванням таких ризиків ми розглянемо подальше становлення стандартів регулювання ШІ в ЄС.

Виникнення етичних стандартів регулювання систем ШІ. Перші спроби встановити правила використання систем ШІ було зроблено ще до появи законодавчих пропозицій врегулювати системи ШІ. Це була відповідь на виклики, пов'язані з активним розробленням і впровадженням таких систем. Правила розробляли як окремі організації, так і на міжнародному рівні (рекомендації чи декларації).

Доцільно згадати дослідження, яке провів колектив авторів зі Швейцарської вищої технічної школи²⁶. Науковці обрали для аналізу 84 етичних стандарти у сфері ШІ, які було оформлено у вигляді певних документів (рекомендацій, правил, кодексів поведінки тощо) станом на 2019 р.; більшість стандартів було розроблено в ЄС (19)²⁷ та США (20)²⁸. Важливо, що за своїм змістом стандарти є відповідями на ті запитання, які були предметом етичного дискурсу, згадуваного вище. У 73 випадках ішлося про етичний принцип прозорості, у 68 – справедливості (включно з рівністю), а в 60 – безпечності, після яких слідували відповідальність і приватність²⁹. Це дослідження демонструє проникнення морально-етичної проблематики ШІ в діяльність конкретних організацій, насамперед у межах євроатлантичного простору.

Томас Бюррі також звертає увагу на появу етичних стандартів, виокремлюючи приватні організації (Google, Intel та Sage) та міжнародні ініціативи³⁰. Наприклад, учений згадує Монреальську декларацію щодо відповідального ШІ 2018 року, яка є одним із перших документів такого рівня, де наголошено на впливі ШІ на суспільство³¹. Зокрема, у преамбулі зазначено ризики,

які ми бачили в обговореннях дослідників: розвиток ШІ породжує значні етичні та суспільні виклики, адже системи ШІ можуть обмежувати вибір окремих людей і груп, порушувати ринок праці, суперечити основоположним правам та впливати на політику³². З огляду на це запропоновано розробити етичні правила, які сприятимуть зміцненню міжнародно визнаних прав людини у сферах, на які може впливати ШІ³³.

Перед аналізом етичних стандартів, розроблених у ЄС, варто також звернути увагу на класифікацію форм регулювання систем ШІ, яку запропонував Вольфганг Гофман-Рієм, німецький правник і суддя Федерального Конституційного суду Німеччини у відставці. Це дасть змогу побачити різноманітність підходів організацій до використання ШІ. Вольфганг Гофман-Рієм виокремлює такі форми регулювання, які вже виникли на практиці:

- самоструктурування (*self-structuring*): організації самостійно визначають внутрішні процедури, пов'язані з розробленням та використанням систем ШІ, а також взаємодією з іншими організаціями (наприклад, правила внутрішнього контролю за розробленням систем ШІ);
- добровільні правила поведінки (*self-imposed rules*): етичні правила поведінки та технічні стандарти, яких дотримуються організації під час розроблення та використання систем ШІ;
- саморегулювання (*company self-regulation*): розроблення організаціями або об'єднаннями організацій обов'язкових до виконання правил без залучення до цього процесу органів державної влади;
- регульоване саморегулювання (*regulated self-regulation*): розроблення стандартів із додатковим контролем за їхнім впровадженням у формі обов'язкових сертифікацій чи аудиту акредитованою організацією;
- гібридне регулювання (*hybrid regulation*): органи державної влади залучаються до розроблення правил поведінки організацією чи об'єднанням організацій; зокрема, йдеться про те, що німецькі організації можуть направляти запити до органів державної влади з метою перевірки, чи технічні заходи безпеки, яких планують вжити організації, є достатніми для виконання законодавчих вимог³⁴.

²⁵ Voenekey et al., *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives*, 102, 152.

²⁶ Anna Jobin, Marcello Lenca, and Effy Vayena, "The global landscape of AI ethics guidelines," *Nature Machine Intelligence* 1 (2019): 389, <https://doi.org/10.1038/s42256-019-0088-2>.

²⁷ До цієї кількості також можна додати 14 стандартів, розроблених у Великій Британії, яка тоді ще входила до складу ЄС.

²⁸ Jobin, Lenca, and Vayena, "The global landscape of AI ethics guidelines," 391.

²⁹ Ibid., 395.

³⁰ Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 109.

³¹ Мильцева, «Електронне правосуддя: виникнення та перспективи розвитку», 108; Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 105–6.

³² University of Montreal, *Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence 2018*, 7, https://monoskop.org/images/d/d2/Montreal_Declaration_for_a_Responsible_Development_of_Artificial_Intelligence_2018.pdf.

³³ Ibid.

³⁴ Hoffmann-Riem, "Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation," 19–23.

Правове регулювання систем ШІ в ЄС: дифузія етичних стандартів. Переходячи до тенденцій ЄС, ми спостерігаємо, що активне розроблення етичних стандартів використання ШІ відбулося саме після Резолюції Європейського Парламенту 2015/2103(INL), у якій міститься заклики до Європейської Комісії щодо розроблення правил використання ШІ. Після цього з'являється Декларація про співпрацю щодо ШІ, підписана у квітні 2018 р., у якій підтверджено наміри ЄС розробити колективну відповідь на можливості та виклики, пов'язані з ШІ³⁵. Ці наміри підкріплено окремо Європейською Комісією, яка зазначила, що має намір впровадити підхід до ШІ, що ґрунтується на цінностях³⁶.

Уже через рік за дорученням Європейської Комісії група експертів із ШІ оприлюднила документ під назвою «Етичні рекомендації для надійного ШІ». Метою цього документа було розроблення людиноцентристського підходу до регулювання ШІ³⁷. У ньому підкреслено важливий зв'язок між етикою (вираженою в певних ціннісних підходах до ШІ) та правом у потенційному регулюванні систем ШІ³⁸. У підході до регулювання ШІ виділено, зокрема, два компоненти, які повинні співіснувати в гармонії, – правовий (відповідність системи ШІ законодавству) та етичний (дотримання принципів і цінностей)³⁹.

Описуючи правовий компонент, розробники згаданих етичних рекомендацій стверджують, що основою правового регулювання повинні бути основоположні права людини (повага до гідності, свобода людини, забезпечення рівності)⁴⁰. Стосовно етичного компонента автори документа закликають до дотримання етичних принципів автономії людини, запобігання шкоді, справедливості та пояснюваності системи ШІ (включно з її прозорістю)⁴¹. З урахуванням цих елементів регулювання було запропоновано (а) перелік основних вимог, які повинні бути застосовні до систем ШІ, та (б) осіб, які повинні забезпечити виконання таких вимог. Перелік вимог і відповідальних осіб безпосередньо впливає з етичного дискурсу.

Вимоги передбачають людський контроль (зокрема за дотриманням основоположних прав людини), безпечність, дотримання права на приватність та безпеку даних, прозорість, рівність та відповідальність⁴². Відповідальними особами пропонувалося визначити постачальників систем (*developers* (мовою етичних рекомендацій) чи *providers* (мовою Акта про ШІ)) та користувачів систем (впроваджувачів (*deployers*))⁴³. Як ми бачили в попередніх частинах цієї статті, такий підхід до переліку вимог та відповідальних осіб суголосний з поглядами вчених, які було висловлено ще у ХХ столітті, зокрема в працях Маріо Бунге.

З урахуванням Етичних рекомендацій для надійного ШІ у 2020 р. Європейська Комісія опублікувала Білу книгу щодо ШІ – один з останніх кроків перед впровадженням правового регулювання⁴⁴. У цьому документі Європейська Комісія підтвердила, що вона підтримує підхід, покликаний сприяти двом цілям – розвивати ШІ та враховувати ризики, пов'язані з новими технологіями⁴⁵. Документ підтвердив доцільність вироблення вимог, вказаних в Етичних рекомендаціях, та наголосив на необхідності дотримуватися в регулюванні підходу, базованого на оцінюванні ризиків (*risk-based approach*)⁴⁶.

У 2021 р. Європейська Комісія оприлюднила пропозицію щодо регулювання ШІ – проєкт Акта про ШІ⁴⁷. Основною метою регулювання було визначити чіткі межі етично допустимого розроблення та використання ШІ, зокрема для контролю за негативним впливом ШІ⁴⁸. Ця пропозиція дала початок розробленню власних позицій щодо документа з боку Європейської Ради та Європейського Парламенту, а також подальшим тристороннім переговорам між усіма згаданими органами ЄС, які істотно вплинули на остаточний зміст документа⁴⁹. Водночас як первинно запропонований проєкт, так і прийнятий Акт про ШІ підкреслюють важливість питання безпечності ШІ та закріплюють підхід, який ґрунтується на оцінюванні рівня ризику

⁴² Ibid., 14.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ European Commission, *White Paper On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust COM(2020) 65 final*, February 19, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Burri, “The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence,” 113; Voeneky et al., *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives*, 1.

⁴⁸ Roberts et al., “Governing Artificial Intelligence in China and the European Union,” 84.

⁴⁹ European Parliament, *Legislative train 08.2024. A Europe Fit for the Digital Age. Artificial Intelligence Act*, August 20, 2024, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/regulation-on-artificial-intelligence/report?sid=8301>.

³⁵ Huw Roberts et al., “Governing Artificial Intelligence in China and the European Union: Comparing Aims and Promoting Ethical Outcomes,” *The Information Society* 39, no. 2 (2022): 81, <https://doi.org/10.1080/01972243.2022.2124565>.

³⁶ Ibid., 82.

³⁷ Burri, “The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence,” 113; High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* (April 8, 2019), 4, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>; Roberts et al., “Governing Artificial Intelligence in China and the European Union,” 82.

³⁸ High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 5.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., 9.

⁴¹ Ibid., 12–3.

системи ШІ: вимоги варіюють залежно від того, який ризик система ШІ може становити для здоров'я, безпеки та основоположних прав людини. Отже, на підставі змісту Акта про ШІ можна виокремити системи ШІ з недопустимим рівнем ризику (заборонені системи), високоризикові системи (до них застосовується більшість вимог документа), обмежено ризикові системи, а також системи з мінімальним рівнем ризику⁵⁰. Останні перебувають поза межами регулювання.

З огляду на історію прийняття Акта про ШІ, його задекларовану мету, а також зміст документа дослідники схилиються до думки, що Акт про ШІ є проявом дифузії етичних норм⁵¹. Ця стаття не ставить за мету провести детальний аналіз запропонованого регулювання, зокрема процедурних вимог, передбачених у ньому. Ми зосередимося на тому, як етичні принципи та імперативи знайшли відображення в Акті про ШІ. Томас Бюррі звертає увагу на проникнення етичних стандартів у запропоноване регулювання на прикладі таких груп вимог:

- уникнення упереджень (*bias*), що дає змогу забезпечити рівність, а отже запобігти дискримінації: стаття 10 Акта про ШІ вимагає належного управління даними. Положення вимагає від високоризикових систем збирати та обробляти дані в спосіб, достатній для уникнення дискримінації та негативного впливу на основоположні права;
- прозорість: згідно зі статтею 13 Акта про ШІ, постачальник повинен створити систему так, щоб користувач системи міг розуміти її результати (*outputs*) та використовувати її відповідним чином;
- безпечність: стаття 15 вимагає від деяких систем ШІ належного рівня точності, стійкості та кібербезпеки, щоби протидіяти зовнішнім впливам, зокрема з боку третіх осіб⁵².

Після ухвалення Європейським Парламентом Акта про ШІ в березні 2024 р. (із його подальшим схваленням Європейською Радою в травні 2024 р. та опублікуванням 12 липня 2024 р.) настав перехідний період, протягом якого його положення набиратимуть чинності поступово⁵³. Крім цього, розробники Акта про ШІ розуміли важливість технічного компонента під час аналізу систем ШІ на відповідність вимогам Акта про ШІ. З огляду

на це, статті 40 та 41 Акта про ШІ закладають основи для подальшого розроблення технічних стандартів для високоризикових систем ШІ – як організаціями, які провадять діяльність у сфері стандартизації, так і безпосередньо Європейською Комісією (у разі, якщо немає стандартів, розроблених відповідними організаціями, або якщо таких стандартів недостатньо). Перспектива розроблення таких стандартів у майбутньому саме Європейською Комісією зумовлена також тим, що стандарти відповідних організацій можуть бути недостатньо якісними, а виклики, пов'язані із системами ШІ, є новими та комплексними, а отже, вимагають належної реакції⁵⁴.

Водночас ще з моменту опублікування проекту Акта про ШІ дослідники говорили про недоліки регулювання, а також акцентували на тому, що це початок потенційного комплексного правового регулювання систем ШІ⁵⁵.

Згадуваний вже Томас Бюррі наголошує, що, хоч Акт про ШІ і втілює важливі етичні стандарти та цінності, він не містить імперативів, характерних для правового регулювання⁵⁶. Натомість йому притаманні риси «м'якого права» (подібні документи організації впроваджували до прийняття Акта про ШІ), а вирішення багатьох питань залишається на розсуд постачальників і користувачів систем ШІ⁵⁷. Зокрема, недоліком дослідник вважає відсутність прямої заборони дискримінації⁵⁸. Така заборона лише імпліцитно випливає з процедурних вимог Акта про ШІ.

Окрім критики Акта про ШІ, чимало дослідників погоджуються, що питання розроблення та використання систем ШІ (як і багатьох інших технологій) виходитимуть за межі окремо взятої юрисдикції; тож науковці закликають законодавців до розроблення стандартів, які зможуть стати універсальними⁵⁹. Важливе значення в цьому процесі мають міжнародне право та міжнародні організації, які повинні відігравати активнішу роль у встановленні глобальних стандартів⁶⁰.

⁵⁴ Gabriele Mazzini and Salvatore Scalzo, "The Proposal for the Artificial Intelligence Act: Considerations around Some Key Concepts," in *Camardi (a cura di), La via europea per l'Intelligenza artificiale* (2023), 9–10, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4098809>.

⁵⁵ Thomas Burri and Fredrik von Bothmer, "The New EU Legislation on Artificial Intelligence: A Primer" (April 21, 2021): 5–6, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3831424>; Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 118.

⁵⁶ Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 118.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Hoffmann-Riem, "Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation," 24–5.

⁶⁰ Корнєєва, "Теоретичні підходи до визначення поняття та правового регулювання штучного інтелекту", 52; Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 118–22.

⁵⁰ Roberts et al., "Governing Artificial Intelligence in China and the European Union," 91; Jonas Schuett, "Defining the Scope of AI Regulations," *Law, Innovation and Technology* 15(1) (2021): 60–82, <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184135>.

⁵¹ Burri, "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence," 114.

⁵² Ibid., 115–7.

⁵³ European Parliament, *Legislative train 08.2024. A Europe Fit for the Digital Age. Artificial Intelligence Act*.

Зокрема, Вольфганг Гофман-Ріем стверджує, що потрібні глобальні ефективні інструменти, які (в ідеалі) ґрунтуватимуться на міжнародних договорах, а самі інструменти передбачатимуть наявність платформи, у межах якої співпрацюватимуть держави, організації, залучені до розроблення систем ШІ, та організації, які здійснюють контроль за розвитком ШІ⁶¹.

Враховуючи активне впровадження систем ШІ на практиці, критику Акта про ШІ та обговорювані перспективи вироблення глобальних стандартів, можна очікувати впливу таких тенденцій на правове регулювання в ЄС. Подальші тенденції доцільно відстежувати з огляду на плани України щодо підготовки власного нормативного підходу до ШІ.

Висновки та перспективи подальшого розроблення тематики ШІ. Україна нині перебуває в ситуації, коли системи ШІ вже активно використовуються, зокрема, органами державної влади. Впровадження технологій ШІ відбувається в умовах, коли розроблення правового регулювання, дотичного до використання систем ШІ, перебуває на початкових етапах.

Крім цього, можемо спостерігати недостатній рівень як правової культури, так і законодавства щодо питань, тісно пов'язаних із використанням ШІ. Насамперед це стосується захисту персональних даних: нормативно-правова база України та інституційна спроможність державних органів не узгоджуються зі стандартами ЄС. Незважаючи на певний прогрес у цих сферах, можна також очікувати на виклики, пов'язані з охороною прав інтелектуальної власності, кібербезпекою та захистом критичної інфраструктури. Говорячи про правову культуру, ми наразі не бачимо активних спроб українських організацій впровадити на практиці добровільні

стандарты використання систем ШІ, тоді як у ЄС та США такі тенденції виникли задовго до публікації проекту Акта про ШІ. Це може свідчити про недостатнє розуміння морально-етичних викликів, пов'язаних із технологіями ШІ, та недооцінювання суміжних ризиків для людини та суспільства (включно з небезпечністю, непрозорістю та технологічною упередженістю). Що інтенсивніше технології ШІ будуть впроваджуватися без належного контролю з боку людини, то істотнішими будуть відповідні ризики.

Отже, можемо констатувати, що у зв'язку із впровадженням систем ШІ Україна зіткнулася з комплексними та міждисциплінарними викликами, які охоплюють багато питань. Йдеться не лише про регулювання використання систем ШІ, а й узгодження національної нормативно-правової бази суміжних сфер із сучасними вимогами та стандартами, зокрема зі стандартами ЄС (наприклад, у сфері захисту персональних даних).

Наведене вище свідчить про важливість та актуальність належного розуміння в Україні досвіду ЄС. Наше дослідження дає змогу проаналізувати генезу появи правового регулювання в ЄС – від дискусій, які зароджувалися в межах техноетики та машинної етики, через появу перших етичних стандартів регулювання систем ШІ і до проникнення таких стандартів у проект Акта про ШІ, який Європейський Парламент прийняв у 2024 р. Такий аналіз поглиблює розуміння як викликів і ризиків, пов'язаних з активним впровадженням систем ШІ в різних сферах, так і нормативних положень, покликаних врахувати відповідні виклики та ризики в спосіб, що не перешкоджатиме науково-технічному прогресу. Наші подальші розвідки будуть зосереджені на теоретико-правових і практичних питаннях регулювання систем ШІ в Україні, зокрема з урахуванням уже наявного підходу ЄС.

⁶¹ Hoffmann-Riem, "Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation," 24–5.

Список використаної літератури

- Баранов, Олександр. *Інтернет речей: теоретико-методологічні основи правового регулювання. Т. 1: Сфери застосування, ризики і бар'єри, проблеми правового регулювання*. Київ: АртЕк, 2018.
- Городиський, І. М. «Тенденції розвитку правового регулювання штучного інтелекту в Європейському Союзі». У *IT-Право: Проблеми та перспективи розвитку в Україні*, 51–7. Львів: НУ «Львівська політехніка», 2017.
- Корнєва, С. Р. «Теоретичні підходи до визначення поняття та правового регулювання штучного інтелекту». *Науковий вісник Ужгородського національного університету* 66 (2021): 50–55. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.66.9>.
- Мильцева, Вероніка. «Електронне правосуддя: виникнення та перспективи розвитку». Дис. канд. юрид. наук, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2020.
- Buiten, Miriam C. "Towards Intelligent Regulation of Artificial Intelligence." *European Journal of Risk Regulation* 10 no. 1 (2019): 41–59. <https://doi.org/10.1017/err.2019.8>.
- Bunge, Mario. "Towards a Technoethics." *Philosophic Exchange* 6, no. 1, art. 3 (1975): 69–79. <https://core.ac.uk/download/pdf/233574123.pdf>.
- Burri, Thomas, and Fredrik von Bothmer. "The New EU Legislation on Artificial Intelligence: A Primer." (April 21, 2021). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3831424>.
- Burri, Thomas. "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence: Fuzzy Ethics Diffuse into Domestic Law and Sideline International Law." In *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives*, edited by Silja Voeneke, Philipp Kellmeyer, Oliver Mueller, and Wolfram Burgard. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3865149>.

- Cellan-Jones, Rory. "Stephen Hawking Warns Artificial Intelligence Could End Mankind." *BBC*, December 2, 2014. <https://www.bbc.com/news/technology-30290540>.
- European Commission. *White Paper On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust COM(2020) 65 final*. February 19, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>.
- European Parliament. *Legislative train 08.2024. A Europe Fit for the Digital Age. Artificial Intelligence Act*. August 20, 2024. <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/regulation-on-artificial-intelligence/report?sid=8301>.
- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. April 8, 2019. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. "Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation." In *Regulating Artificial Intelligence*, edited by Thomas Wischmeyer and Timo Rademacher. Springer, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_1.
- Jobin, Anna, Marcello Ienca, and Effy Vayena. "The global landscape of AI ethics guidelines." *Nature Machine Intelligence* 1 (2019): 389–99. <https://doi.org/10.1038/s42256-019-0088-2>.
- Mazzini, Gabriele, and Salvatore Scalzo. "The Proposal for the Artificial Intelligence Act: Considerations around Some Key Concepts." In *Camardi (a cura di), La via europea per l'Intelligenza artificiale*. 2023 (May 2, 2022). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4098809>.
- Petit, Nicolas. "Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots – Conceptual Framework and Normative Implications." (March 9, 2017). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2931339>.
- Roberts, Huw, Josh Cowls, Emmie Hine, Jessica Morley, Vincent Wang, Mariarosaria Taddeo, and Luciano Floridi. "Governing Artificial Intelligence in China and the European Union: Comparing Aims and Promoting Ethical Outcomes." *The Information Society* 39, no. 2 (2022): 79–97. <https://doi.org/10.1080/01972243.2022.2124565>.
- Russell, Stuart, Daniel Dewey, and Max Tegmark. "Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence." *AI Magazine* 36 (2015): 105–114. <https://doi.org/10.1609/aimag.v36i4.2577>.
- Scherer, Matthew U. "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies." *Harvard Journal of Law & Technology* 29, no. 2 (2015). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2609777>.
- Schuett, Jonas. "Defining the Scope of AI Regulations." *Law, Innovation and Technology* 15(1) (2021): 60–82. <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184135>.
- University of Montreal. *Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence 2018*. https://monoskop.org/images/d/d2/Montreal_Declaration_for_a_Responsible_Development_of_Artificial_Intelligence_2018.pdf.
- Voeneke, Silja, Philipp Kellmeyer, Oliver Mueller, and Wolfram Burgard. *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- Waldrop, M. Mitchell. "A Question of Responsibility." *AI Magazine* 8, no. 1 (1987): 28–39. <https://doi.org/10.1609/aimag.v8i1.572>.
- Wischmeyer, Thomas, and Timo Rademacher, eds. *Artificial Intelligence*. Springer, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_1.

Bibliography

- Baranov, Oleksandr. *Internet rechei: teoretyko-metodolohichni osnovy pravovoho rehuliuвання. T. 1: Sfery zastosuvannya, ryzyky i bariery, problemy pravovoho rehuliuвання*. Kyiv: ArtEk, 2018 [in Ukrainian].
- Buiten, Miriam C. "Towards Intelligent Regulation of Artificial Intelligence." *European Journal of Risk Regulation* 10 no. 1 (2019): 41–59. <https://doi.org/10.1017/err.2019.8>.
- Bunge, Mario. "Towards a Technoethics." *Philosophic Exchange* 6, no. 1, art. 3 (1975): 69–79. <https://core.ac.uk/download/pdf/233574123.pdf>.
- Burri, Thomas, and Fredrik von Bothmer. "The New EU Legislation on Artificial Intelligence: A Primer." (April 21, 2021). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3831424>.
- Burri, Thomas. "The New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence: Fuzzy Ethics Diffuse into Domestic Law and Sideline International Law." In *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives*, edited by Silja Voeneke, Philipp Kellmeyer, Oliver Mueller, and Wolfram Burgard. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3865149>.
- Cellan-Jones, Rory. "Stephen Hawking Warns Artificial Intelligence Could End Mankind." *BBC*, December 2, 2014. <https://www.bbc.com/news/technology-30290540>.
- European Commission. *White Paper On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust COM(2020) 65 final*. February 19, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>.
- European Parliament. *Legislative train 08.2024. A Europe Fit for the Digital Age. Artificial Intelligence Act*. August 20, 2024. <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/regulation-on-artificial-intelligence/report?sid=8301>.
- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. April 8, 2019. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. "Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation." In *Regulating Artificial Intelligence*, edited by Thomas Wischmeyer and Timo Rademacher. Springer, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_1.
- Horodyskyi, I. M. "Tendentsii rozvytku pravovoho rehuliuвання shtuchnoho intelektu v Yevropeiskomu Souzi." In *IT-Pravo: Problemy ta perspektyvy rozvytku v Ukraini*, 51–7. Lviv: Lviv Polytechnic National University, 2017 [in Ukrainian].
- Jobin, Anna, Marcello Ienca, and Effy Vayena. "The global landscape of AI ethics guidelines." *Nature Machine Intelligence* 1 (2019): 389–99. <https://doi.org/10.1038/s42256-019-0088-2>.
- Kornieieva, S. "Theoretical approaches to the definition and legal regulation of artificial intelligence." *Uzhhorod National University Herald. Series: Law* 66 (2021): 50–55. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.66.9> [in Ukrainian].
- Mazzini, Gabriele, and Salvatore Scalzo. "The Proposal for the Artificial Intelligence Act: Considerations around Some Key Concepts." In *Camardi (a cura di), La via europea per l'Intelligenza artificiale*. 2023 (May 2, 2022). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4098809>.
- Myltseva, Veronika. "Elektronne pravosuddja: vynykennja ta perspektyvy rozvytku" ["Electronic justice: origins and development prospects"]. PhD Thesis, Taras Shevchenko Kyiv National University, 2020 [in Ukrainian].
- Petit, Nicolas. "Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots – Conceptual Framework and Normative Implications." (March 9, 2017). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2931339>.
- Roberts, Huw, Josh Cowls, Emmie Hine, Jessica Morley, Vincent Wang, Mariarosaria Taddeo, and Luciano Floridi. "Governing Artificial Intelligence in China and the European Union: Comparing Aims and Promoting Ethical Outcomes." *The Information Society* 39, no. 2 (2022): 79–97. <https://doi.org/10.1080/01972243.2022.2124565>.
- Russell, Stuart, Daniel Dewey, and Max Tegmark. "Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence." *AI Magazine* 36 (2015): 105–114. <https://doi.org/10.1609/aimag.v36i4.2577>.
- Scherer, Matthew U. "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies." *Harvard*

- Journal of Law & Technology* 29, no. 2 (2015). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2609777>.
- Schuett, Jonas. "Defining the Scope of AI Regulations." *Law, Innovation and Technology* 15(1) (2021): 60–82. <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184135>.
- University of Montreal. *Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence 2018*. https://monoskop.org/images/d/d2/Montreal_Declaration_for_a_Responsible_Development_of_Artificial_Intelligence_2018.pdf.
- Voeneke, Silja, Philipp Kellmeyer, Oliver Mueller, and Wolfram Burgard. *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- Waldrop, M. Mitchell. "A Question of Responsibility." *AI Magazine* 8, no. 1 (1987): 28–39. <https://doi.org/10.1609/aimag.v8i1.572>.
- Wischmeyer, Thomas, and Timo Rademacher, eds. *Artificial Intelligence*. Springer, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_1.

Oleksandr Kozhukhar

LEGAL REGULATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS IN THE EU: PREREQUISITES, CURRENT STATE AND PROSPECTS

Abstract

Ukraine has repeatedly demonstrated its commitment to introduce a comprehensive set of rules for artificial intelligence systems. In particular, the relevant intentions were set out in the Concept for the Development of Artificial Intelligence approved back in 2020. In the document, Ukraine recognised AI's potential and the need for an appropriate regulatory approach that should address its initial development and further deployment. As part of its regulatory efforts, Ukraine highlights several factors to show the importance of the planned legal regulation, including the increased use of AI systems across multiple fields, ranging from public services to military use of AI technologies, and the urgent need to establish clear guidelines for the same. When it comes to developing legal regulation, there is a growing consensus among policymakers and experts that Ukraine's regulatory approach should align with the framework already implemented by the European Union, which should facilitate harmonisation of the global AI governance landscape and Ukraine's intentions to join the EU.

Amid Ukraine's Euro-Atlantic integration, it is, therefore, crucial to analyse the foundations, current state, and prospects of the EU AI regulation. The article delves into the prerequisites of the EU approach to AI systems and highlights ethical standards that shaped AI systems regulation. These ethical principles include transparency, accountability, non-discrimination, as well as the appropriate human controls. The article explores in detail how these principles evolved from ethical concepts to specific legal requirements and, in particular, illustrates how such principles have been reflected in the recently adopted Artificial Intelligence Act. This comprehensive analysis shows the ethical-legal nexus in the AI Act, which serves as a bridge between ethical principles and specific legal requirements. The article, with its focus on the foundations of the EU approach to AI systems, provides a better understanding of the key principles set out in the AI Act and offers valuable lessons for Ukraine's ongoing efforts to develop its own legal framework for AI.

The author then focuses on the future landscape of AI system regulation with due regard to emerging technologies and the need for a global and adaptable framework that should address these developments and, at the same time, maintain high legal and ethical standards. The article highlights the importance of further international cooperation to ensure an appropriate level of AI governance standards worldwide.

Keywords: legal regulation, artificial intelligence systems, artificial intelligence, AI, EU, European Union.

Матеріал надійшов 14.05.2024



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Nataliia Kozachuk

<https://orcid.org/0009-0002-0430-504X>

RUSSIA – TRAFFIC IN TRANSIT: A LANDMARK CASE UNDERMINING THE ROLE OF WTO SECURITY EXCEPTIONS AMIDST TRADE AND HYBRID WARS

Abstract

This article explores the relationship between trade and hybrid warfare conducted by state actors in the context of the Russia-Ukraine war before Russia's full-scale invasion in 2022 and the US-China trade war. It analyzes recent WTO case-law, notably the landmark case Russia – Traffic in Transit, where justification under GATT Art. XXI was successfully invoked by Russia – a WTO member that launched armed aggression against its neighbor, resorting to occupation and annexation of Ukraine's territories. Panel's application of a two-tier test in this case is put into question as Russia has neither explained what constituted an emergency in international relations nor articulated its essential security interests. The analysis addresses how Russia employed trade war tactics as part of its arsenal in the realm of hybrid warfare, subsequently escalating to a full-scale aggression against Ukraine, triggering the largest continental war in Europe since WWII. However, the article recognizes the balanced nature of the GATT Art. XXI interpretation, requiring the Panel to assess whether the measures were "taken in time of war or other emergency in international relations," and also to identify whether the invoking member acted in good faith when establishing the connection between the measures and its essential security interests. If applied correctly, this interpretation should not encourage further trade wars.

Keywords: trade war, hybrid war, WTO law, security exceptions, Russian aggression.

It has been 11 years since Russia started a war against Ukraine and more than 2 years since Russia's full-scale aggression against Ukraine began. Yet, there is a critical lack of legal studies exploring the connections between trade and hybrid wars. This article fills these gaps and focuses on the role of WTO security exceptions in hindering or facilitating trade wars.

The notion of hybrid warfare, or synonymous 'hybrid war,'¹ continuously evolves, and its relation to trade wars remains underexplored. This article analyzes the following points:

- (i) the relevance of a trade war component and its connection with hybrid war;
- (ii) trade measures adopted by the parties to the Russia-Ukraine trade and hybrid war before Russia launched its full-scale invasion, as well as the US-China trade war;
- (iii) the role of GATT Article XXI (Art. XXI) in trade wars, based on its interpretation in the PR *Russia – Traffic in Transit*² case, as well as

the most recent WTO case-law, particularly, *Saudi Arabia – IPRs*³, *US–Origin Marking*⁴, *US–Steel and Aluminium Products*⁵.

³ *Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WTO Panel Report, June 16, 2020, DS567, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds567_e.htm.

⁴ *US – Origin Marking (Hong Kong, China)*, WTO Panel Report, December 21, 2022, DS597, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds597_e.htm.

⁵ There was a series of disputes from eight different complainants: *US – Steel and Aluminium Products (China)*, WTO Panel Report, December 9, 2022, DS544, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds544_e.htm; *US – Steel and Aluminium Products (India)*, WTO Panel Report, August 8, 2023, DS547, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds547_e.htm; *US – Steel and Aluminium Products (EU)*, WTO Panel Report, October 18, 2018, DS548, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds548_e.htm; *US – Steel and Aluminium Products (Canada)*, WTO Panel Report, July 11, 2019, DS550, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds550_e.htm; *US – Steel and Aluminium Products (Mexico)*, WTO Panel Report, July 11, 2019, DS551, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds551_e.htm; *US – Steel and Aluminium Products (Norway)*, WTO Panel Report, December 9, 2022, DS552, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds552_e.htm; *US – Steel and Aluminium Products (Russia)*, WTO Panel Report, January 25, 2019, DS554, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds554_e.htm; *US – Steel and Aluminium Products (Turkey)*, WTO Panel Report, December 9, 2022, DS564, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds564_e.htm.

¹ Alex Deep, "Hybrid War: Old Concept, New Techniques," *Small Wars Journal*, February 3, 2015, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/hybrid-war-old-concept-new-techniques>.

² *Russia – Traffic in Transit*, WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm.

(i) Hybrid war combines political, conventional, irregular, and cyber warfare⁶ with other influencing methods,⁷ expanding beyond traditional warfare⁸. NATO's interpretation of the notion of the hybrid war includes economic developments, of which trade wars may form a part⁹. The distinction between the definitions of hybrid wars that refer to economic factors or omit them can be explained by examining the evolution of hybrid war.

Hybrid wars can be either conducted by non-state actors, such as in the Israel-Hezbollah conflict and the Syrian civil war,¹⁰ or by state actors, as seen in the Russian-Georgian and Russian-Ukrainian hybrid wars.¹¹ In the latter, states use economic tools like trade wars strategically. Trade wars are less applicable when non-state actors are involved due to the lack of formal trade relationships. This article primarily examines state-to-state hybrid wars, where economic strategies, including trade wars and economic statecraft, play significant roles alongside military and informational tactics.

Hybrid war, exemplified by Russia's strategies against Ukraine, integrates economic statecraft with military operations.¹² Economic statecraft, which includes sanctions and trade agreements, serves to advance national foreign policy goals.¹³ Russian hybrid war transformed into a full-scale aggression against Ukraine on February 24th, 2024. This led to a trade embargo between the two countries. This article examines the trade wars that preceded this invasion, focusing on the Russia-Ukraine and US-China contexts.

(ii) Trade measures having the greatest detrimental economic effect in the Russia-Ukraine

and US-China trade wars are highlighted. Those trade measures are distributed into four groups, depending on their subject matter: covering trade in goods, services or intellectual property rights.

Regarding trade in goods, in case of the Russia-Ukraine hybrid war, Russia imposed the first set of restrictive trade measures in July 2013, seven months before the occupation of Crimea¹⁴ and a year before Russian military intervention in the East of Ukraine¹⁵ banning "the import of [some] confectionery products"¹⁶ as a warning for Ukraine not to enter into an Association agreement with the EU.¹⁷ These actions were also classified as an act of aggression by the EU, Parliamentary Assemblies of the OSCE and the Council of Europe.¹⁸ Additionally, 40 enterprises from different sectors of the Ukrainian economy, owned by Ukrainian oligarchs, were put to Russian "list of risk" and made subject to additional customs formalities with the prospect of an import ban,¹⁹ but within 10 days the restrictions were withdrawn. Subsequently, Ukraine decided not to enter into the Association Agreement with the EU.

This decision caused Euromaidan events, and after the change of government, Ukraine decided to enter into an Association agreement with the EU, signed in March 2014, which includes a part on EU-Ukraine Deep and Comprehensive Free Trade Area (DCFTA) with the EU, signed in July 2014.²⁰ The second wave of Russia's measures in the trade war with Ukraine followed immediately, with Russia's import bans on (1) juice products, including baby food from July 2014,²¹ (2) alcoholic and beer beverages from August 2014,²² (3) a list of

⁶ Michael Kofman and Matthew Rojansky, *A Closer look at Russia's "Hybrid War"*, Wilson Center, Kennan Cable 7, April 2015, <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/7-KENNAN%20CABLE-ROJANSKY%20KOFMAN.pdf>.

⁷ Ahmed Salah Hashim, "State and Non-State Hybrid Warfare," LSE Digital Library, March 30, 2017, <https://lse-atom.arkivum.net/uklse-as1ox010070010116>.

⁸ Damien Van Puyvelde, "NATO Review – Hybrid war – does it even exist?," *NATO Review*, May 7, 2015, <https://www.nato.int/docu/review/articles/2015/05/07/hybrid-war-does-it-even-exist/index.html>.

⁹ Michael Aaronson, Michael Miklaucic, Sverre Diessen, Yves De Kermabon, and Mary B. Long, "NATO Countering the Hybrid Threat," Defense Technical Information Center, September 1, 2011, <https://apps.dtic.mil/sti/citations/AD1042838>.

¹⁰ Greg Grant, "Hybrid Wars," *Government Executive*, May 1, 2008, <https://www.govexec.com/magazine/features/2008/05/hybrid-wars/26799/>

¹¹ Mark Galeotti, "(Mis)Understanding Russia's two 'hybrid wars'," *Eurozine: Europe's leading cultural journals at your fingertips*, November 29, 2018, <https://www.eurozine.com/misunderstanding-russias-two-hybrid-wars/>.

¹² Arsalan Bilal, "NATO Review – Russia's hybrid war against the West," *NATO Review*, April 26, 2024, <https://www.nato.int/docu/review/articles/2024/04/26/russias-hybrid-war-against-the-west/index.html>.

¹³ What Is Economic Statecraft?, CFR Education from the Council on Foreign Relations, May 12, 2023, <https://education.cfr.org/learn/reading/what-economic-statecraft>.

¹⁴ UN, General Assembly, *Territorial integrity of Ukraine*, Resolution A/RES/68/262, adopted April 1, 2014; UN, General Assembly, *Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine)*, Resolution A/RES/71/205, adopted 2016.

¹⁵ Edith M. Lederer, "Russia criticized at UN over Ukraine conflict, Crimea, crash," *AP News*, May 30, 2018, <https://www.apnews.com/2a7b209ae4894b1cb48ad6665064fa49>.

¹⁶ *Russia – Measures Concerning the Importation and Transit of Certain Ukrainian Products*, Request for Consultations, October 19, 2017, DS532, paras. 34, 40, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds532_e.htm.

¹⁷ Nikolaj Nielsen, "Ukraine and Russia on path to trade war over EU pact," *EUobserver*, August 19, 2013, <https://euobserver.com/foreign/121146>.

¹⁸ Sergey Sayapin, "The End of Russia's Hybrid War against Ukraine?," *Opinio Juris*, April 1, 2019, <http://opiniojuris.org/2019/01/04/the-end-of-russias-hybrid-war-against-ukraine/>.

¹⁹ Evhenii Havrylov, "Russia «Without a Declaration of War» Put Pressure on Ukrainian Importers," *Mirror of the Week*, August 12, 2013, https://dt.ua/ECONOMICS/rosiya-bez-ogoloshennya-viyniposilila-tisk-na-ukrayinskih-importeriv-126613_.html.

²⁰ *Russia – Traffic in Transit*, WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512, para. 7.7.

²¹ *Russia – Measures Concerning the Importation and Transit of Certain Ukrainian Products*, Request for Consultations, October 19, 2017, DS532, paras. 3-10.

²² *Ibid.*, paras. 23-28.

agricultural products from August 2014,²³ (4) all Ukrainian confectionery products from September 2014,²⁴ (5) wallpaper and similar wall coverings from April 2015²⁵ and (6) suspension of conformity assessment certificates on railway products that effectively resulted in import ban on these products from 2014.²⁶

As for Ukraine, in August 2014 it prohibited exports of military and dual-use products to Russia.²⁷

The third round of Russia's measures unfolded when EU-Ukraine DCFTA entered into force on 1 January 2016. On 29 December 2015, Russia introduced transit limitations for all products mentioned above.²⁸ From 1 July 2016, Russia adopted a transit ban on products in categories (1), (3), (4) mentioned above that prevented traffic in transit by road or rail from Ukraine destined for Kazakhstan, the Kyrgyz Republic, Mongolia, Tajikistan, Turkmenistan and Uzbekistan.²⁹

In response, on 10 January 2016, Ukraine imposed an import ban on a wide range of agricultural and industrial products.³⁰ In May 2016, Ukraine adopted a law that excluded vehicles from or transiting through Russia from the reduced duty rates.³¹ In December 2016, Ukraine adopted a law requiring approval of the Ministry of Information Policy of Ukraine for import and distribution of printed materials originating from, manufactured in and/or delivered from Russia.³²

The fourth round of trade escalation occurred after Russia as an occupying power in Crimea attacked three Ukrainian navy ships and its crew

members in the Kerch Strait heading to Ukrainian ports of Berdyansk and Mariupol in November 2018.³³ In December 2018 Russia broadened the scope of its import ban on the products originating in Ukraine or transiting through its territory including a wide range of both agricultural and industrial products.³⁴ On 30 April 2019, upon request of Kazakhstan and Kyrgyz Republic, Russia made exceptions regarding some industrial goods from Resolution No. 1716-83 that were temporarily allowed to transit through Russian territory until 1 July 2019.³⁵ In April 2019 Ukraine added several items, such as different types of glass bottles, to its import ban list.³⁶

Another set of trade restrictive measures regarding goods were adopted on 18 April 2019 after Russia successfully invoked Art. XXI security exceptions in the WTO dispute *Russia – Traffic in Transit*.³⁷ Russia banned the export of crude oil, oil products and coal to Ukraine as of 1 July 2019.³⁸ After the full-scale invasion started Ukraine had adopted a trade embargo on all Russian products on the 9th of April 2022 with the decision of the Government of Ukraine by Resolution N 426.³⁹

Trade restrictive measures of both parties referred to above may amount to inconsistencies with GATT Arts. I:1, II, V, X or XI. As both Ukraine and Russia acceded to the WTO, trade restrictions discussed may be inconsistent with various provisions of countries' Accession Protocols. Considering that among the most recent WTO cases on application of Art. XXI the only case with successful resort to this exception with the Adopted Panel Report was by Russia, the key question addressed in part (iii) of this paper is how potential inconsistencies with the GATT and Accession

²³ Government of Russian Federation, *On measures for implementation of the Decree of the President of the Russian Federation dated August 6, 2014 No 560 "On the application of certain special economic measures to ensure the security of the Russian Federation,"* Resolution 778, adopted August 7, 2014, https://food.ec.europa.eu/system/files/2016-10/ia_eu-russia_ru-eu-import-ban_20140820_unoff-trans-en.pdf.

²⁴ *Russia – Measures Concerning the Importation and Transit of Certain Ukrainian Products*, Request for Consultations, October 19, 2017, DS532, paras. 36-40.

²⁵ *Ibid.*, paras. 55, 62.

²⁶ *Russia – Railway Equipment*, WTO Panel Report, July 20, 2018, DS512, para. 2.2, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds499_e.htm.

²⁷ National Security and Defense Council, *On the measures regarding improvement of state military and technical policy*, Decision, adopted August 27, 2014.

²⁸ *Russia – Traffic in Transit*, WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512, para. 7.1(a).

²⁹ *Ibid.*, para. 7.1 (b), (c).

³⁰ Cabinet of Ministers of Ukraine, *About the ban on importation into the customs territory of Ukraine of goods originating from the Russian Federation*, Decree 147, adopted December 30, 2015, <https://www.kmu.gov.ua/npas/248749006>.

³¹ *Ukraine – Measures relating to Trade in Goods and Services*, Request for Consultations, May 19, 2017, DS525, para. 3, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds525_e.htm.

³² Verkhovna Rada of Ukraine, *On Amendments to Certain Laws of Ukraine in Relation to Restricting Access of Foreign Printed Materials with Anti-Ukrainian Content to the Ukrainian Market*, Law of Ukraine 1780-VIII, adopted December 8, 2016.

³³ UN, General Assembly, *Problem of the militarization of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine, as well as parts of the Black Sea and the Sea of Azov*, Resolution A/RES/73/194, adopted December 17, 2018.

³⁴ Government of Russian Federation, Resolution 1716-83, adopted in 2018, Annex.

³⁵ Darya Kharchenko, "Russia lifter the restriction on transit of Ukrainian goods under sanctions," *NV*, April 29, 2019, <https://nv.ua/ukr/world/geopolitics/rosiya-znyala-zaboronu-na-tranzit-pidsankciynih-ukrajinskih-tovariv-50019165.html?fbclid=IwAR0ThJvpR4iauBq6UeBmS-TIFjNWIsJ020LpEZWyO2LA0D1M6dkTIAMPrTY>

³⁶ Cabinet of Ministers of Ukraine, *About the ban on importation into the customs territory of Ukraine of goods originating from the Russian Federation*, Decree 147, adopted December 30, 2015, <https://www.kmu.gov.ua/npas/248749006>.

³⁷ *Russia – Traffic in Transit*, WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512, para. 7.149.

³⁸ Gabriel Hardy-Françon, "Russia bans exports of oil products to Ukraine," *Kyiv Post*, April 18, 2019, <https://www.kyivpost.com/business/russia-bans-exports-of-oil-products-to-ukraine.html>.

³⁹ Cabinet of Ministers of Ukraine, *On the application of the ban on the import of goods from the Russian Federation*, Decree 426, adopted April 9, 2022.

protocols were justified under Art. XXI in *Russia-Traffic in Transit*⁴⁰ case.

During the Russia-Ukraine hybrid war, restrictive measures were implemented regarding individuals and legal entities. In December 2018, Russia imposed sanctions on 75 Ukrainian legal entities and 567 Ukrainian individuals.⁴¹ In March 2019, Ukraine imposed sanctions on 294 Russian legal entities and 848 Russian individuals.⁴² Potentially, these trade restrictions may be inconsistent with the GATS, but may be justified under GATS Art. XIV *bis*. As the text of GATS Art. XIV *bis* (1)(b)(iii) is identical to the text of Art. XXI(b)(iii), the analysis of application of the latter is likely to apply if the former is invoked.

During the US-China trade war, a steep escalation regarding trade in goods happened in January 2018 after the US placed a 30 % tariff on foreign solar panels, which affected China as the world leader in solar panel manufacturing. In response, China initiated a WTO dispute, where it claimed violations of GATT Art. XIX and various provisions of the Agreement on Safeguards.⁴³ That same day, tariffs of 20 % were placed on washing machines, which resulted into *United States – Safeguard Measure on Washers* dispute, where Korea challenged GATT Arts. I:1 and II:1(a), (b), XIX and the Agreement on Safeguards.⁴⁴ In March 2018 tariffs of 25 % on steel and 10 % on aluminum were imposed, which resulted in eight WTO disputes initiated by China, India, the EU, Canada, Russia, Norway, Mexico, and Turkey on the grounds of inconsistency with GATT Arts. I:1 and II:1(a), (b), X, XIX and the Agreement on Safeguards.⁴⁵ Art. XXI has been invoked by the US in its disputes on steel and

aluminum. The key interpretative question was whether the US had been able to establish the existence of an emergency in international relations considering PR in *Russia – Traffic in Transit* and whether Art. XXI could justify violations of the Agreement on Safeguards, which does not refer to security exceptions. The outcomes of these disputes for different complainants were distinct. Mutually agreed solutions were reached with Canada and Mexico in 2019, the EU in 2022, India in 2023. Russia did not go beyond the stage of composition of the Panel. While in the cases of China, Norway, and Turkey – Panel Reports were adopted and subsequently appealed into the void in January 2023 as the WTO Appellate Body remains in crisis due to the US blocking the appointment of Appellate Body members.⁴⁶

As to the first question of whether there existed an emergency in international relations, in *US – Steel and Aluminium Products* cases Panels did not find that the measure at issue were taken in time of war or other emergency in international relations, so the analysis stopped at the first tier of the test established in *Russia – Traffic in Transit* discussed below. The US has not justified its inconsistencies with the GATT. The question of Art. XXI application to the Agreement on Safeguards has not been addressed.

In its turn, China was accused of forcing foreign firms to enter joint ventures with domestic Chinese entities to whom they did not have any connection, so foreign companies must grant ownership or usage rights of their technology to Chinese entities and were deprived of the ability to freely negotiate market-based terms in technology transfer agreements. The US and EU brought WTO disputes to challenge this practice claiming it was at odds with the basic rights that companies should be enjoying under the WTO rules, specifically, under Arts. 3 and 28.1(a), (b), 28.2 of the TRIPS Agreement.⁴⁷ Potentially, TRIPS Art. 73 could have been invoked as a justification, as its wording is identical to that of Art. XXI. However, in the dispute *China – Intellectual Property Rights II* the authority of the Panel lapsed on the 9th of June 2021⁴⁸, and the dispute was terminated without the PR issued, while

⁴⁰ *Russia – Traffic in Transit*, WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512.

⁴¹ Government of the Russian Federation, *On amending Resolution of the Government of the Russian Federation of 1 November 2018, No. 1300*, Resolution 1656, adopted December 25, 2018.

⁴² President of Ukraine, *On the Application, Revocation and Amendment of Personal Special Economic and Other Restrictive Measures (Sanctions)*, Decree 82/2019, adopted March 19, 2019.

⁴³ *US – Safeguard Measure on PV Products (China)*, WTO Panel Report, September 2, 2021, DS562, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds562_e.htm.

⁴⁴ *US – Safeguard Measure on Washers*, WTO Panel Report, February 8, 2022, DS546.

⁴⁵ *US – Steel and Aluminium Products (China)*, WTO Panel Report, 09 December 2022, DS544. *US – Steel and Aluminium Products (India)*, WTO Panel Report, 08 August 2023, DS547. *US – Steel and Aluminium Products (EU)*, WTO Panel Report, 18 October 2018, DS548. *US – Steel and Aluminium Products (Canada)*, WTO Panel Report, 11 July 2019, DS550. *US – Steel and Aluminium Products (Mexico)*, WTO Panel Report, 11 July 2019, DS551. *US – Steel and Aluminium Products (Norway)*, WTO Panel Report, 09 December 2022, DS552. *US – Steel and Aluminium Products (Russia)*, WTO Panel Report, 25 January 2019, DS554. *US – Steel and Aluminium Products (Turkey)*, WTO Panel Report, 09 December 2022, DS564.

⁴⁶ Robert Howse, “Unappealable but not Unappealing: WTO dispute settlement without the Appellate Body,” International Institute for Sustainable Development, July 17, 2023, <https://www.iisd.org/articles/policy-analysis/wto-dispute-settlement-without-appellate-body>.

⁴⁷ *China – Intellectual Property Rights II*, WTO Panel Report, June 9, 2021, DS542, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm; *China – Certain Measures on the Transfer of Technology*, WTO Panel Report, June 1, 2018, DS549, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm.

⁴⁸ *Ibid.*

in *China – Certain Measure on the Transfer of Technology* the dispute did not go beyond the stage of consultations.⁴⁹

(iii) Although WTO case-law on Art. XXI application includes *Russia – Traffic in Transit, Saudi Arabia – IPRs, US–Origin Marking, US–Steel and Aluminium Products, Russia – Traffic in Transit* remains the landmark case as it is the only example of successful application of security exceptions in contemporary WTO jurisprudence. Thus, the author analyzes (1) the interpretation of Art. XXI in the PR *Russia – Traffic in Transit*, including, whether the scope Art. XXI extends to the provisions of the Accession Protocols; (2) how current and alternative interpretations affected trade war, including as a part of hybrid war, on the example of Russian full-scale invasion of Ukraine in 2022.

(1) In *Russia – Traffic in Transit* the Panel did not support an approach advocated by Russia⁵⁰ and the US⁵¹ that the dispute under Art. XXI is non-justiciable, and that the Panel does not have jurisdiction regarding Art. XXI. The Panel considered that potentially there were 3 ways to interpret the text of the adjectival clause “which it considers” in the chapeau of Art. XXI(b): first, to qualify only the word “necessary”, i.e. the necessity of the measures for the protection of “its essential security interests”; or, second, to qualify also the determination of these “essential security interests”; or, finally, and maximally, to qualify the determination of the matters described in the three subparagraphs of Art. XXI(b) as well.⁵² The Panel concluded that it has jurisdiction to determine whether the requirements of Art. XXI(b)(iii) are satisfied.⁵³ Not having expressly stated so, it seems that the Panel had chosen the second approach, establishing a two-tier test on application of Art. XXI where the Panel should assess (i) whether the measures challenged by Ukraine were in fact taken during time of war or other emergency in international relations⁵⁴ and, while it is incumbent upon the invoking member to articulate the essential security interests that arise from the emergency in international relations sufficiently enough to demonstrate their veracity,⁵⁵ (ii) the Panel should identify whether the invoking member acted in good faith when establishing the connection between the measures and its essential security interests.

According to para. 7.138 “the obligation of good faith ... applies not only to the Member’s definition of the essential security interests said to arise from the particular emergency in international relations, but also, and most importantly, to their connection with the measures at issue. ... Thus, this obligation is crystallized in demanding that the measures at issue meet a minimum requirement of plausibility in relation to the proffered essential security interests, i.e. that they are not implausible as measures protective of these interests.” This conclusion followed, firstly, from interpretation of different wording of subparas. (i)-(iii) of Art. XXI(b),⁵⁶ secondly, from the analysis of object and purpose of the GATT 1994 and the WTO Agreement⁵⁷ and, thirdly, based on the negotiating history of Art. XXI.⁵⁸

Though the Panel observed a clear correlation between “the deterioration in Ukraine’s relations with Russia (as evidenced by the March 2014 UN General Assembly resolution concerning the territorial integrity of Ukraine), and the sanctions that have been imposed against Russia by several countries,”⁵⁹ Russia itself only described the emergency in international relations as the situation which is publicly known⁶⁰ without specifying its involvement in a hybrid war against Ukraine, including annexation of Crimea or military intervention in Donetsk and Luhansk regions. Having decided that each of the Russia’s measures at issue was “taken in time of” an emergency in international relations,⁶¹ the Panel found that the scope of Art. XXI extends to all four provisions of the Russia’s Accession Protocol that otherwise would have been violated.⁶²

Paragraph 1426 of Russia’s Accession Protocol that was scrutinized by the Panel in *Russia – Traffic in Transit* imposes an obligation that all laws, regulations of Russia would be published promptly in a manner that “fulfils applicable requirements of the WTO Agreement, including those of Article X of the GATT 1994.” The Panel considered that para. 1426 of Russia’s Accession Protocol fell within the scope of application of Art. XXI(b)(iii) because “just as Article X of the GATT 1994 is specified to contain “applicable requirements” to paragraph 1426, Art. XXI(b)(iii) clearly contains “applicable requirements” to Article X of the GATT

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ *Russia – Traffic in Transit*, WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512, para. 7.30.

⁵¹ Ibid., para. 7.52.

⁵² Ibid., para. 7.63.

⁵³ Ibid., paras. 7.102-7.104.

⁵⁴ Ibid., para. 7.109.

⁵⁵ Ibid., para. 7.134.

⁵⁶ Ibid., paras. 7.69, 7.70, 7.77.

⁵⁷ Ibid., para. 7.82.

⁵⁸ Ibid., para. 7.98.

⁵⁹ Ibid., para. 7.142.

⁶⁰ Ibid., para. 7.119.

⁶¹ Ibid., para. 7.125.

⁶² Ibid., paras. 7.256-7.257.

1994.”⁶³ While The Panel considered the practice of GATT Art. XX application to China’s Accession protocol as relevant,⁶⁴ the same reasoning was not supported in *China – Raw Materials* case, where the Appellate Body confirmed the Panel’s interpretation and considered that Art. XX did not extend to the provisions of China’s Accession Protocol, because “the language in Paragraph 11.3 expressly refers to Article VIII, but leaves out reference to other provisions of the GATT 1994, such as Article XX.”⁶⁵ It remains to be seen how the sphere of application of Art. XXI is interpreted in the future disputes and whether the analogy will be drawn with GATT Art. XX. However, with the current interpretation there are high chances that the broad sphere of application of Art. XXI could extend to the provisions of Accession Protocols, and even to the Agreement on Safeguards, as in its argumentation the Panel heavily relied on “the overall architecture of the WTO system as a single package of rights and obligations.”⁶⁶

It seems surprising that having established a standard that the measures at issue must meet a minimum requirement of plausibility in relation to the declared essential security interests, the Panel considered Russia’s burden of proof discharged when “Russia has not explicitly articulated the essential security interests that it considers the measures at issue are necessary to protect.”⁶⁷ To justify such interpretation the Panel relied upon characteristics of the emergency in international relations in subpara. (iii) as involving an armed conflict that was recognized by the UN General Assembly,⁶⁸ but not by Russia.⁶⁹ The Panel established a correlation where if an emergency in international relations resembled a war or armed conflict at the border with an adjacent country, member’s articulation of its essential security interests, despite its allusiveness, was minimally satisfactory.⁷⁰ As professor P. Van den Bossche rightly pointed out “the panel in *Russia – Traffic in Transit* (2019) ... somewhat surprisingly from the perspective of the burden of proof – which is on the respondent – concluded that [articulation of] essential security interests of Russia ... was ‘minimally satisfactory’

in the given circumstances.”⁷¹ If the invoking member had not articulated its essential security interests, it is doubtful how the minimum requirement of plausibility was met. The question arises whether the WTO Panel in *Russia – Traffic in Transit* erred in its determination that Russia acted in good faith when invoking Art. XXI(b)(iii).

The conclusion that Russia met the good faith requirement under the second tier of the test under Art. XXI seems especially unreasonable since in *Russia – Traffic in Transit* Russia has not explicitly articulated its essential security interests. This puts into question whether Russia has discharged its burden of proof and whether the WTO Panel correctly applied the two-tier test under Art. XXI to the facts of the case. The PR in *Russia – Traffic in Transit* has not been appealed. In other WTO cases where the respondent tried to invoke Art. XXI – *Saudi Arabia – IPRs*, *US–Origin Marking*, *US–Steel and Aluminium Products* – such attempts were unsuccessful. Though in *Saudi Arabia – IPRs* the two-tier test on TRIPS Art. 73(b)(iii) invocation was satisfied regarding part of the TRIPS violations, the dispute was terminated in April 2022⁷² and the PR has not entered into force. To the contrary, in *US–Origin Marking* and *US–Steel and Aluminium Products* the Panels did not consider that the US had demonstrated that the situation which existed could be qualified as an emergency in international relations.⁷³ Thus, in both cases the first condition of the two-tier test was not satisfied.

As of now the WTO Appellate Body has not reviewed the application of Art. XXI due to the Appellate Body being dysfunctional. Since the Multi-Party Interim Arbitration Arrangement (MPIA) is a temporary alternative for the WTO Appellate Body for those WTO Members who joined this mechanism,⁷⁴ there might be a different interpretation of Art. XXI application.

(2) This article assesses the impact of two potential interpretations of Art. XXI and the effect that the adopted one might have on trade wars.

One potential interpretation restricts the Panel’s mandate the most, where “it considers” qualifies for the necessity of the measures, the determination of the

⁶³ Ibid., para. 7.242.

⁶⁴ Ibid., para. 7.230.

⁶⁵ *China – Raw Materials*, WTO Appellate Body Report, January 30, 2012, DS394, para. 291, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds394_e.htm.

⁶⁶ *Russia – Traffic in Transit*, WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512, para. 7.231.

⁶⁷ Ibid., para. 7.136.

⁶⁸ Ibid., para. 7.137.

⁶⁹ Ibid., para. 7.115.

⁷⁰ Ibid., para. 7.137.

⁷¹ Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials* (Cambridge University Press, 2021), 671–80.

⁷² *Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WTO Panel Report, June 16, 2020, DS567.

⁷³ Ibid., para. 7.360; *US – Steel and Aluminium Products (Turkey)*, WTO Panel Report, December 9, 2022, DS564, para. 7.164.

⁷⁴ The Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA), WTO Plurilaterals, https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/.

country's "essential security interests" and whether the measures were taken during a time of war or other emergency. This 'self-judging' approach would escalate trade and hybrid wars. However, WTO Panels have consistently rejected this interpretation.

Another potential interpretation grants the Panel the greatest discretion to interpret whether the measures were taken during a time of war or emergency and to assess if the state's security interests are "essential." Of course, such interpretation would drastically limit the arsenal of states in trade wars, but it might also shift the balance in Art. XXI by curtailing the state's sovereign right to determine its essential security interests.

The interpretation suggested by the Panel in *Russia – Traffic in Transit* seems the most balanced. The state retains sovereignty over determination of its essential security interests. At the same time, it is upon the Panel to consider, whether the measures were "taken in time of war or other emergency in international relations" and whether a member invoking Art. XXI(b) acted in good faith. While there is discretion of a member to designate particular concerns as "essential security interests," it is limited by the member's obligation to interpret and apply Art. XXI(b)(iii) in good faith.⁷⁵ Thus, the Panel acknowledged that the invoking member must articulate its essential security interests⁷⁶ but the Panel must look into the connection between these interests and the measures adopted.⁷⁷

To conclude, trade war can be used as a hybrid war's effective tool only in state-to-state conflicts. The analysis of Russia-Ukraine and US-China trade wars shows that justification of possibly WTO-inconsistent trade restrictive measures used depends upon the interpretation of security exceptions enshrined in the GATT, GATS and TRIPS. The first interpretation of Art. XXI by the Panel in *Russia – Traffic in Transit* might influence further

interpretations of security exceptions in the GATT and other WTO Agreements. The WTO Panels has not supported a non-justiciable approach regarding Art. XXI interpretation. The current interpretation established the broad sphere of application of Art. XXI that could extend to the provisions of Accession Protocols, and possibly WTO covered agreements, like the Agreement on Safeguards. The author agrees that the standard developed by the Panel in *Russia – Traffic in Transit* seems balanced and reasonable, but to avoid its abuse to further engage in trade wars, it should be cautiously implemented, making sure that the invoking party properly discharges its burden of proof. The effect of this interpretation on trade wars can already be seen. Russia approved a new ban on export of oil products to Ukraine two weeks after the Panel justified its previous trade-restrictive measures under Art. XXI. Ironically, *Russia – Traffic in Transit* remains the only case when justification under Art. XXI was successfully invoked by a WTO member who resorted to the act of aggression, temporarily occupying part of its member's territory and annexing another part. Russia used trade war mechanisms in the arsenal of its hybrid war tools. Later Russia resorted to the full-scale aggression against Ukraine starting the biggest continental war in Europe since WWII. Though the reasoning and application of the test to interpret Art. XXI in *Russia – Traffic in Transit* should be criticized, the test itself seems well balanced, as it requires the Panel not only to consider, whether the measures were "taken in time of war or other emergency in international relations" but also to identify whether the invoking member acted in good faith when establishing the connection between the measures and its essential security interests. If applied correctly, this interpretation should not encourage further trade wars. Sadly, as illustrated by the example of Russia-Ukraine hybrid war, *de facto* Art. XXI was used in bad faith by Russia as an aggressor and an occupying power to justify its trade war as one of its hybrid war instruments.

⁷⁵ *Russia – Traffic in Transit*, WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512, para. 7.132.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 7.134.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 7.138.

Bibliography

- Aaronson, Michael, Michael Miklaucic, Sverre Diessen, Yves De Kermabon, and Mary B. Long. "Defense Technical Information Center." September 1, 2011. <https://apps.dtic.mil/sti/citations/AD1042838>.
- Bilal, Arsalan. "NATO Review – Russia's hybrid war against the West." *NATO Review*, April 26, 2024. <https://www.nato.int/docu/review/articles/2024/04/26/russias-hybrid-war-against-the-west/index.html>.
- Cabinet of Ministers of Ukraine. *About the ban on importation into the customs territory of Ukraine of goods originating from the Russian Federation*. Decree 1147. Adopted December 30, 2015. <https://www.kmu.gov.ua/npas/248749006>.
- Cabinet of Ministers of Ukraine. *On the application of the ban on the import of goods from the Russian Federation*. Decree 426. Adopted April 9, 2022.
- China – *Certain Measures on the Transfer of Technology*. WTO Panel Report, June 1, 2018, DS549. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm.
- China – *Intellectual Property Rights II*. WTO Panel Report, June 9, 2021. DS542. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm.
- China – *Raw Materials*. WTO Appellate Body Report, January 30, 2012, DS394. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds394_e.htm.

- Deep, Alex. “Hybrid War: Old Concept, New Techniques.” *Small Wars Journal*, February 3, 2015. <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/hybrid-war-old-concept-new-techniques>.
- Galeotti, Mark. “(Mis)Understanding Russia’s two ‘hybrid wars.’” *Eurozine: Europe’s leading cultural journals at your fingertips*. November 29, 2018. <https://www.eurozine.com/misunderstanding-russias-two-hybrid-wars/>.
- Government of the Russian Federation. *On amending Resolution of the Government of the Russian Federation of 1 November 2018, No. 1300*. Resolution 1656. Adopted December 25, 2018.
- Government of the Russian Federation. *On measures for implementation of the Decree of the President of the Russian Federation dated August 6, 2014 No 560 “On the application of certain special economic measures to ensure the security of the Russian Federation.”* Resolution 778. Adopted August 7, 2014. https://food.ec.europa.eu/system/files/2016-10/ia_eu-russia_ru-eu-import-ban_20140820_unoff-trans-en.pdf.
- Government of the Russian Federation. Resolution 1716-83. Adopted in 2018.
- Grant, Greg. “Hybrid Wars.” *Government Executive*, May 1, 2008. <https://www.govexec.com/magazine/features/2008/05/hybrid-wars/26799/>.
- Hardy-Françon, Gabriel. “Russia bans exports of oil products to Ukraine.” *Kyiv Post*, April 18, 2019. <https://www.kyivpost.com/business/russia-bans-exports-of-oil-products-to-ukraine.html>.
- Hashim, Ahmed Salah. “State and Non-State Hybrid Warfare.” LSE Digital Library, March 30, 2017. <https://lse-atom.arkivum.net/uklse-as1ox010070010116>.
- Havrylov, Evhenii. “Russia «Without a Declaration of War» Put Pressure on Ukrainian Importers.” *Mirror of the Week*, August 12, 2013. https://dt.ua/ECONOMICS/rosiya-bez-ogoloshennya-viyni-posilila-tisk-na-ukrayinskih-importeriv-126613_.html.
- Howse, Robert. “Unappealable but not Unappealing: WTO dispute settlement without the Appellate Body.” International Institute for Sustainable Development, July 17, 2023. <https://www.iisd.org/articles/policy-analysis/wto-dispute-settlement-without-appellate-body>.
- Kharchenko, Darya. “Russia lifter the restriction on transit of Ukrainian goods under sanctions.” *NV*, April 29, 2019. <https://nv.ua/ukr/world/geopolitics/rosiya-znyala-zaboronu-na-tranzit-pidsankciynih-ukrajinskih-tovariv-50019165.html?fbclid=IwAR0ThJvpR4iauBq6UeBmS-TIFjNWIsJ020LpEZWyO2LA0D1M6dkTIAMPrTY>.
- Kofman, Michael, and Matthew Rojansky. A Closer look at Russia’s “Hybrid War.” Wilson Center, Kennan Cable 7, April 2015. <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/7-KENNAN%20CABLE-ROJANSKY%20KOFMAN.pdf>.
- Lederer, Edith M. “Russia criticized at UN over Ukraine conflict, Crimea, crash.” *AP News*, May 30, 2018. <https://www.apnews.com/2a7b209ae4894b1cb48ad6665064fa49>.
- Menabde, Giorgi. “Russia Employs New ‘Hybrid War’ Methods Against Georgia.” *The Jamestown Foundation* (blog), March 29, 2018. <https://jamestown.org>.
- National Security and Defense Council. *On the measures regarding improvement of state military and technical policy*. Decision. Adopted August 27, 2014.
- Nielsen, Nikolaj. “Ukraine and Russia on path to trade war over EU pact.” *EUobserver*, August 19, 2013. <https://euobserver.com/foreign/121146>.
- President of Ukraine. *On the Application, Revocation and Amendment of Personal Special Economic and Other Restrictive Measures (Sanctions)*. Decree 82/2019. Adopted March 19, 2019.
- Russia – *Measures Concerning the Importation and Transit of Certain Ukrainian Products*. Request for Consultations, October 19, 2017, DS532. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds532_e.htm.
- Russia – *Railway Equipment*. WTO Panel Report, July 20, 2018, DS512. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds499_e.htm.
- Russia – *Traffic in Transit*. WTO Panel Report, April 26, 2019, DS512. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm.
- Saudi Arabia – *Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*. WTO Panel Report, June 16, 2020, DS567. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds567_e.htm.
- Sayapin, Sergey. “The End of Russia’s Hybrid War against Ukraine?” *Opinio Juris*, April 1, 2019. <http://opiniojuris.org/2019/01/04/the-end-of-russias-hybrid-war-against-ukraine/>.
- The Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA). WTO Plurilaterals. https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/.
- Ukraine – *Measures relating to Trade in Goods and Services*. Request for Consultations, May 19, 2017, DS525. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds525_e.htm.
- UN, General Assembly. *Problem of the militarization of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine, as well as parts of the Black Sea and the Sea of Azov*. Resolution A/RES/73/194. Adopted December 17, 2018.
- UN, General Assembly. *Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine)*. Resolution A/RES/71/205. Adopted 2016.
- UN, General Assembly. *Territorial integrity of Ukraine*. Resolution A/RES/68/262. Adopted April 1, 2014.
- US – *Origin Marking (Hong Kong, China)*. WTO Panel Report. December 21, 2022, DS597. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds597_e.htm.
- US – *Safeguard Measure on PV Products (China)*. WTO Panel Report. September 2, 2021, DS562. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds562_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (Canada)*. WTO Panel Report, July 11, 2019, DS550. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds550_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (China)*. WTO Panel Report, December 9, 2022, DS544. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds544_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (EU)*. WTO Panel Report, October 18, 2018, DS548. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds548_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (India)*. WTO Panel Report, August 8, 2023, DS547. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds547_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (Mexico)*. WTO Panel Report, July 11, 2019, DS551. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds551_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (Norway)*. WTO Panel Report, December 9, 2022, DS552. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds552_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (Russia)*. WTO Panel Report, January 25, 2019, DS554. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds554_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (Switzerland)*. WTO Panel Report, December 9, 2022, DS556. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds556_e.htm.
- US – *Steel and Aluminium Products (Turkey)*. WTO Panel Report, December 9, 2022, DS564. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds564_e.htm.
- Van den Bossche, Peter, and Werner Zdouc. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*. Cambridge University Press, 2021.
- Van Puyvelde, Damien. “NATO Review – Hybrid war – does it even exist?” *NATO Review*, May 7, 2015. <https://www.nato.int/docu/review/articles/2015/05/07/hybrid-war-does-it-even-exist/index.html>.

Verkhovna Rada of Ukraine. *On Sanctions*. Law of Ukraine 1644-VII. Adopted August 14, 2014.

Verkhovna Rada of Ukraine. *On Amendments to Certain Laws of Ukraine in Relation to Restricting Access of Foreign Printed Materials with Anti-Ukrainian Content to the Ukrainian*

Market. Law of Ukraine 1780-VIII. Adopted December 8, 2016.

What Is Economic Statecraft? CFR Education from the Council on Foreign Relations, May 12, 2023. <https://education.cfr.org/learn/reading/what-economic-statecraft>.

Козачук Н. О.

«РОСІЯ – ЗАХОДИ ЩОДО ТРАНЗИТНОГО РУХУ»: ДОЛЕНОСНА СПРАВА, ЯКА ПІДРИВАЄ РОЛЬ ВИНЯТКІВ ЩОДО БЕЗПЕКИ СВІТОВОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ТОРГІВЛІ ПІД ЧАС ГІБРИДНИХ І ТОРГОВЕЛЬНИХ ВОЄН

У статті досліджено взаємозв'язок між торговельними та гібридними війнами, які відбуваються між державами, на прикладі російсько-української війни до повномасштабного вторгнення Росії у 2022 році та торговельної війни між США та Китаєм. Описано роль торговельної війни як одного з інструментів гібридної війни. Проаналізовано найновішу судову практику Світової організації торгівлі (СОТ), зокрема Звіт групи експертів у справі «Росія – заходи щодо транзитного руху», де було успішно застосовано винятки щодо безпеки СОТ за статтею XXI ГАТТ. Ця справа є єдиним прикладом прийнятого Звіту групи експертів СОТ, коли винятки щодо безпеки застосувала Росія – держава-член СОТ, яка розпочала збройну агресію проти свого сусіда, вдаючись до окупації та анексії території України. У цьому випадку авторка ставить під сумнів обґрунтованість застосування групою експертів СОТ дворівневого тесту за статтею XXI ГАТТ, оскільки Росія ніяк не пояснила, що є надзвичайною ситуацією в міжнародних відносинах, а також не сформулювала своїх суттєвих інтересів безпеки. Висвітлено, як Росія використовувала тактику торговельної війни як частину свого арсеналу в гібридній війні проти України та пізніше ескалювала до повномасштабної агресії, що спричинило найбільшу континентальну війну в Європі з часів Другої світової війни. Однак авторка визнає збалансований характер тлумачення статті XXI ГАТТ, що вимагає від групи експертів СОТ оцінювання, чи заходи були вжиті під час війни чи іншої надзвичайної ситуації в міжнародних відносинах, а також визначення того, чи діяла держава-член СОТ добросовісно і чи простежується зв'язок між заходами та суттєвими інтересами безпеки. Підсумовано, що, якщо цю інтерпретацію буде правильно застосовано, вона не сприятиме подальшим торговельним війнам. Зазначено, що потенційно винятки щодо безпеки в торговельних війнах можна застосовувати не лише для виправдання порушень ГАТТ, але й інших охоплених угод СОТ. Це припущення підкріплено тим, що у справі «Росія – заходи щодо транзитного руху» статтю XXI ГАТТ було успішно застосовано і для виправдання порушень за Протоколом про приєднання до СОТ, який не є частиною ГАТТ.

Ключові слова: торговельна війна, гібридна війна, право СОТ, винятки щодо безпеки, агресія Росії.

Матеріал надійшов 02.05.2024



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Колотило М. М.

<https://orcid.org/0009-0009-5526-5501>

РЕФОРМА СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ АЛБАНІЇ В КОНТЕКСТІ ПРОЦЕСУ ВСТУПУ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

У статті розглянуто реформу системи правосуддя в Албанії з 2016 р. крізь призму процедури вступу до Європейського Союзу та практики Європейського суду з прав людини в індивідуальних справах. У першій частині проаналізовано загальний контекст, у якому було запроваджено реформу системи правосуддя 2016 року в Албанії, та розглянуто основні її елементи. У другій частині проаналізовано ключові рішення Європейського суду з прав людини щодо процесу реформи системи правосуддя в Албанії з 2016 р. за індивідуальними скаргами суддів та прокурорів, звільнених зі своїх посад за результатами процедури переатестації. Зокрема, розглянуто такі аспекти: статус органів, створених для переатестації суддів і прокурорів, їхню незалежність та неупередженість; пропорційність втручання в приватне життя заявників. Насамкінець стаття має на меті оцінити вплив рішень у конкретних справах Європейського суду з прав людини на процедуру вступу Албанії та інших держав-кандидатів до Європейського Союзу. Обґрунтовано, що висновки, отримані в індивідуальних справах щодо реформи системи правосуддя в Албанії, слід тлумачити в значно ширшому контексті процедури вступу до Європейського Союзу інших держав-кандидатів.

Ключові слова: верховенство права, Європейський суд з прав людини, оцінювання суддів і прокурорів, держава-кандидат, розширення Європейського Союзу.

Постановка проблеми. Процес вступу до Європейського Союзу передбачає певні вимоги до держав-кандидатів. Перед набуттям статусу кандидата та після цього, а також під час активної фази переговорів держави-кандидати повинні виконати низку умов, які ставить перед ними Європейський Союз. Зокрема, такі умови можуть стосуватися реформи системи правосуддя в державах-членах. Ця стаття має на меті проаналізувати основні положення реформи системи правосуддя в Албанії після набуття статусу кандидата на вступ до ЄС, дослідити правову позицію щодо цих реформ Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та оцінити більш загальний вплив цих висновків на процедури реформ в інших державах-кандидатах.

Аналіз останніх джерел і публікацій. Питання аналізу реформи системи правосуддя в Албанії привернуло значну увагу після ухвалення рішень ЄСПЛ у справах щодо заявників, яких було звільнено з посад судді чи прокурора внаслідок проведеної у 2016 р. реформи. Йдеться, зокрема, про рішення в таких справах: «Джоджай проти Албанії» (*Xhoxhaj v. Albania*)¹,

«Беснік Кані проти Албанії» (*Besnik Cani v. Albania*)², «Нікехасані проти Албанії» (*Nikëhasani v. Albania*)³, «Севдарі проти Албанії» (*Sevdari v. Albania*)⁴ та «Гаші та Гіна проти Албанії» (*Gashi and Gina v. Albania*)⁵. Ще до рішень ЄСПЛ запроваджену в Албанії процедуру переатестації суддів і прокурорів аналізували, зокрема, Барда Макшуні та Умберто Куччі⁶. Рішення ЄСПЛ вивчали, зокрема, Іна Джепа⁷ та Тамара Горбачевська⁸. Проте в науковій літературі бракує аналізу

² ECHR, *Besnik Cani v. Albania*, 37474/20, 4 October 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-219773>.

³ ECHR, *Nikëhasani v. Albania*, 58997/18, 13 December 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-221479>.

⁴ ECHR, *Sevdari v. Albania*, 40662/19, 13 December 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-221482>.

⁵ ECHR, *Gashi and Gina v. Albania*, 29943/18, 4 April 2023, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-223923>.

⁶ Bardha Maxhuni and Umberto Cucchi, *An analysis of the Vetting Process in Albania* (Group for Legal and Political Studies, Policy Analysis No. 01/2017, June 2017), <https://www.legalpoliticalstudies.org/wp-content/uploads/2017/06/Policy-Analysis-An-Analysis-of-the-Vetting-Process-in-Albania.pdf>.

⁷ Ina Xhepa, "Xhoxhaj v. Albania: the aftermath of the vetting process in Albania," Strasbourg Observers, June 25, 2021, <https://strasbourgobservers.com/2021/06/25/xhoxhaj-v-albania-the-aftermath-of-the-vetting-process-in-albania/>

⁸ Тамара Горбачевська, «Переатестація суддів та прокурорів: засади легітимності антикорупційної системи у практиці ЄСПЛ», Харківська правозахисна група, <https://lawyer.khpg.org/1528864719>.

¹ ECHR, *Xhoxhaj v. Albania*, 15227/19, 9 February 2021, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208053>.

ширшого впливу практики ЄСПЛ щодо реформи системи правосуддя в Албанії на євроінтеграційні процеси загалом.

Мета статті – проаналізувати реформу системи правосуддя Албанії крізь призму рішень ЄСПЛ у ширшому контексті процедури вступу до ЄС; окреслити основні висновки, висловлені в судових рішеннях, та оцінити їхній вплив на процедуру вступу інших держав-кандидатів до ЄС.

Виклад основного матеріалу

I. Загальний контекст, у якому було запроваджено реформу системи правосуддя Албанії

Албанія подала заявку на вступ до Європейського Союзу 24 квітня 2009 р. У відповідь на заявку Європейська Комісія підготувала аналітичний звіт 9 листопада 2010 р.⁹ У звіті, зокрема, зазначено, що Албанії доведеться докласти значних зусиль для наближення до *acquis* ЄС у сфері судової влади та основоположних прав¹⁰. Європейська Комісія звернула увагу на те, що незалежність судової влади була послаблена через відсутність надійних систем оцінювання суддів, а також через відсутність призначень і переведень на посадах на підставі заслуг. У звіті зазначено, що до 2010 р. Албанія провела реформи судової системи, зокрема розробивши законодавство, що відповідає європейським стандартам; однак Албанія не має комплексної довгострокової стратегії реформування судової системи. Барда Макшуні та Умберто Куччі наголошують, що після падіння комуністичного режиму не було проведено люстрації чи перевірки стосовно людей, які працювали суддями та прокурорами в комуністичний період¹¹.

У червні 2014 р. Албанія отримала статус кандидата на вступ до Європейського Союзу за підсумками засідання Європейської ради¹². Того ж 2014 року в Албанії був створений спеціальний парламентський комітет, який мав відповідати за реформу сектору правосуддя. Згодом цей комітет затвердив звіт про оцінювання системи правосуддя в Албанії. Звіт містить посилання на низку опитувань громадської думки й опитування користувачів послуг судів, які було проведено з 2009 по 2015 р. Згідно з опитуваннями, в Албанії була поширеною думка, що система правосуддя

потерпає від корупції, надмірного зовнішнього впливу, відсутності прозорої практики, надто тривалого розгляду справ та невиконання остаточних судових рішень. Цей звіт став основою для розроблення й ухвалення Стратегії реформування системи правосуддя в Албанії.

У результаті запропонованої Стратегії реформування у 2016 р. до Конституції Албанії було внесено зміни й ухвалено, зокрема, Закон про повторне оцінювання суддів і прокурорів. Відповідно до цього закону, Незалежна кваліфікаційна комісія в першій інстанції та Спеціальна апеляційна комісія здійснюють процес перевірки, який проходять усі чинні судді та прокурори. Новостворені органи оцінюють суддів і прокурорів за трьома критеріями: оцінювання статків, добросовісність та професійна компетентність¹³.

У звіті щодо Албанії за 2016 рік Європейська Комісія зазначила, що конституційні зміни, ухвалені в липні 2016 р., розпочали комплексний процес реформування системи правосуддя. Європейська Комісія рекомендувала Албанії в наступному році просувати впровадження реформи правосуддя, включно з переатестацією всіх суддів і прокурорів¹⁴. У звіті за 2017 рік Європейська Комісія зауважила, що процес переатестації всіх суддів і прокурорів розпочато і це дає перші відчутні результати¹⁵. У звіті за 2019 рік зазначено, що завершено всі першочергові перевірки в першій інстанції, а також низку перевірок в апеляційній інстанції. До опублікування звіту Європейської Комісії було опрацьовано понад 280 досьє, в результаті було ухвалено рішення стосовно 140 суддів і прокурорів, які проходили перевірку¹⁶.

II. Практика ЄСПЛ у справах щодо реформи системи правосуддя в Албанії

Справа «Джоджай проти Албанії» (*Xhoxhaj v. Albania*) стала однією з перших, у якій ЄСПЛ зміг оцінити процедуру переатестації суддів

¹³ *Xhoxhaj v. Albania*, paras. 4-7.

¹⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2016 report, SWD(2016), 364 final, November 9, 2016, 57, https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/20c77a35-937b-4a73-951c-3faa14410c0d_en?filename=20161109_report_albania.pdf.

¹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2018 report, SWD(2018), 151 final, April 17, 2018, 16, https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/7918821e-f60b-40dc-abf2-f3c2edc495e8_en?filename=20180417-albania-report.pdf.

¹⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2019 report, SWD(2019), 215 final, May 29, 2019, 14, https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/d14ab736-12ef-4892-bf95-51d7de7a2840_en?filename=20190529-albania-report.pdf.

⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Commission's Opinion on Albania's application for membership of the European Union, SEC(2010) 1335 final, November 9, 2010, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC1335>.

¹⁰ *Ibid.*, 121.

¹¹ Maxhuni and Cucchi, *An analysis of the Vetting Process in Albania*, 2.

¹² European Council Conclusions of June 26-27, 2014, EUCO 79/14, June 27, 2024, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-79-2014-IN1T/en/pdf>.

і прокурорів в Албанії. Відповідно до обставин цієї справи, судова кар'єра заявниці розпочалася у 1995 р., коли її було призначено на посаду судді окружного суду Тирана. У 2010 р. заявницю призначили суддею Конституційного суду на дев'ятирічний термін. У листопаді 2017 р. Незалежна кваліфікаційна комісія розпочала процедуру оцінювання щодо заявниці. У червні 2018 р. Незалежна кваліфікаційна комісія більшістю голосів ухвалила рішення про звільнення заявниці з посади з огляду на висновки, які стосуються оцінювання статків заявниці й того, що вона не повідомила про конфлікт інтересів¹⁷. З червня по листопад 2018 р. тривало провадження у справі заявниці у Спеціальній апеляційній палаті, яка залишила без змін рішення про звільнення заявниці з посади¹⁸.

Заявниця скаржилась, зокрема, що органам перевірки забракло незалежності та неупередженості, як цього вимагає стаття 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), зважаючи на такі обставини: органи перевірки склалися з членів, які не мають стосунку до судових органів; членів органу перевірки призначав парламент без будь-якої участі судової влади; органи перевірки здійснили попереднє адміністративне розслідування, сформулювали «звинувачення» й ухвалили рішення по суті «звинувачення»¹⁹.

До цієї справи у ЄСПЛ як третя сторона долучилась також Європейська Комісія. У своїх поданнях вона стверджувала, що процес перевірки надав достатні гарантії для проведення належної правової процедури й дотримання основних прав. Водночас Європейська Комісія наголосила, що, з огляду на загальну відповідність гарантіям справедливого судового розгляду й дотримання основних прав, будь-який недолік, який може бути виявлено під час розгляду окремих справ, не ставить під сумнів основні елементи процесу перевірки²⁰.

ЄСПЛ зробив висновок, що органи, створені для переатестації суддів і прокурорів, слід вважати «судом, встановленим законом» у розумінні Конвенції²¹. Також Суд дійшов висновку, що Незалежна кваліфікаційна комісія та Спеціальна апеляційна палата були незалежними та неупередженими²².

У справі «Беснік Кані проти Албанії» (*Besnik Cani v. Albania*) заявник, який проходив процедуру

переатестації, скаржився, зокрема, щодо призначення одного з суддів Спеціальної апеляційної палати. У цій справі ЄСПЛ дійшов висновку, що порушення в процедурі призначення одного з суддів Спеціальної апеляційної палати спричинило порушення статті 6 Конвенції (право на справедливий суд) для заявника²³.

У справі «Джоджай проти Албанії» (*Xhoxhaj v. Albania*), окрім звільнення, заявниці було довічно заборонено займатися юридичною практикою. Оцінюючи цей захід крізь призму втручання в приватне життя, ЄСПЛ вважає, що порушення статті 8 Конвенції не було. Зокрема, Суд зазначає, що довічна заборона, накладена на заявницю та інших осіб, звільнених з посади на підставі серйозних етичних порушень, не суперечить і не є непропорційною законній меті, яку ставить держава, щоб забезпечити добросовісність судової системи та громадську довіру до системи правосуддя²⁴. У справі «Нікехасані проти Албанії» (*Nikëhasani v. Albania*), що стосувалась звільнення заявниці з посади прокурора, ЄСПЛ оцінив питання пропорційності можливих санкцій у разі непроходження перевірки (Закон передбачав лише два види стягнень: звільнення з посади або відсторонення від посади із зобов'язанням пройти обов'язкове навчання). У цьому випадку ЄСПЛ зазначив, що, беручи до уваги виняткові обставини, що передували введенню в дію Закону про повторне оцінювання суддів і прокурорів, такий обмежений масштаб санкцій відповідає духу процесу перевірки²⁵.

У справі «Гаші та Гіна проти Албанії» (*Gashi and Gina v. Albania*) заявників (подружню пару) було відсторонено від посад прокурорів у зв'язку з відкриттям кримінального провадження, спричиненого розкриттям інформації в деклараціях про доходи та статки під час переатестації, що тривало щодо першого заявника. Однак після припинення кримінального провадження друга заявниця змогла поновити свою роботу як прокурор лише через 20 місяців без будь-яких інших правових підстав, що перешкождали б поновитися на посаді прокурора. ЄСПЛ визнав, що таке відсторонення від посади судді без належної правової підстави було порушенням статті 8 Конвенції²⁶.

У справі «Севдарі проти Албанії» (*Sevdari v. Albania*) заявницю, яка була прокурором, було звільнено з позбавленням права працювати з довічною заборонаю займатися юридичною

¹⁷ *Xhoxhaj v. Albania*, paras. 12-40.

¹⁸ *Ibid.*, para. 84.

¹⁹ *Ibid.*, para. 230.

²⁰ *Ibid.*, para. 275.

²¹ *Ibid.*, para. 288.

²² *Ibid.*, para. 317.

²³ *Besnik Cani v. Albania*, para. 115.

²⁴ *Xhoxhaj v. Albania*, paras. 413-414.

²⁵ *Nikëhasani v. Albania*, para. 126.

²⁶ *Gashi and Gina v. Albania*, paras. 68-71.

практикою. На основі загальної оцінки конкретних обставин справи ЄСПЛ зазначив, що звільнення заявниці, яке ґрунтувалося на тому факті, що вона не змогла довести, що її чоловік сплатив податок на деякі з його доходів від законної діяльності за попередні два десятиліття, та за відсутності будь-яких ознак недобросовісності чи навмисних порушень самої заявниці, було непропорційним цілям, які ставив процес перевірки²⁷.

У наведених вище справах ЄСПЛ зміг комплексно оцінити різні аспекти запровадження процедури переатестації суддів і прокурорів в Албанії, діяльності органів оцінювання та ухвалених ними рішень. ЄСПЛ не встановив порушення права на справедливий суд чи права на повагу до приватного життя заявників, загалом оцінюючи процедуру переатестації. Отже, встановлено, що процедура переатестації, запроваджена Законом у 2016 р., відповідає змісту Конвенції. ЄСПЛ встановив порушення лише у виняткових випадках, як-от: порушення процедури обрання судді до Спеціальної апеляційної палати у справі «Беснік Кані проти Албанії» (*Besnik Cani v. Albania*) та непропорційність покарання у справі «Севдарі проти Албанії» (*Sevdari v. Albania*).

III. Вплив судових рішень ЄСПЛ у справах щодо реформи системи правосуддя в Албанії на процедуру розширення Європейського Союзу

Рада Європи та Європейський суд з прав людини не мають безпосереднього впливу на процедуру вступу та переговорів між Європейським Союзом і державами-кандидатами. Проте приклад Албанії демонструє, наскільки переплітаються умови та реформи, яких очікує Європейська Комісія, надаючи конкретні рекомендації у відповідних звітах, з практикою ЄСПЛ у конкретних індивідуальних справах. Застосовуючи принцип умовності, Європейська Комісія звертає значну увагу насамперед на питання верховенства права та функціонування судової системи в країнах-кандидатах. Такий підхід спостерігався, зокрема, і в попередніх хвилях розширення.

Вимагаючи відповідності стандартам держав-членів у сфері верховенства права від держав-кандидатів, Європейський Союз протягом тривалого часу не мав власної судової практики. Ця ситуація почала змінюватися, зокрема, з появою судових рішень, що стосуються викликів у сфері верховенства права в деяких державах-членах Європейського Союзу. ЄСПЛ у справі «Джоджай проти Албанії» (*Xhoxhaj v. Albania*), зокрема, цитує рішення Суду справедливості

Європейського Союзу у справах «Європейська Комісія проти Польщі» (*незалежність Верховного суду*) (C-619/18) та «Європейська Комісія проти Польщі» (*незалежність судів загальної юрисдикції*) (C-192/18)²⁸.

Суд справедливості Європейського Союзу формує *acquis* ЄС у сфері верховенства права зазвичай у межах двох процедур: преюдиційне провадження, що встановлює взаємодію між судами і трибуналами держав-членів та Судом справедливості Європейського Союзу; комплекс проваджень щодо забезпечення примусового виконання зобов'язань державами-членами²⁹. Починаючи з 2018 р., коли Суд справедливості ухвалив рішення за преюдиційною процедурою (стаття 267 Договору про функціонування Європейського Союзу) у справі Асоціації португальських суддів³⁰, зміст та обсяг *acquis* ЄС у сфері верховенства права зростають. Значна частина рішень стосується проблем і викликів у сфері верховенства права в Польщі та Угорщині.

Суд справедливості Європейського Союзу опосередковано формує практику і для держав-кандидатів, оскільки їхні реформи на шляху до членства в ЄС мають відповідати *acquis* Європейського Союзу. Проте Суд справедливості Європейського Союзу не має юрисдикції розглядати справи, що стосуються реформ у сфері правосуддя в державах-кандидатах. Зважаючи на те, що всі держави-кандидати на вступ до Європейського Союзу є також членами Ради Європи та підписантами Конвенції про захист прав і основоположних свобод, саме ЄСПЛ непрямо оцінює проведені заходи та реформи у сфері верховенства права.

Рішення ЄСПЛ щодо проведення реформи системи правосуддя в Албанії потрібно сприймати не лише щодо конкретних справ, а й щодо загального впливу. Більшість держав-кандидатів на вступ до Європейського Союзу проходять через певною мірою подібні реформи сфери верховенства права. Наприклад, у звіті Європейської Комісії щодо Молдови за 2023 рік зазначено, що Молдові слід продовжувати реалізацію стратегії реформи юстиції, зокрема процес

²⁸ *Xhoxhaj v. Albania*, paras. 222-229.

²⁹ Тетяна Комарова, Адам Лазовські, *Судова практика Суду справедливості ЄС з питань верховенства права та її значення для України* (Pravo-Justice), 4, https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/66a/b96/268/66ab96268605b879785995.pdf?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTEAAR1WS1ZmhXhjdg0-zotDdg8qLXqFyJl8bekpvXfiKGAHbGeJboug3krRfqrA_aem_wcnffZnkL9mUbZUy4LBdnQ.

³⁰ Court of Justice of the European Union, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Judgement of February 27, 2018, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199682&doclang=EN>.

²⁷ *Sevdari v. Albania*, para. 96.

попередньої перевірки та перевірки відповідно до рекомендацій Венеційської комісії³¹. Також у звіті щодо Грузії за 2023 рік Європейська комісія зауважує, що в системі правосуддя Грузії потрібно встановити екстраординарну систему перевірки доброчесності для кандидатів та осіб, які обіймають керівні посади в судовій системі, із залученням міжнародних експертів, які відіграватимуть вирішальну роль у цьому процесі. Окрім цього, Грузія має створити систему ефективного постійного та періодичного декларування активів із залученням міжнародних експертів для виконання наглядової та консультативної функцій³². У звіті щодо України за 2023 рік також ідеться про те, що Україні слід відновити кваліфікаційне оцінювання (перевірку) суддів³³.

Рекомендації Європейської Комісії щодо реформ у сфері верховенства права для кожної держави-кандидата, безумовно, певною мірою є відмінними, проте все-таки мають багато спільних рис і держави-кандидати проходять багато подібних кроків. У такому контексті комплексна судова практика ЄСПЛ щодо конкретних заходів, вжитих під час реформи системи правосуддя в Албанії, може слугувати доволі детальним дороговказом щодо втілення певних

кроків у процесі реформ. Така практика ЄСПЛ фактично стає також частиною *acquis* ЄС у сфері розширення ЄС.

Висновки

Підсумовуючи викладене, варто зауважити, що реформа системи правосуддя 2016 року в Албанії стала однією з найбільш комплексних реформ, які проводила держава-кандидат на вступ до Європейського Союзу. Було запроваджено переатестацію суддів і прокурорів, створено спеціальні органи для виконання такого комплексного завдання. Конкретні заходи реформи було проаналізовано в рішеннях ЄСПЛ за індивідуальними скаргами суддів і прокурорів, звільнених у процесі переатестації.

ЄСПЛ встановив відповідність загальної процедури реформи судової системи положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; лише в кількох справах окремі аспекти було визнано такими, що не відповідають Конвенції: порушення в процедурі призначення одного з членів органу переатестації та непропорційність покарання в одній справі. Водночас правові висновки, викладені в рішеннях ЄСПЛ, мають значно ширший вплив на процедури реформи у сфері верховенства права в інших державах-членах.

Європейська Комісія у своїх звітах оцінює відповідність держав-кандидатів *acquis* Європейського Союзу у сфері верховенства права. За відсутності юрисдикції Суду справедливості Європейського Союзу розглядати справи щодо держав-кандидатів саме правові висновки ЄСПЛ у таких справах (зокрема комплексний аналіз реформи системи правосуддя в Албанії) є прикладом судового тлумачення для проектування та втілення реформи у сфері верховенства права для інших держав-кандидатів.

Список використаної літератури

- Горбачевська, Тамара. «Переатестація суддів та прокурорів: засади легітимності антикорупційної системи у практиці ЄСПЛ». Харківська правозахисна група. <https://lawyer.khpg.org/1528864719>.
- Комарова, Тетяна, Адам Лазовські. *Судова практика Суду справедливості ЄС з питань верховенства права та її значення для України*. Pravo-Justice. https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/66a/b96/268/66ab96268605b879785995.pdf?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTEAAR1WS1ZmhXhjdg0-zotDdg8qLXqFyJ18bekpvXfiKGAHbGeJboug3kRfqrA_aem_wcnfFZnkL9mUbZUy4LBdnQ.
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Commission's Opinion on Albania's application for membership of the European Union, SEC(2010) 1335 final, November 9, 2010. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC1335>.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2016 report, SWD(2016), 364 final, November 9, 2016. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/20c77a35-937b-4a73-951c-3faa14410c0d_en?filename=20161109_report_albania.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2018 report, SWD(2018), 151 final, April 17, 2018. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/7918821e-f60b-40dc-abf2-f3c2edc495e8_en?filename=20180417-albania-report.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2019 report, SWD(2019), 215 final, May 29, 2019. <https://neighbourhood-enlargement>.

- ec.europa.eu/document/download/d14ab736-12ef-4892-bf95-51d7de7a2840_en?filename=20190529-albania-report.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Republic of Moldova 2023 report, SWD(2023), 698 final, November 8, 2023. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/d8ef3ca9-2191-46e7-b9b8-946363f6db91_en?filename=SWD_2023_698%20Moldova%20report.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Georgia 2023 report, SWD(2023), 697 final, November 8, 2023. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2023-11/SWD_2023_697%20Georgia%20report.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Ukraine 2023 report, SWD(2023), 699 final, November 8, 2023. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2023-11/SWD_2023_699%20Ukraine%20report.pdf.
- Court of Justice of the European Union. *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117. Judgement of February 27, 2018. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199682&doclang=EN>.
- European Council Conclusions of June 26-27, 2014, EUCO 79/14, June 27, 2024. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-79-2014-INIT/en/pdf>.
- European Court of Human Rights. *Besnik Cani v. Albania*, 37474/20, 4 October 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-219773>.
- European Court of Human Rights. *Gashi and Gina v. Albania*, 29943/18, 4 April 2023. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-223923>.
- European Court of Human Rights. *Nikëhasani v. Albania*, 58997/18, 13 December 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-221479>.
- European Court of Human Rights. *Sevdari v. Albania*, 40662/19, 13 December 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-221482>.
- European Court of Human Rights. *Xhoxhaj v. Albania*, 15227/19, 9 February 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208053>.
- Maxhuni, Bardha, and Umberto Cucchi. *An analysis of the Vetting Process in Albania*. Group for Legal and Political Studies, Policy Analysis No. 01/2017, June 2017. <https://www.legalpoliticalstudies.org/wp-content/uploads/2017/06/Policy-Analysis-An-Analysis-of-the-Vetting-Process-in-Albania.pdf>.
- Xhepa, Ina. "Xhoxhaj v. Albania: the aftermath of the vetting process in Albania." Strasbourg Observers, June 25, 2021. <https://strasbourgobservers.com/2021/06/25/xhoxhaj-v-albania-the-aftermath-of-the-vetting-process-in-albania/>.

Bibliography

- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Commission's Opinion on Albania's application for membership of the European Union, SEC(2010) 1335 final, November 9, 2010. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC1335>.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2016 report, SWD(2016), 364 final, November 9, 2016. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/20c77a35-937b-4a73-951c-3faa14410c0d_en?filename=20161109_report_albania.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2018 report, SWD(2018), 151 final, April 17, 2018. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/7918821e-f60b-40dc-abf2-f3c2edc495e8_en?filename=20180417-albania-report.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Albania 2019 report, SWD(2019), 215 final, May 29, 2019. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/d14ab736-12ef-4892-bf95-51d7de7a2840_en?filename=20190529-albania-report.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Republic of Moldova 2023 report, SWD(2023), 698 final, November 8, 2023. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/document/download/d8ef3ca9-2191-46e7-b9b8-946363f6db91_en?filename=SWD_2023_698%20Moldova%20report.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Georgia 2023 report, SWD(2023), 697 final, November 8, 2023. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2023-11/SWD_2023_697%20Georgia%20report.pdf.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Ukraine 2023 report, SWD(2023), 699 final, November 8, 2023. https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2023-11/SWD_2023_699%20Ukraine%20report.pdf.
- Court of Justice of the European Union. *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117. Judgement of February 27, 2018. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199682&doclang=EN>.
- European Council Conclusions of June 26-27, 2014, EUCO 79/14, June 27, 2024. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-79-2014-INIT/en/pdf>.
- European Court of Human Rights. *Besnik Cani v. Albania*, 37474/20, 4 October 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-219773>.
- European Court of Human Rights. *Gashi and Gina v. Albania*, 29943/18, 4 April 2023. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-223923>.
- European Court of Human Rights. *Nikëhasani v. Albania*, 58997/18, 13 December 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-221479>.
- European Court of Human Rights. *Sevdari v. Albania*, 40662/19, 13 December 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-221482>.
- European Court of Human Rights. *Xhoxhaj v. Albania*, 15227/19, 9 February 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208053>.
- Horbachevska, Tamara. "Pereatestatsiia suddiv ta prokuroriv: zasady lehytymnosti antykoruptsiinoi systemy u praktytsi YeSPL" ["Re-evaluation of judges and prosecutors: the principles of legitimacy of the anti-corruption system in the case law of the ECHR"]. Kharkiv Human Rights Protection Group. <https://lawyer.khpg.org/1528864719> [in Ukrainian].
- Komarova, Tetiana, and Adam Lazovski. *Sudova praktyka Sudu spravedyvosti YeS z pytan verkhovenstva prava ta yii znachennia dlia Ukrainy* [Case law of the Court of Justice of the EU on the rule of law and its significance for Ukraine]. Pravo-Justice. https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/66a/b96/268/66ab96268605b879785995.pdf?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTEAAR1WS1ZmhXhjd0-zotDdg8qLXqFyJl8bepkvXfKGAHbGeJboug3kRfqrA_aem_wcnffZnkl9mUubZUy4LBDnQ [in Ukrainian].
- Maxhuni, Bardha, and Umberto Cucchi. *An analysis of the Vetting Process in Albania*. Group for Legal and Political Studies, Policy Analysis No. 01/2017, June 2017. <https://www.legalpoliticalstudies.org/wp-content/uploads/2017/06/Policy-Analysis-An-Analysis-of-the-Vetting-Process-in-Albania.pdf>.
- Xhepa, Ina. "Xhoxhaj v. Albania: the aftermath of the vetting process in Albania." Strasbourg Observers, June 25, 2021. <https://strasbourgobservers.com/2021/06/25/xhoxhaj-v-albania-the-aftermath-of-the-vetting-process-in-albania/>.

Mykola Kolotylo

JUDICIAL SYSTEM REFORM IN ALBANIA IN THE CONTEXT OF ACCESSION PROCESS TO THE EUROPEAN UNION

Abstract

This article examines the reform of the justice system in Albania since 2016 through the lens of the accession procedure to the European Union and the practice of the European Court of Human Rights in individual cases against Albania. The first part is devoted to the analysis of the general context in which the reform of the justice system in 2016 was implemented in Albania and examines its main elements. The relevant reports of the European Commission regarding Albania are considered in this part with a focus on recommendations concerning the judiciary.

The second part analyses the key judgements of the European Court of Human Rights regarding the process of reforming the justice system in Albania since 2016 based on individual applications of judges and prosecutors who were dismissed from their positions as a result of the re-evaluation procedure. These judgements include the following cases: *Besnik Cani v. Albania*, *Gashi and Gina v. Albania*, *Nikëhasani v. Albania*, *Sevdari v. Albania*, and *Xhoxhaj v. Albania*. In particular, the following aspects were considered: the status of bodies created to reassess judges and prosecutors, their independence and impartiality; as well as the proportionality of the interference in the private life of the applicants.

Finally, the article aims to assess the impact of judgements in specific cases of the European Court of Human Rights on the accession procedure of Albania and other candidate states to the European Union. The article scrutinizes the reports of the European Commission regarding other candidate states in terms of the recommendations provided related to the judiciary and the rule of law. The article demonstrates the interrelation between the accession process to the European Union and the relevant judgements of the European Court of Human Rights analysing the judgements and key reports concerning other candidate countries. In particular, the reports of the European Commission concerning Georgia, Moldova, and Ukraine are considered. It is argued that the conclusions obtained in individual cases regarding the reform of the justice system in Albania should be interpreted in a much broader context of the procedure of accession to the European Union of other candidate states.

Keywords: rule of law, European Court of Human Rights, evaluation of judges and prosecutors, candidate state, enlargement of the European Union.

Матеріал надійшов 19.08.2024



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Пархоменко П. І.

<https://orcid.org/0000-0002-0275-9120>

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО РІШЕННЯ У СПРАВАХ ЗА УЧАСТІ ДІТЕЙ

Статтю присвячено виробленню підходів до розгляду судових справ за участі дітей. Автор доводить, що запровадження особливих вимог до судового рішення, яке стосується дитини, допоможе врахувати її якнайкращі інтереси і, як наслідок, сприятиме дієвому захисту прав дитини.

Наголошено, що міжнародні стандарти у сфері правосуддя, дружнього до дитини, закріплюють підходи, що орієнтують окремі держави на особливе ставлення до судових розглядів за участі дітей, що впливає на викладення та обґрунтування відповідного судового рішення.

Проведено узагальнення, що практика розглядів у міжнародних судах та договірних органах ООН демонструє відсутність відповідної мотивації рішення національного суду, яка б відображала, яким чином узято до уваги якнайкращі інтереси дитини, її думку тощо, і це може становити необґрунтоване втручання в права дитини з боку держави.

Зроблено висновки, що деякі країни мають спеціальне законодавство, яке зобов'язує суди відображати в судових рішеннях те, як узято до уваги якнайкращі інтереси дитини.

Аналіз рішень національних судів свідчить, що судові рішення в справах за участі дітей, незалежно від виду судочинства, є відмінними від судових рішень у справах за участі дорослих і відображають специфічні елементи, які є важливими для належної реалізації прав дитини.

Висловлено позицію, що у відповідному судовому рішенні обов'язково потрібно зазначити, яким чином враховано якнайкращі інтереси дитини, які елементи, залежно від специфіки спору, взято для визначення їхнього змісту. Обов'язковим елементом є відображення, яким чином було забезпечено право дитини висловити свою думку і якою мірою її було взято до уваги. Залежно від виду провадження та статусу в ньому дитини потрібно встановити рівень розвитку дитини, її соціально-психологічні риси, умови проживання та навчання дитини, безпеку, ситуацію в сім'ї, стосунки з дорослими тощо.

Ключові слова: права дитини, правосуддя, дружнє до дитини, принцип якнайкращих інтересів дитини, судовий розгляд, судове рішення.

Постановка проблеми. Право дитини на справедливий суд є важливою гарантією реалізації інших прав дитини, а потрапляння дитини у сферу дії правосуддя повинно зводитись до ефективного врахування її якнайкращих інтересів.

За останнє десятиліття міжнародні та регіональні органи прийняли кілька декларацій та керівних принципів, що сприяють розширенню доступу до правосуддя з урахуванням інтересів дітей. Ці рамкові документи охоплюють дітей у всіх аспектах систем правосуддя, включно з дітьми, які є жертвами та свідками злочинів, дітьми в межах процесів соціального забезпечення та дітьми, справи яких розглядаються в адміністративних судах¹.

¹ Комітет ООН з прав дитини, *Про права дитини у системі правосуддя щодо дітей*, Зауваження загального порядку № 24, 18 вересня 2019, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=ru.

Проте навіть правильне, з погляду права, вирішення справи не досягне мети, якщо рішення є недостатньо аргументованим, неочевидним і залишає багато запитань².

Так само і в справах за участі дітей судовий захист матиме ілюзорний характер, якщо судові рішення ухвалено без урахування якнайкращих інтересів дитини, що вимагає специфічного підходу до їхнього змісту, особливостей мотивації, навіть структури.

Судові рішення є неспростовним доказом сили соціального договору, за яким громадяни поступаються державі певними правами та обов'язками в обмін на порядок, спокій та цивілізоване суспільство³.

² Роман Куйбіда, Оксана Сироїд, *Посібник із написання судових рішень* (Київ, 2016), 14.

³ Рональд Хофер, Ніл Нетесайм, *Написання судових рішень. Посібник для суддів* (Юрінком Інтер), 7.

Одним із пріоритетних завдань держави в умовах воєнного стану є належний захист прав неповнолітніх. Судовий захист займає центральне місце в механізмі захисту прав, є дієвим інструментом гарантії прав і законних інтересів людини. Для подолання проблем та забезпечення ефективної охорони прав і законних інтересів будь-якої людини, зокрема неповнолітньої, яка потребує спеціального захисту через особливості психічного та фізичного розвитку, потрібно переглянути концептуальну основу та законодавство, що регламентує діяльність органів, що сприяють захисту та відновленню порушених прав⁴.

У процесі реалізації правосуддя, дружнього до дитини, важливо виробити підходи до розгляду судових справ за участі дітей. На нашу думку, запровадження особливих вимог до судового рішення, яке стосується дитини, допоможе врахувати її якнайкращі інтереси і, як наслідок, сприятиме дієвому захисту прав дитини.

Досвід інших країн свідчить, що спеціальне законодавство у сфері захисту прав дитини може встановлювати особливі правила щодо змісту судових рішень у справах за участі дітей, акцентувати увагу суддів на обов'язковому відображенні змісту якнайкращих інтересів дитини і того, як їх враховано в конкретному спорі.

Вітчизняне законодавство не містить відповідних правових положень, які б закріплювали особливі вимоги до судового рішення у справах за участі дітей, спрямовували суди на відображення змісту якнайкращих інтересів дитини, її думки у вирішенні спору та інші особливості таких судових розглядів.

Через це на практиці можуть виникати ситуації, коли застосовується формальний підхід до судового розгляду справ, без урахування найкращих інтересів дитини та її думки відповідно до віку і рівня розвитку. До того ж судові рішення щодо дітей не завжди належно обґрунтовані та пояснені так, щоб діти могли їх зрозуміти, зокрема рішення, в яких погляди і думки дитини не було підтримано.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти правової природи та значення судового рішення вивчали представники різних галузей права, зокрема І. Андронов, С. Боднар, Н. Косяк, Р. Куйбіда, В. Комаров, І. Пасайлюк, Б. Рагушна, М. Штефан та ін.

⁴ Сопільник Л. С., Лаврик Я. М., Кшик Ю. В., Захарчук Я. В., Лаврик Б. Я., «Судовий захист прав неповнолітніх, які постраждали від військової агресії росії», *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. Серія Економічна. Серія Юридична* 36 (2023): 163.

Питання судового захисту прав дитини досліджували Н. Бондаренко-Зелінська, Н. Волкова, В. Євко, В. Семиполець, Г. Чурпіта та ін.

Проте такі наукові дослідження не охоплювали проблематики змісту судових рішень у справах за участі дітей та їхніх особливостей, впливу на забезпечення якнайкращих інтересів дитини.

Метою статті є аналіз наукових досліджень, норм чинного законодавства та практики його застосування, міжнародних стандартів, досвіду інших країн щодо особливостей змісту судових рішень у справах за участі дітей; наукове обґрунтування на підставі такого аналізу та вироблення пропозицій щодо необхідності закріплення особливих вимог до судових рішень, які стосуються інтересів дитини, незалежно від видів судочинства, що може стати важливим елементом правосуддя, дружнього до дитини.

Виклад основного матеріалу дослідження. Якщо ми кажемо, що кожен може звернутися до суду за захистом своїх прав, то судові рішення – це відповідь, що її суд зобов'язаний надати людині, яка звернулася до суду. Така відповідь може відрізнятися і за обсягом, і за способом викладу. Але вона повинна переконати людину в тому, що суд сумлінно і неупереджено поставився до її проблеми і не залишив поза увагою жодних обставин чи аргументів, які були значущими для людини⁵.

Якість судових рішень також залежить від внутрішніх чинників, як-от професійність суддів, судові процедури, діловодство, розгляд справ, а також елементи, нерозривно пов'язані з ухваленням рішення⁶.

Європейський суд з прав людини в контексті права на справедливий суд наголошує, що міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною залежно від характеру рішення. Хоча національний суд має певну свободу розсуду щодо вибору аргументів у тій чи іншій справі та прийняття доказів на підтвердження позицій сторін, орган влади зобов'язаний виправдати свої дії, навітьши обґрунтування своїх рішень. Ще одне призначення обґрунтованого рішення полягає в тому, щоб продемонструвати сторонам, що вони були почуті. Крім того, вмотивоване рішення дає стороні можливість оскаржити його та отримати його перегляд вищою інстанцією. Лише за умови винесення обґрунтованого

⁵ Лариса Денисенко, Оксана Сироїд, Ірина Фадєєва, Ольга Шаповалова, *Бути суддею* (Київ, 2015), 157.

⁶ Консультативна рада європейських суддів, *Висновок № 11 (2008) щодо якості судових рішень*, http://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf.

рішення може забезпечуватись публічний контроль здійснення правосуддя⁷.

Це базові, загальні настанови щодо важливості мотивації судового рішення та його якості. Проте у справах за участі дітей судовий розгляд, безсумнівно, відрізняється від судового розгляду за участі дорослих, він вимагає, щоб судові рішення відображало особливості дитини – як учасника судового розгляду, що потребує врахування низки специфічних обставин і, як наслідок, впливає на його зміст.

Відповідно до Керівних принципів Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дитини, рішення та постанови суду щодо дітей повинні бути належним чином обґрунтовані та пояснені їм мовою, яку діти можуть зрозуміти, зокрема рішення, в яких погляди і думки дитини не було підтримано⁸.

На наше переконання, це важливий міжнародний стандарт щодо необхідності спеціальної аргументації судового рішення у справах щодо дітей, особливо щодо викладення зрозумілою для дитини мовою.

Особливості аргументації рішення у справі, що стосувалась якнайкращих інтересів дитини, можна простежити в повідомленні Комітету ООН з прав дитини щодо справи «*А.Б. проти Фінляндії*»⁹. Зокрема, Комітет нагадав, що для підтвердження факту дотримання права дитини на те, щоб її найкращі інтереси оцінювалися і бралися до уваги як першочергове міркування, будь-яке рішення щодо дитини чи дітей має бути вмотивованим, обґрунтованим та роз'ясненим. В аргументації слід чітко вказати всі факти щодо обставин, у яких перебуває дитина, які елементи було визнано доречними для оцінювання її найкращих інтересів, зміст елементів у конкретному випадку та ступінь значущості, наданий їм у контексті визначення найкращих інтересів дитини. Комітет зазначив, що формальне та загальне посилення Імміграційної служби Фінляндії на найкраще забезпечення інтересів дитини без урахування думки автора означає, що конкретні обставини, що стосуються автора, не було розглянуто, а оцінювання наявності небезпеки серйозного порушення Конвенції з урахуванням конкретних обставин не було проведено.

⁷ Європейський суд з прав людини, «*Серявін та інші проти України*», Рішення, заява 4909/04, ухвалено 10 лютого 2010, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_672#Text.

⁸ Комітет міністрів Ради Європи, *Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дитини, і пояснювальна записка*, ухвалено 17 листопада 2010, 28, <https://rm.coe.int/16804c2188>.

⁹ Комітет ООН з прав дитини, «*А.Б. проти Фінляндії*», № 51/2018, 4 лютого 2021.

Таїса Томляк, досліджуючи принцип забезпечення найкращих інтересів дитини у практиці Європейського суду з прав людини, зробила узагальнення, що органами, які найчастіше визначають дотримання найкращих інтересів дітей, ухвалюють визначальні для дітей і їхніх батьків рішення, є національні суди. Європейський суд пов'язує забезпечення найкращих інтересів дитини з дотриманням національними судовими органами справедливого балансу, який повинен бути досягнутий між відповідними конкуруючими інтересами: інтересами дитини, двох батьків та громадського порядку, з пріоритетом найкращих інтересів дитини¹⁰.

В одній зі справ, яка стосувалась проблематики міжнародного викрадення дітей, Європейський суд з прав людини наголосив, що існує широкий консенсус, зокрема в міжнародному праві, щодо підтримки ідеї про те, що в усіх рішеннях, які стосуються дітей, їхні найкращі інтереси повинні бути понад усе. Отже, Суд вважає, що стаття 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод накладає на державні органи конкретне процесуальне зобов'язання щодо цього: розглядаючи запит про повернення дитини, суди повинні розглянути не лише вірогідні твердження про «серйозний ризик» для дитини в разі її повернення, але й ухвалити рішення з наведенням конкретних підстав з огляду на обставини справи. Як відмова взяти до уваги заперечення щодо повернення, так і недостатнє наведення підстав у рішенні про відхилення таких заперечень суперечитиме вимогам статті 8 Конвенції. Потрібно належно вивчати такі твердження, національні суди повинні наводити підстави, які є не автоматичними чи стереотипними, а доволі деталізованими у світлі винятків, викладених у Гаазькій конвенції, яка має тлумачитися вузько¹¹.

Такий підхід демонструє важливість аргументації рішення залежно від особливостей певної справи, яка стосується інтересів дитини, і відображення обставин про те, яким чином беруться до уваги якнайкращі інтереси дитини, що, на нашу думку, потрібно відображати в кожному судовому рішенні у справах за участі дітей.

У питанні реалізації права дитини вільно висловлювати власні погляди Комітет ООН з прав дитини пропонує вводити в дію законодавчі

¹⁰ Таїса Томляк, «Принцип забезпечення найкращих інтересів дитини у практиці Європейського суду з прав людини», *Публічне право* 1(45) (2022): 116, <https://www.publichne-pravo.com.ua/files/45/11.pdf>.

¹¹ ECHR, *X v. Latvia*, 27853/09, November 26, 2013, <https://hudoc.echr.coe.int/#/%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-138992%22>;

заходи, що вимагають від осіб, відповідальних за ухвалення рішень у межах судових чи адміністративних розглядів, пояснювати, якою мірою думці дитини було приділено належну увагу і які наслідки рішення для цієї дитини¹², що також потребує обов'язкового відображення в судовому рішенні такого елемента, як думка дитини і як її взято до уваги.

Стосовно особливостей національного правового регулювання і вдосконалення українського законодавства в нагоді може стати досвід Грузії. Цивільний процесуальний кодекс Грузії¹³ містить спеціальну статтю 251-1 «Рішення у справі про права неповнолітнього», згідно з якою під час ухвалення рішення та обґрунтування у справі, що стосується прав неповнолітньої особи, суд враховує інтереси неповнолітньої особи. З метою врахування найкращих інтересів неповнолітнього рішення суду має бути обґрунтоване відповідними основними критеріями, визначеними частиною третьою статті 81 Кодексу про права дитини.

Прогресивним кроком у системі правосуддя, дружнього до дитини, є прийняття в Грузії спеціального законодавчого акта – Кодексу про права дитини. Стаття 81 цього Кодексу¹⁴ містить підстави для обґрунтування рішення. Під час ухвалення рішення та обґрунтування справи, пов'язаної з правами дитини, суд зобов'язаний керуватися інтересами дитини. Щоб надати пріоритет найкращим інтересам дитини (враховуючи їх переважно), рішення, прийняте адміністративним органом або судом, має бути обґрунтованим за такими основними критеріями: фізичний і психологічний захист і безпека дитини; безперервний доступ до освіти, охорони здоров'я та соціального захисту, психосоціальної підтримки та реабілітації дитини; запобігання будь-яким формам насильства над дитиною, жорсткому поводженню з нею та небезпеці; сприяння гармонійному розвитку дитини, повага до її особистості, індивідуальних здібностей та інтересів; думки дитини; відносини між дитиною та її батьком або іншою особою, відповідальною за виховання дитини; можливість збереження або відновлення стосунків дитини з обома батьками; у разі ухвалення рішення,

що суперечить думці дитини, конкретні заходи щодо запобігання можливому заподіянню шкоди дитині на етапі його виконання; інші питання, які прямо чи опосередковано впливають на права дитини та вирішення справи з дотриманням принципів справедливого процесу.

Наведені законодавчі норми є правовою підставою, яка встановлює особливості змісту судового рішення у справах за участі дітей, при цьому вони втілюють міжнародні стандарти у сфері прав дитини.

На жаль, в Україні бракує таких підходів до визначення специфіки судових рішень в аналізованій темі.

Стаття 265 Цивільного процесуального кодексу України¹⁵ містить лише загальні вимоги до змісту рішення суду.

Стаття 374 Кримінального процесуального кодексу України¹⁶, окрім загальних вимог до змісту вироку, виділяє специфіку викладення мотивів та рішення призначення громадського вихователя неповнолітньому, не виокремлюючи інших особливостей.

Водночас із змісту загальних принципів, які містяться в процесуальних кодексах, у взаємозв'язку з наведеними вище міжнародними стандартами впливає, що судові рішення у справах за участі дітей мають свою особливість, що впливає і на їхній зміст.

Як ми вже зазначали вище, обов'язковим елементом у змісті відповідного рішення суду є розкриття змісту принципу якнайкращих інтересів дитини, а також відображення думки дитини і того, яким чином її взято до уваги.

Із змісту статті 45 Цивільного процесуального кодексу України, яка стосується забезпечення захисту прав малолітніх або неповнолітніх осіб під час розгляду справи, можна простежити гарантію прав дитини щодо висловлювання своєї думки та отримання допомоги у висловленні такої думки. Також суд сприяє створенню належних умов для здійснення малолітньою або неповнолітньою особою її прав, визначених законом та передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Таке правове регулювання акцентує на особливостях захисту прав дітей, а також вимагає від суду відобразити в судовому рішенні важливі для захисту прав дитини мотиви.

¹² Комітет ООН з прав дитини, *Право дитини бути заслуханою*, Зауваження загального порядку № 12, ухвалено 20 липня 2009, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/12&Lang=ru.

¹³ Парламент Грузії, *Цивільний процесуальний кодекс Грузії*, ухвалено 14 листопада 1997, <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=160>.

¹⁴ Парламент Грузії, *Кодекс про права дитини*, ухвалено 20 вересня 2019, <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=4>.

¹⁵ Верховна Рада України, *Цивільний процесуальний кодекс України*, Кодекс України 1618-IV, ухвалено 18 березня 2004, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

¹⁶ Верховна Рада України, *Кримінальний процесуальний кодекс України*, Кодекс України 4651-VI, ухвалено 13 квітня 2012, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

Наприклад, щодо необхідності відображення змісту принципу якнайкращих інтересів дитини звернемо увагу на підхід Бахмацького районного суду Чернігівської області, який у справі про позбавлення батьківських прав навів зміст описуваного принципу, виділив його складові елементи та зіставив їх із конкретною ситуацією¹⁷.

Щодо врахування думки дитини і відображення її в судовому рішенні наведемо приклад, у якому суд, при вирішенні спору, пов'язаного з участю у вихованні дитини, окремо звернув увагу, що у відповідних правовідносинах судом було реалізовано «право дитини бути заслуханою» (стаття 12 Конвенції про права дитини) і в справі враховано погляди самої дитини на проблему. Зокрема, в судовому засіданні малолітня дитина висловила думку, що не хотіла б зустрічатися з батьком. Для суду важливими щодо врахування думки дитини були ті обставини, що дитина має малолітній вік, проживає тривалий час разом з матір'ю; також враховано міру набуття дитиною знань, досвіду та розуміння дійсності, усвідомлення сутності проблеми, а тому її поглядам надавалась менша значущість при оцінюванні найкращих інтересів, і це допомогло врахувати індивідуальність дитини, а також взяти до уваги те, що думка дитини хоч і має значення, але в сукупності з іншими обставинами не є вирішальною¹⁸.

У сфері кримінального судочинства, хоча стаття 374 «Зміст вироку» Кримінального процесуального кодексу України не містить спеціальних вимог до судового рішення у справах за участі дітей, проте у статті 10 цього Кодексу зазначено, що у випадках і порядку, передбачених цим Кодексом, певні категорії осіб (неповнолітні, іноземці, особи з розумовими і фізичними вадами тощо) під час кримінального провадження користуються додатковими гарантіями.

Глава 38 «Кримінальне провадження щодо неповнолітніх» Кримінального процесуального кодексу України вимагає встановлення додаткових обставин порівняно зі справами щодо дорослих (стаття 485), а також передбачає необхідність з'ясування умов життя та виховання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого (стаття 487), що, на нашу думку, потрібно відображати і в судовому рішенні.

¹⁷ Бахмацький районний суд Чернігівської області, *Про позбавлення батьківських прав*, Рішення 728/843/19, ухвалено 26 липня 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83338788>.

¹⁸ Бахмацький районний суд Чернігівської області, *Участь у вихованні дитини*, Рішення 2-п/728/3/19, ухвалено 21 серпня 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83784290>.

На практиці це можна простежити у справі (номер провадження 1-кп/728/71/22)¹⁹, в якій суд у судовому рішенні окремо виділив особливості провадження щодо неповнолітнього і на виконання вимог статті 485 Кримінального процесуального кодексу України в судовому розгляді щодо обвинуваченого, який на час вчинення кримінального правопорушення був неповнолітнім, було з'ясовано повні і всебічні відомості про особу неповнолітнього: його вік (число, місяць, рік народження), стан здоров'я та рівень розвитку, інші соціально-психологічні риси особи; ставлення неповнолітнього до вчиненого ним діяння; умови життя та виховання неповнолітнього; відсутність дорослих підбурювачів та інших співучасників кримінального правопорушення.

Крім того, враховуючи приписи статті 487 Кримінального процесуального кодексу України, під час дослідження умов життя та виховання неповнолітнього з'ясовано: склад сім'ї неповнолітнього, обстановку в ній, взаємини між дорослими членами сім'ї та дорослими і дітьми, ставлення батьків до виховання неповнолітнього, форми контролю за його поведінкою, морально-побутові умови сім'ї; обстановку в навчальному закладі, де навчався неповнолітній, його ставлення до навчання, взаємини з вихователями, учителями, однолітками, характер і ефективність виховних заходів, які раніше застосовувалися до нього; зв'язки і поведінку неповнолітнього поза домом, навчальним закладом.

Наведені приклади демонструють, що практика розгляду судових справ за участі дітей вимагає особливої аргументації судового рішення, визначення специфічних елементів, які потрібно встановити під час судового розгляду, та відображення їх у судовому рішенні.

Висновки і перспективи подальших досліджень

Систематизуючи проведене узагальнення, зробимо такі висновки.

Міжнародні стандарти у сфері правосуддя, дружнього до дитини, закріплюють підходи, що орієнтують окремі держави на особливе ставлення до судових розглядів за участі дітей, що впливає на викладення та обґрунтування відповідного судового рішення.

Практика розглядів у міжнародних судах та договірних органах ООН демонструє, що відсутність відповідної мотивації рішення національного суду,

¹⁹ Бахмацький районний суд Чернігівської області, *Участь у вихованні дитини*, Вирок 728/839/22, ухвалено 21 вересня 2022, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106355830>.

яка б відображала, яким чином взято до уваги якнайкращі інтереси дитини, її думку тощо, може становити необґрунтоване втручання в права дитини з боку держави.

Деякі країни мають спеціальне законодавство, яке зобов'язує суди відображати в судових рішеннях, як саме взято до уваги якнайкращі інтереси дитини.

Аналіз рішень національних судів також свідчить, що судові рішення в справах за участі дітей, незалежно від виду судочинства, відрізняються від судових рішень у справах за участі дорослих і мають специфічні елементи, які є важливими для належної реалізації прав дитини.

Ми висловлюємо позицію, що у відповідному судовому рішенні обов'язково потрібно відображати, яким чином враховувались якнайкращі інтереси дитини, які елементи, залежно від специфіки спору, взято для визначення їхнього змісту.

Іншим обов'язковим елементом є відображення, яким чином було забезпечено право дитини висловити свою думку і якою мірою її було взято до уваги.

Залежно від виду провадження та статусу в ньому дитини потрібно встановити рівень її розвитку, соціально-психологічні риси, умови проживання та навчання дитини, безпеку, ситуацію в сім'ї та стосунки з дорослими тощо.

Актуальність кожного з таких елементів, визначення, яким із них надавати більшої ваги, а яким – меншої, залежатиме від обставин конкретної справи.

Наведене свідчить про потребу в обговоренні вдосконалення вимог щодо особливостей судового рішення у справах за участі дітей, що може стати предметом подальших наукових досліджень і дискусій у сфері правосуддя, дружнього до дитини.

Список використаних джерел

- Бахмацький районний суд Чернігівської області. *Про позбавлення батьківських прав*. Рішення 728/843/19. Ухвалено 26 липня 2019. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83338788>.
- Бахмацький районний суд Чернігівської області. *Участь у вихованні дитини*. Рішення 2-п/728/3/19. Ухвалено 21 серпня 2019. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83784290>.
- Бахмацький районний суд Чернігівської області. *Участь у вихованні дитини*. Вирок 728/839/22. Ухвалено 21 вересня 2022. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106355830>.
- Верховна Рада України. *Кримінальний процесуальний кодекс України*. Кодекс України 4651-VI. Ухвалено 13 квітня 2012. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
- Верховна Рада України. *Цивільний процесуальний кодекс України*. Кодекс України 1618-IV. Ухвалено 18 березня 2004. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.
- Денисенко, Лариса, Оксана Сироїд, Ірина Фадєєва, Ольга Шаповалова. *Бути суддею*. Київ, 2015.
- Європейський суд з прав людини. *«Серявін та інші проти України»*. Рішення. Заява 4909/04. Ухвалено 10 лютого 2010. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_672#Text.
- Консультативна рада європейських судів. *Висновок № 11 (2008) щодо якості судових рішень*. http://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf.
- Комітет міністрів Ради Європи. *Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дитини, і пояснювальна записка*. Ухвалено 17 листопада 2010. <https://rm.coe.int/16804c2188>.
- Комітет ООН з прав дитини. *Право дитини бути заслуханою*. Зауваження загального порядку № 12. CRC/C/GC/12. Ухвалено 20 липня 2009. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/12&Lang=ru.
- Комітет ООН з прав дитини. *Про права дитини у системі правосуддя щодо дітей*. Зауваження загального порядку № 24. CRC/C/GC/24. Ухвалено 18 вересня 2019. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&Lang=ru.
- Комітет ООН з прав дитини. *«А.Б. проти Фінляндії»*. CRC/C/86/D/51/2018. Ухвалено 4 лютого 2021.
- Куйбіда, Роман, Оксана Сироїд. *Посібник із написання судових рішень*. Київ, 2016.
- Парламент Грузії. *Цивільний процесуальний кодекс Грузії*. Ухвалено 14 листопада 1997. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=160>.
- Парламент Грузії. *Кодекс про права дитини*. Ухвалено 20 вересня 2019. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=4>.
- Сопільник, Л. С., Лаврик Я. М., Кшик Ю. В., Захарчук Я. В., Лаврик Б. Я. «Судовий захист прав неповнолітніх, які постраждали від військової агресії росії». *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. Серія Економічна. Серія Юридична* 36 (2023): 157–64. <https://doi.org/10.5281/zenodo.7756326>.
- Томляк, Таїса. «Принцип забезпечення найкращих інтересів дитини у практиці Європейського суду з прав людини». *Публічне право* 1(45) (2022): 109–119. <https://www.publichnepravo.com.ua/files/45/11.pdf>.
- Хоффер, Рональд, Ніл Нетесайм. *Написання судових рішень. Посібник для суддів*. Юрінком Інтер. <https://court.gov.ua/userfiles/UROL%20Judicial%20Opinion%20Writing%20Handbook%2003062010.pdf>.
- European Court of Human Rights. *Xv. Latvia*. 27853/09. November 26, 2013. [https://hudoc.echr.coe.int/#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:\[%22001-138992%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:[%22001-138992%22]).

Bibliography

- Bakhmatsky District Court of Chernihiv Region. *About deprivation of parental rights*. Decision 728/843/19. Adopted July 26, 2019. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83338788> [in Ukrainian].
- Bakhmatsky District Court of Chernihiv Region. *Participation in raising a child*. Decision 2-p/728/3/19. Adopted August 21, 2019. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83784290> [in Ukrainian].
- Bakhmatsky District Court of Chernihiv Region. *Participation in raising a child*. Verdict 728/839/22. Adopted September 21, 2022. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106355830> [in Ukrainian].
- Committee of Ministers of the Council of Europe. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice and explanatory note*. November 17, 2010. <https://rm.coe.int/16804c2188> [in Ukrainian].
- Committee on the Rights of the Child. General comment No. 12 (2009). The right of the child to be heard. CRC/C/GC/12. July 20, 2009.

- https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/12&. Committee on the Rights of the Child. General comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system. CRC/C/GC/24. September 18, 2019. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/24&.
- Committee on the Rights of the Child. *A.B. v. Finland*. Communication No. 51/2018. CRC/C/86/D/51/2018. February 4, 2021.
- Consultative Council of European Judges. Opinion n°11 on the quality of judicial decisions. 2008. http://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf [in Ukrainian].
- Denysenko, Larysa, Oksana Syroid, Iryna Fadieieva, and Olha Shapovalova. *Buty suddeiu [To be a judge]*. Kyiv, 2015 [in Ukrainian].
- European Court of Human Rights. *Seryavin and others v. Ukraine*. 4909/04. February 10, 2010. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-103279%22%7D>
- European Court of Human Rights. *X v. Latvia*. 27853/09. November 26, 2013. <https://hudoc.echr.coe.int/#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%22%22itemid%22:%5B%22001-138992%22%7D>
- Hofer, Ronald, and Neal Nettesheim. *Napysannia sudovykh rishen [Writing court decisions]. Guide for Judges*. Yurinkom Inter. <https://court.gov.ua/userfiles/UROL%20Judicial%20Opinion%20Writing%20Handbook%2003062010.pdf> [in Ukrainian].
- Kuibida, Roman, and Oksana Syroid. *Posibnyk iz napysannia sudovykh rishen [Guide to writing court decisions]*. Kyiv, 2016 [in Ukrainian].
- Parliament of Georgia. *Civil Procedure Code of Georgia*. Law of Georgia. Adopted November 14, 1997. <https://matsne.gov.ge/en/document/view/29962?publication=165>.
- Parliament of Georgia. *The Code on the Rights of the Child*. Law of Georgia. Adopted September 20, 2019. <https://matsne.gov.ge/en/document/view/4613854?publication=4>.
- Sopilnyk, L. S., Lavryk Ya. M., Kshyk Yu. V., Zakharchuk Ya. V., and Lavryk B. Ya. "Sudovyi zakhyst prav nepovnitnikh, yaki postrazhdaly vid viiskovoi ahresii rosiï" ["Judicial challenge to the rights of minors who suffered from Russia's military aggression"]. *Scientific Notes of Lviv University of Business and Law. Economics Series. Legal Series* 36 (2023): 157–64. <https://doi.org/10.5281/zenodo.7756326> [in Ukrainian].
- Tomlyak, Taisa. "The principle of ensuring the best interests of the child in the case law of the European Court of Human Rights." *Public Law* 1 (45) (2022): 109–119. <https://www.publichne-pravo.com.ua/files/45/11.pdf> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Civil Procedure Code of Ukraine*. Code of Ukraine 1618-IV. Adopted March 18, 2004. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> [in Ukrainian].
- Verkhovna Rada of Ukraine. *Criminal Procedure Code of Ukraine*. Code of Ukraine 4651-VI. Adopted April 13, 2012. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> [in Ukrainian].

Pavlo Parkhomenko

PECULIARITIES OF COURT DECISIONS IN CASES INVOLVING CHILDREN

Abstract

The article is devoted to the development of approaches to the consideration of court cases with the participation of children, one of which may be the introduction of special requirements for a court decision that concerns a child, which will help to take into account the child's best interests and, as a result, contribute to the effective protection of the child's rights.

It is emphasized that international standards in the field of child-friendly justice establish approaches that guide individual states to treat court proceedings with the participation of children in a special way, which affects the presentation and justification of the corresponding court decision.

It is summarized that the practice of proceedings in international courts and UN treaty bodies demonstrates that the lack of appropriate motivation for the decision of the national court, which would reflect how the best interests of the child, his/her opinion, etc. are taken into account, may constitute an unjustified interference in the rights of the child by the state.

It is concluded that some countries have special legislation that obliges courts to reflect in court decisions how the best interests of the child are taken into account. The analysis of decisions of national courts shows that court decisions in cases with the participation of children, regardless of the type of judicial proceedings, are different from court decisions in cases with the participation of adults, and reflect specific elements that are important for the proper realization of children's rights.

The position was expressed that in the corresponding court decision it is necessary to reflect how the best interests of the child were taken into account, which elements, depending on the specifics of the dispute, were taken to determine their content. A mandatory element is to reflect how the child's right to express his/her opinion was ensured and to what extent it was taken into account. Depending on the type of proceedings and the child's status in it, the child's level of development, socio-psychological features of the child, the conditions of the child's living and education, security, family situations and relationships with adults, etc., must be established.

Keywords: children's rights, child-friendly justice, the principle of the best interests of the child, trial, court decision.

Матеріал надійшов 29.02.2024



DOI: 10.18523/2617-2607.2024.13.97-100

Кельман М. С.

<https://orcid.org/0000-0002-4393-4626>

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА КРІЗЬ ПРИЗМУ ДИСКУСІЙНОГО, ДОСЛІДНИЦЬКО-ДІАЛОГІЧНОГО ПІДХОДУ

Рецензія на монографію:

Козюбра, Микола. *Практична філософія права*.

Київ: Дух і Літера, 2024



Чергова наукова праця досвідченого й високоерудованого автора – професора Миколи Козюбри викликає зацікавлення не лише в професійному середовищі, а й в інтелектуальному читацькому загалі. Монографія «Практична

філософія права», яку презентуємо шановним читачам часопису «Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки», вийшла цього року в одному з провідних українських видавництв, чия книжкова продукція характеризується високими критеріями підходу до іменитої автури.

Одразу зазначимо, що безперечним творчим здобутком автора є те, що в монографії запропоновано оригінальну цілісну філософсько-правову концепцію трактування й висвітлення актуальних проблем сучасного загальнотеоретичного правознавства. Розрахована на доволі широку аудиторію, книжка містить не тільки інформацію про основи знань з філософії права, а й, як зізнається сам автор, побудована в проблемному, часто навіть дискусійно-провокативному стилі, що спонукає ще раз замислитися над низкою складних питань, пов'язаних з осягненням багатовимірної, суперечливої і все ще утаємниченої природи права, відповіді на які сам автор хоч і намагався дати, проте претендувати на їх повноту і беззаперечність не може (с. 5).

Новаторським досягненням слід визнати й те, що автор віддає перевагу не так навчально-дидактичним, як дослідницько-діалогічним підходам, хоча водночас, звісно, використовує багатий власний досвід викладання дисципліни «Філософія права» студентам магістерської програми правничого факультету Національного університету «Києво-Могилянська академія» (с. 5).

У монографії поставлено низку складних, дискусійних питань, а саме: як визначити співвідношення філософії права й правознавства із наукою; навіщо потрібна філософія права

і чому її важливо опанувати юристам; чи має філософія права свій власний предмет; що споріднює в сучасних несакралізованих правових системах право з релігією; що таке право – реально існуючий об’єкт чи не розгадана досі соціальна загадка; чи існує право в реальності; чому право можна вважати соціально-історичною загадкою; яка визначальна, фундаментальна властивість права, що характеризує його сутність; чи є право і держава явищами однієї соціальної сутності; чи є право виключно результатом пізнання; як пояснити, що за відсутності права як емпіричного об’єкта, єдиного його розуміння, а нерідко й самого слова «право» в лексиконі багатьох народів, одні й ті самі юридичні проблеми в різних правових системах вирішують переважно однаково; судова правотворчість – це аномалія чи іманентна властивість правосуддя; цінність у праві, цінності права та власне правові цінності: у чому полягають відмінності між цими поняттями; яким є співвідношення права і моралі; що споріднює право з мистецтвом; чи існують суто національні принципи права; тощо.

Відповіді на ці та інші запитання, які автор спонукає шукати і студентів, і викладачів, і практикуючих юристів, не менш цінно порівнювати з тими відповідями, які він наводить для їхнього обґрунтування.

Рецензована праця – це результат філософських роздумів (звісно, із залученням напрацьованих багатьох філософів права минулого і сучасності) передусім правника з великим не тільки теоретичним, а й практичним досвідом. Звідси й виокремлення відповідних акцентів у ній.

Структурно книжка складається з чотирьох розділів. Перший розділ присвячений характеристиці спільних рис і відмінностей між філософією права, правознавством і наукою. Наступні три розділи хоч і стосуються, по суті, традиційних для філософії права проблем – онтології, гносеології та аксіології права, однак, на відміну від інших праць з філософії права, основний наголос роблять не так на суто філософських аспектах правової онтології, правової гносеології та правової аксіології (хоч у кожному з розділів розгляду правових проблем у контексті цих категорій передую короткий загальнофілософський нарис), як на демонстрації того, як працюють ті чи інші філософсько-правові надбання в названих сферах практично. Цінним є те, що запропоновано авторську версію практичної філософії права. Для підтвердження філософсько-правових теоретичних суджень у ній використано судові рішення, переважно конституційних судів,

зокрема одного з найбільш схильних до філософсько-правової аргументації – Федерального Конституційного суду Німеччини, а також практику міжнародних судів, передусім Європейського суду з прав людини (с. 19–20).

Автор справедливо звертає увагу на те, що викладання, особливо галузевих правових дисциплін, у юридичних навчальних закладах часто зводиться до дидактики, тобто доведення до слухачів та засвоєння ними відповідного обсягу усталених правових знань переважно нормативного характеру без належного загально-теоретичного і філософсько-правового осмислення цих знань у контексті сутнісних характеристик права та тенденцій його розвитку в сучасному світі. Це аж ніяк не заохочує до самостійного мислення, критичного аналізу чинного законодавства не тільки під кутом зору виявлення в ньому формально-логічних суперечностей, прогалин тощо, а й з ширших людиноцентристських, ціннісних позицій, власних розмірковувань над проблемами світоглядно-правового характеру (с. 15–17).

На цьому фоні, наголошує автор, філософія загалом і філософія права зокрема, сприймаються як надто суб’єктивні (мовляв, скільки філософів, стільки й філософій), неусталені галузі знання, які не дають однозначно визначених дефініцій, а конкретних рецептів розв’язання правових спорів і поготів. Хоч як прикро, таке сприйняття філософії властиве не тільки студентам і юристам-практикам, а й інколи й викладачам галузевих юридичних дисциплін, професійне формування яких відбувалося в руслі попередніх наукових традицій (с. 18).

Цілком слушною є позиція, яку автор слідом за деякими західними філософами права намагається обстоювати в цій книжці: законодавство – це ще не право, а лише необхідний інструмент та орієнтир для його знаходження під час розгляду конкретних правових ситуацій. Жодне, навіть найдосконаліше, законодавство (яке в сучасному житті трапляється дедалі рідше), з огляду на його абстрактність і знеособленість, передбачити всі особливості конкретної ситуації неспроможне. Визначальну роль у знаходженні права під час її розгляду відіграють нормозастосовувачі, передусім суд. Саме він, ухвалюючи обґрунтоване, неупереджене та справедливе рішення у справі, ставить останню крапку в пошуках права. Окрім законодавства, на такий пошук впливає безліч інших чинників, зокрема історичні традиції, психологічні властивості характеру українського народу, його ментальність, стиль мислення тощо.

У зв'язку з цим автор пропонує переглянути сформовані в попередні історичні епохи уявлення про право як сукупність юридичних норм, до того ж вони в умовах євроінтеграційних процесів значною мірою космополітизуються. У книжці наголошено на тому, що як універсальні, цивілізаційні й правосімейні принципи права, так і космополітизовані норми національного законодавства вкорінені в певний простір – специфічне українське середовище, крізь призму якого вони «пропускаються». У результаті відбувається їхня «українізація», яка певною мірою нагадує «китаїзацію», «японізацію», «індусизацію» тощо запозичених Китаєм, Японією, Індією та іншими країнами надбань європейської правової культури. Саме з огляду на це, а не на наявність у правовій системі України якихось особливих, унікальних і неповторних принципів права й суттєво відмінного від інших європейських народів законодавства, ми, очевидно, можемо говорити про існування особливого феномену – українського права поряд із правом англійським, німецьким, французьким, іспанським, китайським, японським тощо. У цьому сенсі українське право дуже нагадує українську філософію права, ще точніше – має свою власну національну філософію, яку уособлює його духовний, ідеальний вимір (с. 434).

Слід визнати слухність і важливість висновку автора про те, що мета філософії права полягає в тому, щоб піднятися над емпірикою, подивитися на складний світ права глибше і ширше, не обмежуючи його аналізом законодавства; зламати все ще поширений застарілий стереотип, згідно з яким фаховий юрист – це той, хто добре знає законодавство та вміє «виводити» з нього шляхом логічних операцій (дедукції) відповідні йому «законні» рішення. Юридичні тексти – це лише інструментарій, який, безперечно, потрібно використовувати, але це не означає, що вони самі по собі уже є правом.

На підтвердження автор наводить висловлювання відомого канадського філософа права професора Б. Мелкевіка: «...питання про право вирішується на практиці в реальному світі з людьми із плоті і крові й у підсумку являє собою завершення спору, який вирішується процедурним, дискурсивним, аргументативним, діалектичним шляхом за допомогою відповідного судового рішення» (с. 169).

Попри те що це висловлювання залишається дискусійним, подібних поглядів, як впливає з монографії М. Козюбри, дотримується багато закордонних правознавців, і їхня кількість поступово зростає.

У соціальних науках право розглядають як невіддільну частину культури, феномен, що виявляється не тільки в регулярних моделях поведінки, а й у загальноприйнятих системах переконань. Видатний німецький філософ І. Кант часто повторював у своїх лекціях, що Всевишній дарував людству найвище благо, і це – право. Наш самотній любомудр Г. Сковорода залишив у спадок цілісне філософське вчення, в основі якого – людське самопізнання як єдиний шлях до осмислення світопорядку, заснованого на цінностях, які втілює та захищає право. Ці заповіді адресовано цивілізованому людству.

Нам випало жити в час, коли праву належить виконати особливу місію в умовах безпідставно здійснюваного Росією воєнного злочину – агресії проти суверенної Української держави. Зухвале великомасштабне вторгнення, що насправді стало кривавою війною, хоч досі іменується «спеціальною військовою операцією», яку, за думом кремлівських стратегів на чолі з тираном, мало виправдати створене ними «право» як засіб жорсткої сили з метою поневолення народу, як чинник безпрецедентного знущання над правовими цінностями і правовими принципами міжнародного права. Водночас слід констатувати, що війна виявила непохитну згуртованість суспільства у всенародному спротиві ворогу. Безперечно, одним із ефективних чинників цього стало зростання рівня правосвідомості, на що істотний вплив має, як встановлено дослідженнями українських правознавців, імплементація здобутків природно-правового типу праворозуміння, за якого основний акцент робиться на праві як духовному феномені, на ідеалах справедливості, індивідуальної свободи, рівності, людській гідності, невідчужуваних правах людини та інших гуманістичних цінностях, тобто на відправних світоглядних засадах права, без яких воно просто немислиме.

Це ще раз підтверджує, що в умовах воєнного стану, коли йдеться про героїчний спротив ворогові, який посягає на суверенітет і територіальну цілісність України, на самовизначення її народу, коли йдеться про відстоювання ідентичності української нації, такі праці набувають ще більшої актуальності і ваги. Рецензована монографія є наслідком усвідомлення важливості українського загальнотеоретичного правознавства та його посестри – філософії права. Це внесок відомого вченого в загальнонародну боротьбу за незалежність нашої держави.

Обсяг монографії цілком відповідає масштабності дослідження, побудованого на залученні цінної інформації, представленої всебічно

та систематизовано, вигідно виділяє, зокрема, конструктивно умотивоване використання прикладів з практики Конституційного Суду України, з досвіду діяльності конституційних судів інших країн, зокрема одного з найавторитетніших з-поміж них – Федерального Конституційного суду Німеччини.

Слід зазначити, що, як і будь-яка наукова праця, це видання не позбавлене деяких дискусійних питань, що визнає сам автор. Коли замислюємося над сутнісними оцінками такого складного феномену, яким є право, то в цьому контексті чи не першою постає думка: а яким чином, коли і для чого ним було обдаровано людство? На жаль, наука досі не дала відповіді на подібні запитання, хоча багато науковців схильні вважати (і ми підтримуємо цю позицію), що саме релігія – духовна колыска права. У міркуваннях про співвідношення релігії та права без урахування глибинних духовних засад життя суспільства, що перебувають «по той бік» уявлень, про жодну свободу особистості, про жодні права людини і громадянина, а також про відповідальність та особисту вину (а отже, і правову традицію загалом) йтися не може.

У третьому розділі «Гносеологічні проблеми права, або Вчення про пізнання права» варто було б виокремити, що серцевиною, центральною частиною цього вчення є наукові положення стосовно вибору і застосування певних пізнавальних інструментів: підходів, методів, засобів такої діяльності. Інакше кажучи, йдеться про методологію дослідження явищ права.

Можна назвати й деякі інші дискусійні моменти монографії. Проте вони жодною мірою не применшують виняткової ґрунтовності та цінності результатів теоретичних узагальнень і висновків, зроблених М. Козюброю і репрезентованих ним у рецензованій праці. Автор, безперечно, має рацію, коли наголошує на потребі виходу за межі традиційних уявлень про державні нормативні акти як «вже-право» та пов'язує його з вирішенням конкретної ситуації, яка вимагає свого правового осмислення й артикульованої правової позиції, що ґрунтується на таких вихідних властивостях права, як справедливність, свобода, рівність і людська гідність. Адже те, що теорію флогістону було спростовано, не заважає нам користуватися вогнем безвідносно до того, чи віримо ми в буття вогню в сірнику. Так само й горіння права, спалахнувши в належний час, здатне зігріти, освітити шлях, допомогти вгамувати голод і захистити людство від очманілих нелюдів, сучасних варварів, творців поборників новітніх ересей на кшталт «рускаво міра».

Рецензоване видання – це модель розуміння не тільки права як феномену, а й світу загалом. Мова тексту – професійно вивірена, грамотна й доступна, про складне написано просто. Автор використовує аргументи, приклади, моделі роботи з думкою – школа аналітики, погляд з позиції цілого, критичне мислення. На наше переконання, таку книжку з цікавістю сприймуть не тільки студенти, викладачі, а й практики, до того ж не лише правознавці.

Mykhaylo Kelman

PHILOSOPHY OF LAW THROUGH THE PRISM OF AN ARGUMENTATIVE, RESEARCH AND DIALOGICAL APPROACH

Review of the monograph:

**Koziubra, Mykola. *Praktychna filosofia prava*
[*Practical Philosophy of Law*].
Kyiv: Dukh i Litera, 2024 [in Ukrainian]**

Матеріал надійшов 26.09.2024

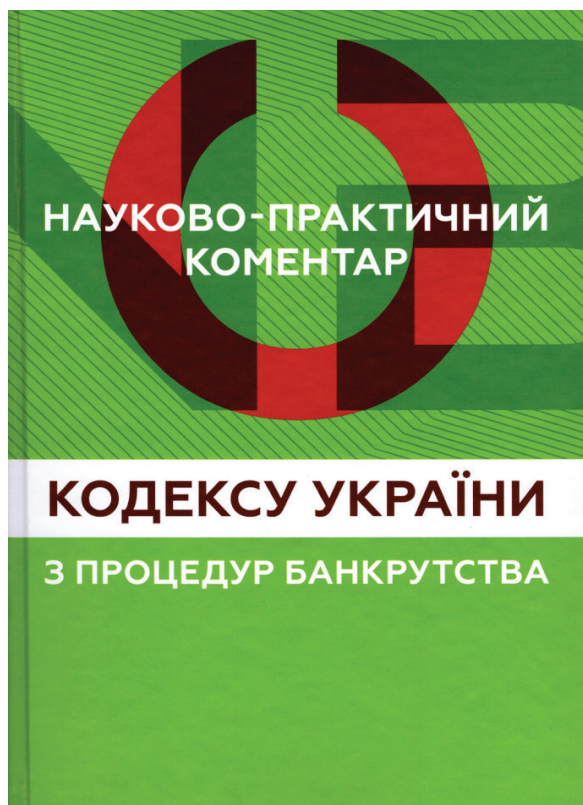


Лобач О. М.

СИНЕРГІЯ НАУКИ І ПРАКТИКИ ДЛЯ ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА

Огляд видання:

Ю. Ю. Бакай, Т. В. Курман, О. П. Меше, В. В. Панченко,
М. Ю. Покальчук, Н. П. Тищенко, В. П. Станіславський, О. М. Туєва.
Науково-практичний коментар Кодексу України з процедур банкрутства,
заг. ред. Т. В. Курман, Н. П. Тищенко.
Київ: СігмаТрейд, 2022



Правовими системами світу вже давно доведено необхідність економіко-правового регулювання відносин неплатоспроможності та банкрутства як інструменту врегулювання боргів боржника, який, не маючи в достатньому розмірі майна, втрачає здатність розраховуватися за своїми зобов'язаннями з кредиторами. І такий неплатоспроможний (фінансовий) стан боржника іноді призводить до такого способу розв'язання проблеми його боргів, як застосування судової процедури банкрутства.

Доцільність, необхідність та важливе суспільне значення правового регулювання відносин неплатоспроможності не беруться під сумнів, і не тільки тому, що економіка має звільнитися від суб'єктів, нездатних конкурувати в ринкових умовах, а й тому, що для суб'єктів банкрутства відкриваються шляхи відновлення їхньої платоспроможності, до того ж сьогодні суб'єктами банкрутства є й фізичні особи, які навіть після оголошення їх банкрутами повинні мати можливість для життя, гідного людини.

У такому контексті не є винятком й Україна, яка практично одразу після проголошення незалежності вдалася до створення правових основ регулювання відносин банкрутства. Шлях розбудови сучасного інституту неплатоспроможності / банкрутства як елемента системи права України був доволі довгим і непростим. У ретроспективному аспекті в ньому можна виділити чотири етапи, аби побачити, як змінювалося, вдосконалювалося законодавство України про банкрутство і, відповідно, право неспроможності як наука.

▪ Регулювання відносин банкрутства бере початок з ухвалення Верховною Радою України Закону України «Про банкрутство» 14 травня 1992 р. І хоча якість цього Закону, за визнанням дослідників, була доволі низькою, проте він заклавав розуміння важливості регулювання відносин банкрутства як цивілізованого способу врегулювання боргів боржника, нездатного виконувати свої зобов'язання перед кредиторами. Попри всі недоліки й прогалини, застосування цього Закону тривало до 1 січня 2000 р.

▪ Із зазначеної дати набрав чинності Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», який

кардинально відрізнявся від свого попередника не тільки вдвічі більшою кількістю статей, а й новою концепцією регулювання відносин у сфері неплатоспроможності та банкрутства: акцент передусім робився на відновленні платоспроможності боржника. Втім, і новий Закон за час його дії зазнав багато змін: поповнювався понятійний апарат, вдосконалювалися правові механізми процедур банкрутства тощо.

▪ У грудні 2011 р. цей Закон було викладено в новій редакції, яка налічувала вже майже тричі більше статей, ніж у попередній редакції, а зусилля законодавця були спрямовані на вдосконалення норм Закону. Але головним позитивним моментом було те, що вперше на вивчення оновленого Закону українському суспільству дали час (до 19 січня 2013 р. – дата введення Закону в дію); акцент залишався той самий – відновлення платоспроможності боржника. Суттєвою прогалиною цього Закону було те, що він не врегулював неплатоспроможності пересічних фізичних осіб, що на той час уже не відповідало світовим тенденціям.

▪ На заміну цьому Закону прийшов Кодекс України з процедур банкрутства (далі – Кодекс), ухвалений у 2018 р. та введений у дію з 21 жовтня 2019 р. Дослідники і практики висловили як позитивні, так і не дуже позитивні відгуки про цей нормативно-правовий акт. Втім, варто відмітити головну новелу в українському праві неспроможності: Кодекс пропонує механізм розв'язання проблеми неплатоспроможності фізичних осіб, що в контексті статті 3 Конституції України означає створення нового (гарантійного за своїм характером) правового механізму для людини (щоб вона відчувала себе найвищою соціальною цінністю), в якому держава виконує функції щодо захисту прав і свобод людини. Кодекс діє, судова практика формується, проблемні питання формулюються, вдосконалення норм Кодексу триває, що можна простежити за тими змінами, які було внесено до нього з вересня 2019 р. дотепер (22 рази).

Утім, вдаватися до оцінки і Кодексу, і змін до нього не є метою цього допису. Хочу поділитися своїми враженнями про Науково-практичний коментар Кодексу України з процедур банкрутства (далі – Коментар, Кодекс), створений авторським колективом: Ю. Ю. Бакай, Т. В. Курман, О. П. Меше, В. В. Панченко, М. Ю. Покальчук, Н. П. Тищенко, В. П. Станіславський, О. М. Туєва (видавництво ТОВ «СігмаТрейд», 2022).

Передусім варто наголосити на своєчасності виходу Коментаря у світ – 2022 рік, коли наукові дослідження у сфері права неспроможності вже

могли бути підкріплені в Коментарі трирічною судовою практикою.

Привертає увагу методологія, застосована під час створення Коментаря. Вона ґрунтується на такій структурі:

- авторська позиція щодо розуміння / тлумачення норм Кодексу;
- правові позиції інших науковців та дослідників з певної проблеми, що прямо впливає з відносин неспроможності чи пов'язана з цими відносинами;
- посилення на актуальні відповідні акти чинного законодавства (зокрема підзаконні), норми яких так чи інакше цілком необхідні та дотичні для здійснення правового аналізу юридичних фактів, що є предметом розгляду в справі про банкрутство;
- актуальна судова практика.

На мою думку, така методологічна основа Коментаря свідчить не лише про його наукову цінність, що проявляється у впливі наукових досліджень на практику і вдосконалення законодавства про неспроможність / банкрутство, а й про неабияку практичну цінність для всіх без винятку користувачів, які мають можливість:

- отримати теоретичні знання з правового регулювання відносин неплатоспроможності / банкрутства;
- побачити практику застосування інститутів права неспроможності та використати проаналізовану судову практику, якщо в цьому є потреба;
- ознайомитися з правовими дослідженнями в цій сфері суспільних відносин, не витрачаючи багато часу на пошук необхідної інформації, звести цей час до розумного мінімуму тощо.

Завдяки своєму змістовому наповненню Коментар дає змогу користувачам:

- зрозуміти мету та необхідність правового регулювання відносин у сфері неплатоспроможності та банкрутства як цивілізованого способу переходу права власності на майно від боржника до кредиторів та чому держава втручається в цей процес через встановлення судового контролю за перебігом справи про банкрутство боржника – юридичної особи чи справи про неплатоспроможність фізичної особи;
- не сприймати процедуру банкрутства як суто негативне явище;
- опанувати доволі складні правові механізми / інструменти, за допомогою яких відбувається врегулювання боргів боржника в процедурі банкрутства;
- зрозуміти відмінність передбачених Кодексом правових механізмів / інструментів для врегулювання боргів юридичної особи та фізичної

особи з огляду на різний правовий статус цих суб'єктів банкрутства;

- з'ясувати багато інших питань, що стосуються банкрутства / неплатоспроможності, зокрема про провадження у справах про банкрутство, пов'язаних з іноземною процедурою банкрутства (наприклад, дізнатися про джерела права ЄС, які регулюють процедури транскордонного банкрутства). Цей напрям для України є актуальним з огляду на її прагнення стати членом ЄС;

- зрештою, зберегти свою репутацію в діловому світі чи в житті звичайної людини.

Коментар відтворює філософію Кодексу, закладену в преамбулі Кодексу, – знайти баланс інтересів боржника та кредиторів.

Коментар Кодексу містить не тільки глибокий науковий аналіз законодавства про банкрутство, а й аналіз судової практики за час, що минув після введення Кодексу в дію. І в цьому передусім убачається цінність здійсненої авторами праці, результатом якої вже є такі здобутки:

- популяризація знань про правовий порядок врегулювання боргів неплатоспроможного боржника, передбачений українським законодавством;

- поширення результатів судової практики (до якої, на жаль, не завжди мають доступ пересічні українці – фізичні особи), здійснення наукового аналізу цієї практики;

- у більш глобальному вимірі підготовкою та оприлюдненням цього Коментаря авторський

колектив сприяє долученню України до сучасних світових правових практик регулювання відносин неплатоспроможності та банкрутства, а це згодом неодмінно матиме наслідком входження України в ринкове господарство світу, набуття нею статусу рівноправного члена світового співтовариства.

Коментар призначений для широкого кола користувачів, зокрема й студентів юридичних навчальних закладів. Корисність Коментаря для здобувачів вищої юридичної освіти підтверджується практикою, зокрема Правничої клініки Національного університету «Києво-Могилянська академія», до якої звертаються для отримання правової допомоги клієнти, які заборгували своїм кредиторам значні суми і не знають, як ці борги погасити. І Коментар до Кодексу однозначно стає в пригоді студентам-консультантам.

Видання є зручним у користуванні: кожному коментовану книгу Кодексу України з процедур банкрутства відділено в Коментарі від попередньої сторінками різного кольору; виклад тексту є доступним і зрозумілим, що важливо для користувачів, які не є правниками.

Залишається побажати авторам успіху в майбутніх дослідженнях правового регулювання відносин у сфері неплатоспроможності та банкрутства. Законодавство, норми якого регулюють зазначені суспільні відносини, потребує постійного вдосконалення, тож перебуває під пильним оком законодавців, науковців і практиків.

Olha Lobach

SYNERGY OF SCIENCE AND PRACTICE FOR SETTLEMENT OF BANKRUPTCY PROCEDURES

Review of the publication:

**Yu. Yu. Bakai, T. V. Kurman, O. P. Meshe, V. V. Panchenko,
M. Yu. Pokalchuk, N. P. Tyshchenko, V. P. Stanislavskiy, O. M. Tuieva.**
Naukovo-praktychnyi komentar Kodeksu Ukrainy z protsedur bankrutstva
[Scientific and Practical Commentary on the Code of Ukraine on
Bankruptcy Procedures], edited by **T. V. Kurman, N. P. Tyshchenko.**
Kyiv: Sihmatreid, 2022 [in Ukrainian]

Матеріал надійшов 19.03.2024



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

IN MEMORIAM

DOI: 10.18523/2617-2607.2024.13.104-105

Віщик М. А.

ПАМ'ЯТІ ВОЛОДИМИРА ВАСИЛЕНКА (1937–2023): СПАДЩИНА, ЩО ЖИВЕ Й ДАЛІ



Володимир Василенко був професором кафедри міжнародного та європейського права, гарантом докторської програми з міжнародного права, керівником програми дослідження Голодомору-геноциду Центру дослідження геноциду і прав людини Національного університету «Києво-Могилянська академія». Він був Надзвичайним і Повноважним Послом України, членом Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права при Президентові України, членом Наглядової ради Української правничої фундації, членом Всесвітнього конгресу українських юристів, почесним членом Асоціації українських правників, членом Британсько-української правничої асоціації, президентом українського фонду «Друзі Шотландії», науковим консультантом Міністерства закордонних справ України з правових питань.

Працював послом у країнах Бенілюкс, а також представником України при Європейському Союзі та НАТО, послом у Великій Британії та за сумісництвом в Ірландії. Неодноразово брав участь у роботі Генеральної Асамблеї ООН як експерт, радник, заступник члена делегації і член делегації України, представляючи Україну у Третньому (питання прав людини) та Шостому (юридичні питання) комітетах ГА ООН. Був обраний Генеральною Асамблеєю ООН до Міжнародного кримінального трибуналу з колишньої Югославії, де працював суддею. Був представником України в Раді ООН з прав людини.

Заслужений юрист України (1995 р.), повний кавалер ордена «За заслуги» (1997 р., 2001 р., 2007 р.), кавалер ордена Данила Галицького (2009 р.), лауреат Почесної відзнаки Асоціації правників України «За честь і професійну гідність» (2012 р.). Відзначений найвищою нагородою Національного університету «Києво-Могилянська академія» – медаллю святого Петра Могили (2007 р.).

Погожимися днями, коли кімнати Академії заливає осіннє сонце, щоразу пригадується постать, яка крокує людними коридорами з портфелем, наповненим паперами. Серед цих паперів рукописи статей і лекцій, з вклеєними уривками газет, конвенцій та декларацій. У його кабінеті, так само залитому осіннім сонцем, стоси студентських есеїв і раритетних видань, написаних і подарованих, і десятиліття історії міжнародного права, втілені в щорічних доповідях Комісії з міжнародного права Організації Об'єднаних Націй – 1970, 1971, 1972, 1973... Він розкладає папери на столі і починає лекцію, зупиняючись час від часу, щоб відповісти на запитання. Запитання переростають у жваві дискусії, сповнені згоди і незгоди, міжнародне право стає живою матерією, а не черговою писаною сторінкою підручника чи монографії.

Володимир Андрійович Василенко був і залишається історичною постаттю для Києво-Могилянської академії, але, найперше, для Української держави. У критичні моменти української історії – на світанку відновлення незалежності і на кожному етапі російсько-української війни – фігура Володимира Василенка була на форпості захисту та укріплення української державності. Володимир Василенко підготував проєкт Декларації про державний суверенітет України і брав подальшу участь у виробленні остаточного варіанта Декларації як консультант Верховної Ради України.

Володимир Василенко відчував дух нації, її феномен, складність побудови національної ідентичності та легкість її втрати. Забезпечуючи збереження національної пам'яті та утвердження національної ідентичності, Володимир Василенко був автором багатьох засадничих законопроектів розбудови Української держави, зокрема стосовно мовної політики в Україні та протидії російській агресії. Праці професора Василенка щодо оцінки Голодомору як злочину геноциду залишаються основоположними і одними з рідкісних правових надбань, що наводять ретельну кваліфікацію генези радянських та згодом російських злочинних діянь, спрямованих проти української нації. Діяльність професора Василенка не обмежилась академічним доробком: він також став автором законопроекту «Про Голодомор 1932–1933 років в Україні», одного із засадничих законодавчих актів, що сформували політику збереження національної пам'яті в сучасній Україні.

Володимир Василенко був феноменом як правник і як науковець. Він був учителем для покоління та одним із тих, хто заклав основи школи міжнародного права в Україні. Професор Василенко ніколи не толерував спрощених поглядів на міжнародне право крізь призму його (не)дієвості чи (не)ефективності. Він завжди був одним із небагатьох, хто відчував і розумів право, зокрема міжнародне право, дуже інтуїтивно як надзвичайно складну матерію і необхідний регулятор, водночас передаючи це розуміння іншим. Для нього право не було лише писаною літерою: право, зокрема міжнародне, було запорукою захисту України від загарбницької та колоніальної політики, спрямованої на знищення нації, про яку професор Василенко мислив стратегічніше, ніж будь-хто інший, з істинної державницької позиції.

Однак Володимир Василенко – не про дієслова минулого часу. Професор Василенко є, його спадщина живе: не тільки на тисячах сторінок його праць, але й у стінах Києво-Могилянської академії і в діяльності сотень його учнів, які борються за майбутнє України, утвердження підвалин її державності, націєтворення та цінностей міжнародного правопорядку в умовах російської екзистенційної загрози, що намагається їх зруйнувати. Києво-Могилянській академії та Україні безмежно пощастило мати постать Володимира Василенка.

Вічна і світла пам'ять і вдячність за спадщину, що живе й далі.

Максим Віщик,
старший викладач, аспірант кафедри міжнародного
та європейського права факультету правничих наук
Національного університету «Києво-Могилянська академія»



ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ

Вітюк Максим Сергійович – аспірант кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»
<https://orcid.org/0000-0001-7614-1190>

Віщик Максим Андрійович – старший викладач, аспірант кафедри міжнародного та європейського права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», правовий радник фундації Global Rights Compliance
<https://orcid.org/0000-0001-6492-5326>

Голєв Олег Євгенійович – аспірант кафедри конституційного права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка
<https://orcid.org/0000-0002-4966-978X>

Загнітко Олег Павлович – кандидат юридичних наук, докторант Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Макутова Національної академії наук України», старший викладач кафедри інформаційного, господарського та адміністративного права факультету соціології та права Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»
<https://orcid.org/0009-0002-3095-2590>

Іванишин Ігор Богданович – аспірант Київського університету інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія»
<https://orcid.org/0009-0000-6238-7878>

Іщенко Денис Юрійович – доктор філософії в галузі права, старший викладач кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»
<https://orcid.org/0009-0001-3284-4801>

Кельман Михайло Степанович – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри теорії права та конституціоналізму Інституту права, психології та інноваційної освіти Національного університету «Львівська політехніка»
<https://orcid.org/0000-0002-4393-4626>

Кожухар Олександр Георгійович – аспірант кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», керуючий юрист юридичної фірми «AVELLUM»
<https://orcid.org/0009-0006-4183-3289>

Козачук Наталія Олександрівна – кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного та європейського права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»
<https://orcid.org/0009-0002-0430-504X>

Колотило Микола Миколайович – аспірант кафедри міжнародного та європейського права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»
<https://orcid.org/0009-0009-5526-5501>

Лобач Ольга Михайлівна – кандидат юридичних наук, доцент кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»

Пархоменко Павло Іванович – кандидат юридичних наук, суддя Бахмацького районного суду Чернігівської області
<https://orcid.org/0000-0002-0275-9120>

NOTES ABOUT AUTHORS

Holiev Oleh – Doctoral Student of the Department of Constitutional Law, Faculty of Law, Ivan Franko National University of Lviv

<https://orcid.org/0000-0002-4966-978X>

Ishchenko Denys – Doctor of Philosophy in Law, Senior Lecturer of the Department of General Theoretical Jurisprudence and Public Law, Faculty of Law, the National University of Kyiv-Mohyla Academy

<https://orcid.org/0009-0001-3284-4801>

Ivanyshyn Ihor – Doctoral Student, Kyiv University of Intellectual Property and Law, Odesa Law Academy National University

<https://orcid.org/0009-0000-6238-7878>

Kelman Mykhaylo – Full Doctor in Law, Professor, Professor of the Department of Legal Theory and Constitutionalism, Lviv Polytechnic National University

<https://orcid.org/0000-0002-4393-4626>

Kolotylo Mykola – Doctoral Student of the Department of International and European Law, Faculty of Law, National University of Kyiv-Mohyla Academy

<https://orcid.org/0009-0009-5526-5501>

Kozachuk Nataliia – Doctor of Philosophy in Law, Associate Professor at the Department of International and European Law, Faculty of Law, National University of Kyiv-Mohyla Academy

<https://orcid.org/0009-0002-0430-504X>

Kozhukhar Oleksandr – Doctoral Student of the Department of General Legal Theory and Public Law, Faculty of Law, National University of Kyiv-Mohyla Academy, Managing Associate AVELLUM Law Firm

<https://orcid.org/0009-0006-4183-3289>

Lobach Olha – Docent, Doctor of Philosophy in Law, Associate Professor of the Department of General Theoretical Jurisprudence and Public Law, Faculty of Law, National University of Kyiv-Mohyla Academy

Parkhomenko Pavlo – Doctor of Philosophy in Law, Judge of the Bakhmach District Court Chernihiv Region

<https://orcid.org/0000-0002-0275-9120>

Vishchyk Maksym – Senior Lecturer, Doctoral Student of the Department of International and European Law, Faculty of Law, National University of Kyiv-Mohyla Academy, Legal Counsel Global Rights Compliance

<https://orcid.org/0000-0001-6492-5326>

Vitiuk Maksym – Doctoral Student of the Department of General Legal Theory and Public Law, Faculty of Law, National University of Kyiv-Mohyla Academy

<https://orcid.org/0000-0001-7614-1190>

Zahnitko Oleh – Candidate of Legal Sciences, doctorate student at State Organization “V. Mamutov Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine”, Senior Lecturer at the Information, Business and Administrative Law Department, Sociology and Law Faculty, National Technical University of Ukraine “Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute”

<https://orcid.org/0009-0002-3095-2590>

ЗМІСТ

<i>Вітюк М. С.</i> Податкове резидентство в епоху е-резидентства і цифрових кочівників: міжнародний досвід та український контекст	3
<i>Віщик М. А.</i> Визначення національних та етнічних груп у Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього крізь призму радянських і російських наративів про українську ідентичність	15
<i>Голєв О. Є.</i> Розмежування повноважень органів судової влади та Конституційного Суду України у застосуванні Конституції як акта прямої дії	26
<i>Загнітко О. П.</i> Зрив оптових енергетичних поставок як порушення прав людини: питання кваліфікації та причинно-наслідкового зв'язку	38
<i>Іванишин І. Б.</i> Правове регулювання надання соціальних послуг у Європейському Союзі	51
<i>Ищенко Д. Ю.</i> Проблеми забезпечення принципу «non bis in idem» у разі стягнення виконавчого збору та основної винагороди у виконавчому провадженні	58
<i>Кожухар О. Г.</i> Правове регулювання систем штучного інтелекту в ЄС: передумови, сучасний стан та перспективи	65
<i>Козачук Н. О.</i> «Росія – заходи щодо транзитного руху»: доленосна справа, яка підриває роль винятків щодо безпеки Світової організації торгівлі під час гібридних і торговельних воєн	74
<i>Колотило М. М.</i> Реформа системи правосуддя Албанії в контексті процесу вступу до Європейського Союзу	83
<i>Пархоменко П. І.</i> Особливості судового рішення у справах за участі дітей	90

РЕЦЕНЗІЇ, ОГЛЯДИ

Кельман М. С.

Філософія права крізь призму дискусійного,
дослідницько-діалогічного підходу (рецензія на монографію:
Козюбра, Микола. *Практична філософія права*. Київ: Дух і Літера, 2024)97

Лобач О. М.

Синергія науки і практики для врегулювання процедур банкрутства
(огляд видання: *Науково-практичний коментар Кодексу України
з процедур банкрутства*, заг. ред. Т. В. Курман, Н. П. Тищенко.
Київ: Сігматрейд, 2022) 101

IN MEMORIAM

Віщик М. А.

Пам'яті Володимира Василенка (1937–2023):
спадщина, що живе й далі 104

Відомості про авторів 106

CONTENTS

<i>Maksym Vitiuk</i>	
Tax Residence in the Era of e-Residency and Digital Nomads: International Experience and Ukrainian Context.....	3
<i>Maksym Vishchyk</i>	
Construing National and Ethnic Groups Under the Genocide Convention Through Soviet and Russian Narratives on the Ukrainian Identities.....	15
<i>Oleh Holiev</i>	
Differentiation of Powers of the Judiciary and the Constitutional Court of Ukraine in the Application of the Constitution as an Act of Direct Effect	26
<i>Oleh Zahnitko</i>	
Wholesale Energy Supplies Disruption as the Human Rights Breach: Characterisation and Causality Aspects	38
<i>Ihor Ivanyshyn</i>	
Legal Regulation of the Provision of Social Services in the European Union.....	51
<i>Denys Ishchenko</i>	
Problems of Ensuring the “non bis in idem” Principle the Collection of the Enforcement Fee and the Main Remuneration in Enforcement Proceedings.....	58
<i>Oleksandr Kozhukhar</i>	
Legal Regulation of Artificial Intelligence Systems in the EU: Prerequisites, Current State and Prospects	65
<i>Nataliia Kozachuk</i>	
<i>Russia – Traffic in Transit: A Landmark Case Undermining the Role of WTO</i> Security Exceptions Amidst Trade and Hybrid Wars	74
<i>Mykola Kolotylo</i>	
Judicial System Reform in Albania in the Context of Accession Process to the European Union	83
<i>Pavlo Parkhomenko</i>	
Peculiarities of Court Decisions in Cases Involving Children	90

REVIEWS

Mykhaylo Kelman

Philosophy of Law through the Prism of an Argumentative, Research and Dialogical Approach (Review of the Monograph: Koziubra, Mykola. *Praktychna filosofia prava* [*Practical Philosophy of Law*]. Kyiv: Dukh i Litera, 2024 [in Ukrainian])97

Olha Lobach

Synergy of Science and Practice for Settlement of Bankruptcy Procedures (Review of the Publication: *Naukovo-praktychnyi komentar Kodeksu Ukrainy z protsedur bankrutstva* [*Scientific and Practical Commentary on the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures*], ed. T. V. Kurman, N. P. Tyshchenko. Kyiv: Sihmatreid, 2022 [in Ukrainian])..... 101

IN MEMORIAM

Maksym Vishchuk

In Memory of Volodymyr Vasylenko (1937–2023):
a Legacy Lives on 104

Notes about Authors..... 106

**НАУКОВІ ЗАПИСКИ НаУКМА
ЮРИДИЧНІ НАУКИ**

**NaUKMA RESEARCH PAPERS
LAW**

Науковий рецензований фаховий електронний журнал

Ідентифікатор у Реєстрі суб'єктів у сфері медіа: R40-04350
(рішення Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення
№ 1158 від 11.04.2024)

Вебсайт журналу: <http://nrplaw.ukma.edu.ua>

**Том 13
2024**

Редакторка і коректорка *Н. Мінько*
Комп'ютерне верстання *А. Шмаркатюк*

Адреса редакції:
вул. Г. Сковороди, 2, м. Київ, 04070
тел.: (044) 425-45-44
e-mails: nrpl@ukma.edu.ua
redviddil@ukma.edu.ua

Свідоцтво про внесення до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції серія ДК № 3631 від 23.11.2009