

ISSN 2224-9281 (Print)
ISSN 2414-990X (Online)

Міністерство освіти і науки України

Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

Збірник наукових праць

Випуск 160

Харків
2023

УДК 340(06)

Засновник і видавець: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Заснований у 1976 р. Виходить 4 рази на рік

Мови видання: українська, англійська

*Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації:
серія КВ № 21387-11187 ПР від 17.06.2015 р.*

*Збірник наукових праць включено до категорії «Б»
Переліку наукових фахових видань України з юридичних наук (спеціальності 081, 082) –
наказ Міністерства освіти і науки України № 612 від 07.05.2019 р.*

*Рекомендовано до друку та поширення через мережу Інтернет вченою радою
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, протокол № 7 від 24.03.2023 р.*

Редакційна колегія: д-р юрид. наук, проф. А. П. Гетьман (відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. Д. В. Лученко (заст. відп. ред.); канд. юрид. наук О. О. Шинкарьов (відп. секретар); д-р юрид. наук, проф. Ю. Г. Барабаш; д-р юрид. наук, проф. Ю. П. Битяк; д-р юрид. наук, проф. К. В. Гусаров; д-р юрид. наук, проф. О. О. Гріненко; д-р юрид. наук, проф. М. І. Іншин; канд. юрид. наук, доц. А. М. Ісаєв; канд. юрид. наук, проф. В. В. Колмаров; д-р юрид. наук, проф. Я. В. Лазур; канд. юрид. наук, доц. Л. В. Лейба; д-р юрид. наук, проф. В. Я. Настюк; д-р юрид. наук, проф. В. Л. Ортинський; д-р юрид. наук, проф. І. А. Тітко; д-р юрид. наук, проф. С. О. Харитонов; д-р юрид. наук, проф. В. М. Шевчук; д-р юрид. наук, проф. І. В. Яковюк; д-р юрид. наук, проф. О. М. Ярошенко

Іноземні члени редакційної колегії: д-р права, проф. В. Е. Батлер (США); д-р філософії, проф. Л. Груциньський (Польща); д-р юрид. наук, проф. Т. Давуліс (Литва); д-р права, проф. К.-Г. Кестнер (Німеччина); проф. Р. Дж. Лерена (Аргентина); д-р юрид. наук, проф. С. Матюльєне (Литва); д-р права, проф. М. Ф. Монте (Португалія); д-р права, проф. Д. Родрігес-Пінзон (США); д-р права, проф. Р. П. Хуртас-дель Пілар (Колумбія)

Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. А. П. Гетьман. – Харків : Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2023. – Вип. 160. – 304 с.

У збірнику вміщено наукові статті, присвячені актуальним проблемам правознавства: теорії й історії держави і права, державного будівництва, конституційного, цивільного, трудового, фінансового, господарського, адміністративного, митного, екологічного, кримінального, міжнародного права, кримінального й цивільного процесів, криміналістики, питанням боротьби зі злочинністю.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів та всіх, хто цікавиться правовою тематикою.

Збірник наукових праць індексується в Google Scholar, у міжнародних реферативних базах даних «EBSCO Publisher» (США), «WorldCat» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Швеція), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Іспанія), «Index Copernicus International» (Польща), «Bielefeld Academic Search Engine» (Німеччина); має повнотекстові мережеві версії в Інтернеті на платформах Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського, «Наукова періодика України», «Central and Eastern European Online Library» (Німеччина), «Worldwide Scientific and Educational Library» (США), Республіканської Міжвузівської Електронної Бібліотеки (Казахстан) та ін. Наразі редколегія провадить роботу щодо входження збірника у Scopus та Web of Science.

Адреса редакційної колегії: Україна, 61024, Харків, вул. Пушкінська, 77
e-mail: problzakon@ukr.net

Використання опублікованих у збірнику матеріалів дозволяється за умови обов'язкового посилання на джерело інформації.

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2023

UDC 340(06)

Founder and publisher: Yaroslav Mudryi National Law University

Founded in 1976. Published 4 times per year

Language of edition: Ukrainian, English

Certificate of the printed mass medium state registration:

KB No. 21387-11187 IIP, 17.06.2015.

The collection of scientific papers is included to the category "B" of the List of Refereed Scientific Editions of Ukraine in the legal sciences (specialties 081, 082) – Order of the Ministry of Education and Science of Ukraine dated May 7, 2019, No. 612.

Recommended for publishing and distribution in Internet by the Academic Council of Yaroslav Mudryi National Law University, Protocol No. 7, 24.03.2023.

Editorial team: *Anatolii Getman* – Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Dmytro Luchenko* – Deputy Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Oleg Shynkarov* – Executive Editor, PhD in Law; *Yurii Barabash* – Dr. of Law, Prof.; *Yurii Bytiak* – Dr. of Law, Prof.; *Kostiantyn Gusarov* – Dr. of Law, Prof.; *Olena Hrinenko* – Dr. of Law, Prof.; *Mykola Inshyn* – Dr. of Law, Prof.; *Arsen Isaiev* – PhD in Law, Associate Prof.; *Viacheslav Komarov* – PhD in Law, Prof.; *Yaroslav Lazur* – Dr. of Law, Prof.; *Liudmyla Leiba* – PhD in Law, Associate Prof.; *Vasyl Nastiuk* – Dr. of Law, Prof.; *Volodymyr Ortynskyi* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Titko* – Dr. of Law, Prof.; *Sergiy Kharytonov* – Dr. of Law, Prof.; *Viktor Shevchuk* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Yakoviyk* – Dr. of Law, Prof.; *Oleh Yaroshenko* – Dr. of Law, Prof.

Foreign Members of the Editorial team: *William E. Butler* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Lukasz Gruszczynski* – PhD, Prof. (Poland); *Thomas Davulis* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Karl-Hermann Kestner* – Dr. of Law, Prof. (Germany); *Roberto Giordano Lerena* – Prof. (Argentina); *Sniehole Matiuliene* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Mario Ferreira Monte* – Dr. of Law, Prof. (Portugal); *Diego Rodriguez-Pinzon* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Rocio Peña Huertas del Pilar* – Dr. of Law, Prof. (Colombia)

Problems of legality : Collection of Scientific Works / Editor-in-chief Anatolii Getman. – Kharkiv : Yaroslav Mudryi National Law University, 2023. – Issue 160. – 304 p.

The collection contains research papers on topical issues of law: the theory and history of law, constitutional and state-building, civil, labor, fiscal, economic, administrative, customs, environmental, criminal, international law, criminal and civil procedure, criminology, the struggle with crime.

For researchers, professors, graduate students, students and anyone concerns with legal subject areas.

Collection of the scientific works is indexed in Google Scholar, international review databases «EBSCO Publisher» (USA), «WorldCat» (USA), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (USA), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Sweden), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Spain), «Index Copernicus International» (Poland), «Bielefeld Academic Search Engine» (Germany), has a full text net copys in the Internet on the platforms of V. I. Vernadsky National Library of Ukraine, «Scientific Periodicals of Ukraine», «Central and Eastern European Online Library» (Germany), Republican Interuniversity Electronic Library (Kazakhstan) et al. Currently, the Editorial team is working on the entry of the collection in Scopus and Web of Science.

Address of the Editorial team: 77 Pushkinska Str., 61024, Kharkiv, Ukraine
e-mail: problzakon@ukr.net

The use of materials indicated in the collection is allowed provided that the source of information is obligatory referred to.

ЗМІСТ

<i>Лялюк О. Ю.</i> Правове регулювання компетенції місцевого самоврядування в умовах воєнного стану в Україні	6
<i>Процюк І. В., Бойчук Д. С., Чижов Д. А.</i> Інтеграція України в Європейський соціальний простір: проблеми та перспективи	24
<i>Цувіна Т. А.</i> Неупередженість суду в цивільному судочинстві: практика Європейського суду з прав людини та вибрані кейси Верховного Суду	45
<i>Штефан А. С.</i> Об'єкт суміжних прав організації мовлення	66
<i>Коробцова Н. В.</i> Медичне сортування (TRIAGE): проблеми запровадження та законодавчі шляхи їх подолання.....	82
<i>Задихайло Д. Д., Савченко А. М.</i> Формування ринкових засад організації охорони здоров'я в Україні (господарсько-правовий аспект)	100
<i>Зайка Д. І.</i> До питання класифікації працівників ІТ-сфери	118
<i>Посторонко Є. В.</i> Особливості оподаткування доходів, отриманих від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період.....	135
<i>Георгієвський Ю. В., Спасенко В. О., Белікова М. І.</i> Особливості застосування інституту звільнення від відповідальності до адміністративних правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксованих в автоматичному режимі.....	152
<i>Яковюк І. В., Цвеліх М. П.</i> Енергетична безпека Європейського Союзу в умовах російської агресії проти України	170
<i>Ломака В. С.</i> Європеїзація правової культури: дослідницький нарис.....	192
<i>Карнаух Б. П.</i> Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності	212
<i>Маланчук І. І.</i> Правові рамки захисту українських біженців: порівняльне дослідження (англійською мовою)	230
<i>Прасетійо Д. Х., Прихатінах Т. Л., Сулістандарі.</i> Роль нотаріуса при посвідченні анульованого договору купівлі-продажу в судовому порядку (аналіз статей 15 та 16 Закону Індонезії «Про нотаріат») (англійською мовою)	249
<i>Руко, Сулістандарі, Бінторо Р. В.</i> Повноваження та обов'язки нотаріуса щодо процедури ліквідації товариства з обмеженою відповідальністю в Республіці Індонезія (англійською мовою)	266
<i>Сетоаджі Б., Сулістандарі, Кунарті С.</i> Дійсність передачі прав на землю на основі боргу із заставою земельного сертифікату за законодавством Індонезії (англійською мовою)	284

CONTENTS

<i>Lialiuk, O.Yu.</i> Legal Regulation of the Competence of Local Self-Government in the Conditions of War in Ukraine.....	6
<i>Protsyuk, I.V., Boichuk, D.S., & Chyzhov, D.A.</i> Ukraine's Integration into the European Social Space: Problems and Prospects	24
<i>Tsvina, T.A.</i> Judicial Impartiality in Civil Proceedings: Case Law of the European Court of Human Rights and Selected Cases of the Supreme Court.....	45
<i>Shtefan, A.S.</i> Object of Related Rights of Broadcasting Organizations.....	66
<i>Korobtsova, N.V.</i> Medical Sorting (TRIAGE): Implementation Problems and Legislative Ways to Overcome Them	82
<i>Zadykhailo, D.D., & Savchenko, A.M.</i> Formation of Market Foundations of Health Care Organization in Ukraine (Commercial Legal Aspect).....	100
<i>Zaika, D.I.</i> On the Issue of the Classification of IT Sphere Employees	118
<i>Postoronko, Ye.V.</i> Features of Taxation of Income Received from Performing an Independent Professional Activity in the War Period	135
<i>Georgiievskyyi, Iu.V., Spasenko, V.O., & Bielikova, M.I.</i> Peculiarities of Application of the Institution of Exemption from Liability to Administrative Offenses in the Field of Road Safety, Recorded Automatically	152
<i>Yakoviyk, I.V., & Tsvelikh, M.P.</i> Energy Security of the European Union in the Context of Russian Aggression Against Ukraine	170
<i>Lomaka, V.S.</i> Europeanization of Legal Culture: an Exploratory Essay.....	192
<i>Karnaikh, B.P.</i> Objective Side (Actus Reus) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity	212
<i>Malanchuk, I.I.</i> Legal Framework for the Protection of Ukrainian Refugees: a Comparative Study.....	230
<i>Prasetyo, D.H., Prihatinah, T.L., & Sulistyandari.</i> The Role of the Notary when Making a Canceled Purchase Agreement Deed in Court (Review of Articles 15 and 16 of the Indonesian Notary Law)	249
<i>Ruko, Sulistyandari, & Bintoro, R.W.</i> Authority and Responsibilities of a Notary Regarding the Liquidation Process of a Limited Liability Company in the Republic of Indonesia	266
<i>Setoaji, B., Sulistyandari, & Kunarti, S.</i> Validity of Land Rights Transfer Based on Debt with Collateral of Land Certificate under Indonesian Law.....	284

Правове регулювання компетенції місцевого самоврядування в умовах воєнного стану в Україні

Олексій Юрійович Лялюк*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: alyalyuk@ukr.net

Анотація

Статтю присвячено питанням компетенції місцевого самоврядування та його органів під час запровадження воєнного стану, аналізу внесених змін до законодавства у сфері місцевого самоврядування в напрямі перерозподілу повноважень у системі органів місцевого самоврядування, запровадження умов для «правомірного втручання» низки інших суб'єктів у процес здійснення органами місцевого самоврядування наданих їм повноважень. Предмет дослідження становлять суспільні відносини, пов'язані із забезпеченням подальшого гарантування діяльності місцевого самоврядування в умовах воєнного стану, непорушності його повноважень, недопущення свавілля чи узурпації повноважень місцевого самоврядування органами державної влади. Мета статті полягає в дослідженні функціонально-компетенційної сфери місцевого самоврядування в умовах воєнного стану та оцінки впливу на неї з боку органів державної влади. У статті застосовано системно-структурний і структурно-функціональний, формально-юридичний, прогностичний методи, метод узагальнення, а також прийоми аналізу та синтезу. Розглянуто чинне законодавство щодо чіткого закріплення умов здійснення органами місцевого самоврядування наданих їм повноважень, а також випадки, підстави та механізм, за яких органи державної влади можуть перебирати на себе повноваження місцевого самоврядування. Проаналізовано умови та підстави дострокового припинення повноважень органів місцевого самоврядування та обсягів здійснення повноважень місцевого самоврядування військовими адміністраціями. Досліджено законодавство щодо визначення моменту та підстав переходу самоврядних повноважень місцевого самоврядування до органів державної влади. Визначено, що вплив на систему місцевого самоврядування з боку органів державної влади має бути сумірним тим умовам, в яких на сьогодні перебуває держава. Сформульовано висновки, що в умовах воєнного стану діяльність місцевого самоврядування має відбуватись у чітко визначених законодавством правилах і не виходити за межі наданих їм повноважень. У разі порушення таких норм із боку держави має бути вжито відповідних адекватних заходів.

Ключові слова: місцеве самоврядування; компетенція місцевого самоврядування; військові адміністрації; повноваження органів місцевого самоврядування.

Legal Regulation of the Competence of Local Self-Government in the Conditions of War in Ukraine

Oleksii Yu. Lialiuk*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: alyalyuk@ukr.net

Abstract

The article is devoted to the issues of competence of local self-government and its bodies during the introduction of martial law, and also to the analysis of amendments to the legislation in the field of local self-government aimed at redistribution of powers in the system of local self-government, and also to the introduction of conditions for "lawful interference" of a number of other entities in the process of exercising by local self-government bodies of their powers. The subject matter of the study is public relations related to ensuring further guarantee of local self-government activities under martial law, inviolability of its powers, and prevention of arbitrariness or usurpation of local self-government powers by public authorities. The purpose of the article is to study the functional and competence sphere of local self-government and to assess the impact on it by public authorities. The study applies systemic-structural and structural-functional, formal-legal, prognostic methods, the method of generalization, as well as the methods of analysis and synthesis. The author examines the current legislation with a view to clearly establishing the conditions for exercising the powers granted to local self-government bodies, as well as the cases, grounds and mechanism under which public authorities may take over the powers of local self-government. The author analyzes the conditions and grounds for early termination of powers of local self-government bodies and the scope of exercise of local self-government powers by military administrations. The legislation is studied to determine the moment and grounds for the transfer of self-governing powers of local self-government to state authorities. It is determined that the impact on the local self-government system by public authorities should be commensurate with the conditions in which the State is currently operating. The author concludes that under martial law, the activities of local self-government should be carried out in accordance with the rules clearly defined by law and should not go beyond the powers granted to them. In case of violation of such rules by the State, appropriate adequate measures should be taken.

Keywords: local self-government; competence of local self-government; military administrations; powers of local self-government bodies.

Вступ

Запровадження в Україні воєнного стану вплинуло на всі сфери суспільного життя. Не є винятком і система місцевого самоврядування, що становить окрему підсистему публічної влади в Україні й зазнала певної вимушеної стагнації в цей період, перерозподілу значної частини матеріально-

фінансових ресурсів на більш пріоритетні напрями розвитку місцевого господарства, призупинення процесів децентралізації влади, а також змін у системі правового регулювання організації і діяльності його органів та здійснення ними повноважень. Виступаючи окремим елементом публічної влади, система місцевого самоврядування в період дії воєнного стану здатна виконувати важливі функції, починаючи від організації жителів (членів територіальної громади) відповідної території для вирішення першочергових завдань із відновлення населених пунктів, і завершуючи забезпеченням постійності здійснення покладених на них повноважень щодо вирішення питань місцевого значення. Як окрема підсистема публічної влади місцеве самоврядування наділене самостійністю у вирішенні різних питань, що інколи призводить до виникнення діаметрально протилежних поглядів та неконтрольованості їх роботи. В умовах воєнного стану така неконтрольованість може стати перешкодою для ефективного управління місцевою територією.

Актуальність теми зумовлено тим, що за умов воєнного стану питання компетенції місцевого самоврядування та його органів набувають особливого значення і підходу до їх дослідження й аналізу. Воєнний стан викликав потребу зміни законодавства у сфері місцевого самоврядування в напрямі перерозподілу повноважень у системі органів місцевого самоврядування, запровадження умов для «правомірного втручання» низки інших суб'єктів у процес здійснення органами місцевого самоврядування наданих їм повноважень. Особливої ваги на сьогодні набуває забезпечення подальшого гарантування діяльності місцевого самоврядування, непорушності його повноважень, недопущення свавілля чи узурпації повноважень місцевого самоврядування органами державної влади. Вплив на систему місцевого самоврядування з боку органів державної влади має бути сумірним тим умовам, в яких нині перебуває держава. Саме тому законодавство має чітко закріплювати умови здійснення органами місцевого самоврядування наданих їм повноважень, а також випадки та підстави, за яких органи державної влади можуть перебирати на себе повноваження місцевого самоврядування. Надмірний вплив держави на місцеве самоврядування, корегування процесів прийняття рішень на місцевому рівні виключно в інтересах держави, без урахування думки жителів громади та обмеження функціонування місцевого самоврядування можуть стати суперечливими процесами в державі та мати негативні наслідки в майбутньому. Тому саме в таких умовах важливо дослідити функціонально-компетенційну сферу місцевого самоврядування й оцінити вплив на неї органів державної влади. Водночас, в умовах воєнного стану діяльність місцевого самоврядування має відбуватись у чітко визначе-

них законодавством нормах і не виходити за межі наданих їм повноважень. У разі порушення таких норм із боку держави мають бути вжиті відповідні адекватні заходи. Тому важливо запропонувати зрозумілі, чітко визначені правила діяльності органів місцевого самоврядування та органів державної влади в період дії умов воєнного стану.

Питанням компетенції місцевого самоврядування приділяли увагу такі науковці, як М. О. Баймуратов [1], В. Борденюк [2], Дж. Бреннер [3], Т. Гуржій [4], М. М. Компанієць [5], П. М. Любченко [6], А. С. Чиркін [7] та ін. Системний підхід до аналізу компетенції місцевого самоврядування простежується в роботі П. М. Любченка, однак це дослідження було проведене ще до реалізації реформи децентралізації влади в Україні [6]. Тому зараз актуалізуються дослідження питань компетенції з урахуванням особливого правового статусу, в якому перебуває Україна, – воєнного стану.

Метою цього дослідження є аналіз функціонально-компетенційної сфери місцевого самоврядування в умовах воєнного стану та оцінка впливу на неї з боку органів державної влади.

Досягнення мети дослідження передбачає вирішення кількох завдань: по-перше, дослідження останніх законодавчих змін, що відбулися після запровадження воєнного стану в Україні щодо компетенції органів місцевого самоврядування; по-друге визначення порядку припинення повноважень органів місцевого самоврядування в період дії воєнного стану; по-третє, встановлення моменту переходу повноважень від органів місцевого самоврядування до органів державної влади; по-четверте, визначення підстав та їх обґрунтованості для припинення повноважень органів місцевого самоврядування.

На підставі проведеного дослідження вбачається доречним сформулювати висновки і рекомендації стосовно вказаних вище основних завдань дослідження.

Матеріали та методи

Основною емпіричною базою для написання цієї статті стали норми чинних нормативно-правових актів, які визначають компетенцію місцевого самоврядування та механізм їх реалізації. Насамперед це норми законів України «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про правовий режим воєнного стану» та ін. Крім того, проаналізовано акти Президента України, прийняті ним у зв'язку з реалізацією положень Конституції та Закону України «Про правовий режим воєнного стану». Аналіз норм цих правових актів дозволив вирішити важливу практичну правову проблему – встановити порядок та механізм припинення повноважень ключових суб'єктів місцевого самоврядування – рад

та сільських, селищних, міських голів, а також порядок переходу їх повноважень до військових адміністрацій та обсяги таких повноважень.

У дослідженні застосовано загальнофілософські та загальнонаукові (загальнотеоретичні) методи дослідження. Розвиток та динаміка предметної компетенції місцевого самоврядування вимагає залучення методів діалектики, які дозволяють розглянути процеси її реалізації з точки зору розвитку. При цьому використовуються різні закони діалектики, що в сукупності дає змогу виявити слабкі сторони механізму реалізації повноважень органів місцевого самоврядування в умовах воєнного стану. За допомогою синергетичного підходу показано окремі аспекти взаємовідносин військових адміністрацій та органів місцевого самоврядування, які належать до різних підсистем органів публічної влади та вибудовують взаємовідносини на основі методів координації-взаємодії.

Серед загальнонаукових методів, які використовувались у роботі, є системно-структурний і структурно-функціональний. Вони дозволили виокремити повноваження різних суб'єктів місцевого самоврядування, показати підстави та умови їх здійснення органами державної влади. Формально-юридичний метод використовувався для формулювання авторських підходів та висновків. За допомогою методів аналізу та синтезу, а також методу логічного аналізу здійснено аналіз законодавства, яке закріплює компетенцію органів місцевого самоврядування під час дії воєнного стану. Використання методу узагальнення шляхом встановлення загальних властивостей і ознак предметів дозволило зробити висновки щодо проблем реалізації цих повноважень. Прогностичний метод використано при формулюванні висновків статті та узагальненні різноманітних даних опрацьованих матеріалів і законодавства, визначенні мети дослідження, якою є аналіз положень законодавства про місцеве самоврядування, що стосується компетенції органів місцевого самоврядування під час дії воєнного стану, порядку формування компетенції місцевого самоврядування, а також підстав та моменту припинення здійснення повноважень органами місцевого самоврядування різного територіального рівня. Використання широкої методологічної бази під час досягнення мети статті робить її положення повними та обґрунтованими.

Результати та обговорення

Аналіз правового регулювання

Відповідно до п. 2 Указу Президента України № 64/22, органам місцевого самоврядування наказано запроваджувати та здійснювати передбачені

в Законі України «Про правовий режим воєнного стану» заходи і повноваження, необхідні для забезпечення оборони України, захисту безпеки населення та інтересів держави [8].

Реалізація норм Закону України «Про правовий режим воєнного стану» передбачає створення на відповідних територіях військових адміністрацій [9]. Згідно зі ст. 4 вказаного Закону на територіях, на яких введено воєнний стан, для забезпечення дії Конституції та законів України, забезпечення разом із військовим командуванням запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану, оборони, цивільного захисту, громадського порядку та безпеки, охорони прав, свобод і законних інтересів громадян можуть утворюватися тимчасові державні органи – військові адміністрації. З цього положення можна зробити висновок, що формування військових адміністрацій є правом, а не обов'язком компетентних органів влади. Тому саме від рішення щодо створення військової адміністрації залежатиме зміна моделі управління відповідною територією.

Створення таких адміністрацій у деяких випадках закон пов'язує з припиненням повноважень відповідними органами місцевого самоврядування, які діють на цих територіях. У зв'язку з цим важливим є чітке встановлення підстав для дострокового припинення повноважень суб'єктів місцевого самоврядування у разі створення військових адміністрацій, а також моменту переходу повноважень місцевого самоврядування до військових адміністрацій. Питання дострокового припинення повноважень органами місцевого самоврядування регламентуються Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» [10]. Цей Закон містить як загальні, так і спеціальні підстави для дострокового припинення повноважень. До останніх, на наш погляд, слід віднести саме ті підстави, що передбачені в законах України «Про військово-цивільні адміністрації» [11], «Про правовий режим воєнного стану» [9].

Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» у статтях 78 та 79 закріплює положення щодо відповідальності місцевих рад та сільських селищних, міських голів, відповідно [10]. Указані норми Закону серед підстав для дострокового припинення повноважень органів місцевого самоврядування містять повноваження, передбачені в Законі України «Про правовий режим воєнного стану» [9].

Частина 5 ст. 78 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» вказує, що повноваження сільської, селищної, міської, районної в місті, районної, обласної ради за наявності підстав, передбачених п. 3 ч. 1 цієї статті, достроково припиняються з дня набрання чинності актом Президента

України про утворення відповідної військово-цивільної, військової адміністрації [10].

Пункт 3 ч. 1 ст. 78 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» закріплює, що повноваження сільської, селищної, міської, районної в місті, районної, обласної ради можуть бути достроково припинені у випадках, передбачених Законом України «Про правовий режим воєнного стану».

Особливості дострокового припинення повноважень сільських, селищних, міських голів

Аналогічні вимоги щодо дострокового припинення повноважень сформульовані у ст. 79 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» відносно сільських, селищних, міських голів. У п. 3¹ ч. 11 ст. 79 цього Закону зазначається, що повноваження сільського, селищного, міського голови припиняються достроково, а відповідна особа звільняється з посади з підстав, зазначених в абзаці другому частини другої цієї статті, – з дня набрання чинності актом Президента України про утворення відповідної військово-цивільної, військової адміністрації населеного пункту (населених пунктів). У свою чергу, абз. 2 ч. 2 ст. 79 вказаного Закону закріплює, що повноваження сільського, селищного, міського голови можуть бути достроково припинені також у випадках, передбачених законами України «Про військово-цивільні адміністрації», «Про правовий режим воєнного стану». Випадкам, про які зазначається в абз. 2 ч. 2 ст. 79, у Законі України «Про правовий режим воєнного стану» присвячена ч. 3 ст. 4. Ця норма комплексно перераховує всі органи місцевого самоврядування базового рівня (сільські, селищні, міські ради та/або їхні виконавчі органи), а також сільських, селищних, міських голів як головних посадових осіб територіальної громади, якими вони визначені у ч. 1 ст. 12 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». При цьому ключовою підставою для припинення повноважень як місцевих рад, так і сільських, селищних, міських голів вказано «нездійснення покладених на них Конституцією та законами України повноважень». Водночас ця норма не містить вичерпного переліку таких підстав і вказує, що такими підставами можуть бути й інші випадки, передбачені цим Законом. Невичерпний характер ч. 3 ст. 4 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» спонукає до пошуку додаткових підстав припинення повноважень органів місцевого самоврядування.

Одним із таких випадків, на наш погляд, слід вважати ч. 6 ст. 9 Закону України «Про правовий режим воєнного стану», згідно з якою у разі наявності фактів порушення сільським, селищним, міським головою відповідної територіальної громади під час реалізації повноважень, передбачених ч. 4 і ч. 5

цієї статті, Конституції чи законів України начальник обласної військової адміністрації за погодженням з Генеральним штабом Збройних Сил України порушує перед Президентом України питання про утворення військової адміністрації населеного пункту (населених пунктів).

Окрему увагу слід звернути на той факт, що навіть у разі, якщо військова адміністрація в населеному пункті не сформована, закон суттєво обмежує повноваження сільського, селищного, міського голови. Про це свідчать положення ч. 4 ст. 9 Закону, згідно з якими у період дії воєнного стану сільський, селищний, міський голова територіальної громади, на території якої не ведуться бойові дії та не прийнято рішення про утворення військової адміністрації населеного пункту (населених пунктів), виключно для здійснення заходів правового режиму воєнного стану може прийняти рішення, з обов'язковим інформуванням начальника відповідної обласної військової адміністрації протягом 24 годин, щодо: 1) звільнення земельних ділянок комунальної власності від незаконно розміщених тимчасових споруд, у тому числі тих, що були встановлені, але не введені в експлуатацію у встановленому законодавством порядку; 2) обстеження будівель і споруд, пошкоджених внаслідок бойових дій. Обстеження будівель і споруд, пошкоджених внаслідок бойових дій, здійснюється відповідно до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» [12]; 3) демонтажу будівель і споруд, які за результатами обстеження, визначеного п. 2 цієї частини, визнані аварійно небезпечними і такими, що становлять загрозу життю людей (крім об'єктів оборонного і спеціального призначення, об'єктів культурної спадщини та об'єктів, на які поширюється дія Закону України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» [13]). Запровадження механізму інформування робить сільських, селищних, міських голів підзвітними перед органами державної влади, що здійснюють функції військового управління з питань відання місцевого самоврядування.

Окремі вимоги до здійснення повноважень сільських, селищних, міських голів містить також ч. 5 ст. 9 Закону України «Про правовий режим воєнного стану». Згідно з положеннями цієї норми у період дії воєнного стану сільський, селищний, міський голова територіальної громади, на території якої не ведуться бойові дії та не прийнято рішення про утворення військової адміністрації населеного пункту (населених пунктів), виключно для здійснення заходів правового режиму воєнного стану може прийняти рішення щодо: 1) передачі коштів з відповідного місцевого бюджету на потреби Збройних Сил України та/або для забезпечення заходів правового режиму воєнного стану; 2) створення установ з надання безоплатної первинної правової допомоги, призначення на посади і звільнення з посад керівників

таких установ, залучення фізичних чи юридичних осіб приватного права до надання безоплатної первинної правової допомоги; 3) боротьби зі стихійним лихом, епідеміями, епізоотіями; 4) поводження з небезпечними відходами. Вказаними положеннями фактично розширені повноваження сільських, селищних, міських голів за рахунок низки повноважень сільських, селищних, міських рад. З одного боку, це дозволяє пришвидшити процес прийняття рішень з указаних питань шляхом уникнення необхідності організації та проведення сесії місцевої ради, а з іншого – є проявом звуження демократизму на місцевому рівні.

Підстави дострокового припинення повноважень районними, обласними радами

Для обласних та районних рад підстави для дострокового припинення повноважень вказані у ч. 3 ст. 10 Закону України «Про правовий режим воєнного стану». У цій нормі зазначаються три підстави: 1) у разі тимчасової окупації або 2) оточення адміністративного центру області, або 3) у разі прийняття Верховною Радою України за поданням Президента України відповідного рішення. При цьому лише дві з них: 1) у разі тимчасової окупації або 2) оточення адміністративного центру області, реалізуються з дня набрання чинності актом Президента України, тобто його указу.

Третя підстава припинення повноважень обласної, районної ради пов'язана з прийняттям окремого рішення Верховної Ради України про нездійснення такою радою своїх повноважень та про їх передачу відповідній військовій адміністрації.

Отже, моментом припинення повноважень обласної, районної ради з окремих підстав, визначених у Законі України «Про правовий режим воєнного стану», може бути не лише видання Указу Президента України, а й прийняття відповідного рішення Верховною Радою України.

Це системно підтверджують також положення ч. 3 ст. 15 Закону України «Про правовий режим воєнного стану», згідно з якими районна, обласна військові адміністрації здійснюють на відповідній території повноваження, віднесені до їхньої компетенції цим Законом, а також у разі прийняття Верховною Радою України за поданням Президента України рішення, передбаченого ч. 3 ст. 10 цього Закону, або у разі тимчасової окупації або оточення адміністративного центру області. З положень цієї норми випливає, що створення військової адміністрації наділяє її низкою повноважень, визначених у Законі, зокрема у ст. 8, але це не всі повноваження. Окремий перелік повноважень продовжують виконувати відповідні обласні та районні ради. До цього переліку слід віднести: 1) складання та затвер-

дження відповідно районних, обласних бюджетів, внесення змін до них, затвердження звітів про їх виконання; розподілу переданих з державного бюджету коштів у вигляді дотацій, субвенцій відповідно між районними бюджетами, місцевими бюджетами міст обласного значення, сіл, селищ, міст районного значення; 2) здійснення управління об'єктами спільної власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах, що перебувають в управлінні районних і обласних рад (крім вирішення питань відчуження, у тому числі шляхом приватизації, таких об'єктів); призначення і звільнення їх керівників; 3) вирішення відповідно до закону питань регулювання земельних відносин (крім вирішення питань відчуження з комунальної власності земельних ділянок); 4) вирішення згідно із законом питань про надання дозволу на спеціальне використання природних ресурсів відповідно районного, обласного значення, а також про скасування такого дозволу; 5) встановлення правил користування водозабірними спорудами, призначеними для задоволення питних, побутових та інших потреб населення, зон санітарної охорони джерел водопостачання, обмеження або заборони використання підприємствами питної води у промислових цілях; 6) прийняття у межах, визначених законом, рішень з питань захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій, ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, боротьби зі стихійним лихом, епідеміями, епізоотіями; 7) встановлення посиленої охорони об'єктів критичної інфраструктури та об'єктів, які забезпечують життєдіяльність населення; 8) прийняття рішень про звернення до суду щодо визнання незаконними актів місцевих органів виконавчої влади, підприємств, установ та організацій, які обмежують права територіальних громад у сфері їх спільних інтересів; 9) заслуховування інформації прокурорів та керівників органів Національної поліції про стан законності, боротьби зі злочинністю, охорони громадської безпеки і порядку та результати діяльності на відповідній території; 10) встановлення у порядку та межах, визначених законодавством, тарифів на житлово-комунальні послуги; 11) прийняття рішень про заборону торгівлі зброєю, сильнодіючими хімічними і отруйними речовинами, а також алкогольними напоями та речовинами, виробленими на спиртовій основі; 12) забезпечення в умовах воєнного стану реалізації державних гарантій, визначених законами України.

Щодо наведеного вище переліку повноважень, то лише прийняття відповідного рішення Верховною Радою України про нездійснення районними та обласними радами вказаних повноважень та їх передачу військовим адміністраціям є підставою для того, щоб ці ради достроково припинили повноваження.

Особливості припинення повноважень сільських, селищних, міських рад

Дещо іншою є ситуація з припинення повноважень представницькими органами місцевого самоврядування (радами) в населених пунктах (територіях територіальних громад). Підставою для припинення повноважень рад населених пунктів, у контексті п. 3 ч. 1 ст. 78 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», будуть підстави, передбачені в ч. 3 ст. 4 Закону України «Про правовий режим воєнного стану». Частина 3 ст. 4 вказаного Закону закріплює, що військові адміністрації населених пунктів утворюються в межах територій територіальних громад, у яких сільські, селищні, міські ради та/або їхні виконавчі органи, та/або сільські, селищні, міські голови не здійснюють покладені на них Конституцією та законами України повноваження, а також в інших випадках, передбачених цим Законом. Частина 2 ст. 4 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» закріплює, що рішення про утворення військових адміністрацій приймається Президентом України за поданням обласних державних адміністрацій або військового командування.

Отже, у цьому випадку передбачена єдина підстава для утворення військових адміністрацій населених пунктів – нездійснення покладених на них Конституцією та законами України повноважень. При цьому відповідні рішення щодо утворення військових адміністрацій та припинення повноважень органів місцевого самоврядування приймає Президент за поданням обласних державних адміністрацій або військового командування. Таке рішення приймається у формі указу. Це цілком узгоджується з ч. 5 ст. 78 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», яка закріплює, що повноваження сільської, селищної, міської, районної в місті, районної, обласної ради за наявності підстав, передбачених п. 3 ч. 1 цієї статті, достроково припиняються з дня набрання чинності актом Президента України про утворення відповідної військово-цивільної, військової адміністрації.

Слід звернути увагу, що така підстава, як «нездійснення покладених на них Конституцією та законами України повноважень» є оціночною категорією і оцінюється та встановлюється суб'єктом установчої діяльності під час прийняття відповідного рішення (у цьому разі Президентом України при виданні ним указу про створення військової адміністрації). Отже, формування військових адміністрацій населених пунктів не є обов'язком Президента, це його право, під час реалізації якого він сам оцінює факти невиконання сільськими, селищними, міськими радами покладених на них повноважень.

На наш погляд, прикладами нездійснення покладених на місцеву раду повноважень може бути непроведення радою сесій без поважних причин

у визначені законом строки, або збирання на сесію, але неможливість організувати прийняття на ній необхідних рішень. У цілому ж, виключні повноваження сільської, селищної, міської ради закріплені в ст. 26, а районної та обласної – у ст. 43 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». Крім того, низка повноважень місцевих рад галузевого характеру містяться в інших законах України, наприклад, природоресурсному законодавстві, законодавстві у сфері освіти, охорони здоров'я, культури, спорту тощо. Тож, ігнорування місцевою радою реалізації будь-яких із цих повноважень, коли законодавство вимагає необхідності ухвалення нею відповідного рішення, може розглядатись як їх нездійснення з настанням негативних наслідків для ради. Слід звернути увагу, що законодавство не вимагає констатації фактів бездіяльності місцевої ради рішеннями органів судової влади, хоча наявність таких рішень можна вважати додатковим підтвердженням фактів бездіяльності ради та способом обґрунтування доцільності прийняття рішення Президентом України.

Для сільського, селищного, міського голови прикладом нездійснення повноважень може бути відмова від скликання сесії ради, організації її роботи, або ігнорування здійснення ним своїх повноважень, визначених у ст. 42 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». Саме сільський, селищний, міський голова згідно з ч. 3 ст. 12 цього Закону очолює виконавчий комітет відповідної сільської, селищної, міської ради, головує на її засіданнях. Тому бездіяльність голови щодо організації роботи сільської, селищної, міської ради може вважатися нездійсненням ним своїх повноважень.

Відповідно до ч. 2 ст. 10 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» у разі утворення військової адміністрації населеного пункту (населених пунктів) Верховна Рада України за поданням Президента України може прийняти рішення про те, що у період дії воєнного стану та 30 днів після його припинення чи скасування військова адміністрація наділяється додатковими повноваженнями, перелік яких чітко встановлений у законі.

Проблеми паралельного функціонування органів місцевого самоврядування та військової адміністрації столиці України

Окремі проблеми правового регулювання щодо паралельного функціонування військової адміністрації та органів місцевого самоврядування виникають у столиці України – місті Києві. На наш погляд, створення Указом Президента України № 68/2022 Київської міської військової адміністрації [14] та продовження при цьому функціонування Київської міської ради є суперечливим питанням, яке має не так правове, як політичне забарвлення. Згідно з ч. 3 ст. 133 Конституції України міста Київ

та Севастополь мають спеціальний статус, який визначається законами України [15]. На розвиток цієї конституційної норми Закон України «Про столицю України – місто-герой Київ» закріпив, що місто Київ як столиця України має спеціальний статус [16]. При цьому Київ закріплюється як адміністративно-територіальна одиниця у статусі міста, що свідчить про його належність не до регіонального рівня територіальної організації влади, а до системи населених пунктів. При цьому Закон України «Про правовий режим воєнного стану» не називає місто Київ як окрему адміністративно-територіальну одиницю поряд з областями та районами. Тому, на наш погляд, військова адміністрація у місті Києві може бути утворена лише як військова адміністрація населеного пункту, тобто з підстав нездійснення Київською міською радою та/або виконавчим органом Київської міської ради (Київською міською державною адміністрацією) покладених на них Конституцією та законами України повноважень, що тягне за собою обов'язкове дострокове припинення повноважень цими суб'єктами місцевого самоврядування. Питання паралельного функціонування військових адміністрацій та органів місцевого самоврядування в м. Києві потребують додаткової правової регламентації та прямого закріплення в законодавстві такої можливості.

Проблеми паралельного функціонування органів місцевих рад та військових адміністрацій на районному та обласному рівнях

В умовах формування військових адміністрацій у всіх областях та районах України особливої ваги набуває питання правового статусу районних, обласних рад, які продовжують здійснювати повноваження паралельно з військовими адміністраціями.

На сьогодні, коли створені військові адміністрації на рівні областей та районів, обласні та районні ради продовжують виконувати надані їм повноваження. Інколи це весь перелік повноважень, що закріплені у ст. 43 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», хоча це мають бути лише найважливіші повноваження, перелік яких зазначений у Законі України «Про правовий режим воєнного стану».

Ці повноваження закріплено у ч. 3 ст. 15 Закону України «Про правовий режим воєнного стану». Згідно з цією нормою, районна, обласна військові адміністрації здійснюють на відповідній території повноваження, віднесені до їхньої компетенції цим Законом, а також у разі прийняття Верховною Радою України за поданням Президента України рішення, передбаченого ч. 3 ст. 10 зазначеного Закону, низку додаткових повноважень, які вже були перераховані в цьому дослідженні.

Отже, якщо не прийнято відповідне рішення Верховною Радою України за поданням Президента України, то вищевказані найважливіші питання життєдіяльності території області або району вирішують обласні або районні ради. На наш погляд, це може призводити до виникнення конфліктів між військовими адміністраціями та обласними чи районними радами в процесі здійснення повноважень.

Проблеми взаємовідносин сільських, селищних, міських голів та рад при здійсненні повноважень

Окремої уваги потребують положення закону, які дають можливість сільському, селищному, міському голові здійснювати низку повноважень ради. Так, у ч. 8 ст. 9 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» визначено, що договори, укладені під час дії воєнного стану сільським, селищним, міським головою від імені ради з питань, визначених ч. 4 і ч. 5 цієї статті (якщо вони належать до виключної компетенції сільської, селищної, міської ради), не потребують затвердження відповідною сільською, селищною, міською радою, якщо строк дії таких договорів не перевищує один рік з дня припинення чи скасування воєнного стану. Проте закон не вказує, чи функціонує відповідна рада в той час, коли голова приймає такі рішення, чи прийнято рішення про дострокове припинення повноважень ради. Така правова невизначеність може призводити на практиці до зловживань із боку сільських, селищних, міських голів. Таке переобрання на себе виключних повноважень ради головою порушує принципи організації системи місцевого самоврядування та функціонального розмежування повноважень. За загальним правилом виключні повноваження – це повноваження, закріплені нормами муніципального права за конкретним суб'єктом місцевого самоврядування, і не можуть бути передані чи делеговані іншим органам чи посадовим особам [17, с. 384]. Ті повноваження, що закріплені за місцевими радами і містяться у ст. 26 та ст. 43 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», є виключними повноваженнями місцевих рад і підлягають розгляду тільки на їх пленарних засіданнях. Саме ці повноваження виводять місцеві ради на особливе місце в системі місцевого самоврядування, роблять їх єдиними представницькими органами, які здатні вирішувати найважливіші питання життєдіяльності територіальної громади. На наш погляд, за умов існування місцевої ради та відсутності відповідного рішення про дострокове припинення її повноважень, навіть в умовах воєнного стану, такі повноваження має здійснювати сама рада самостійно.

На сьогодні законодавець не врегулював питання щодо функціонування територіальних громад у різному правовому статусі в умовах воєнного

стану. Зокрема, прийнятий Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про правовий режим воєнного стану» щодо функціонування державної служби та місцевого самоврядування у період дії воєнного стану» не містить положень, що вказували б на відмінності територіальних громад, що функціонують у зоні бойових дій чи під окупацією та тих, де бойові дії не ведуться [18]. Це має визначальне значення при встановленні можливості реалізації повноважень органів місцевого самоврядування.

Висновки

Проведено детальний аналіз чинного законодавства, що урегульовує компетенцію органів місцевого самоврядування в період дії воєнного стану в Україні.

Визначено порядок припинення повноважень органів місцевого самоврядування в період дії воєнного стану, за якого сільські, селищні, міські ради та голови припиняють повноваження з моменту запровадження військової адміністрації населеного пункту, а для припинення низки окремих, чітко визначених у законодавстві повноважень обласних та районних рад має бути рішення Верховної Ради України, яке дозволяє цим органам функціонувати і після запровадження на території їх юрисдикції військових адміністрацій. Це дало можливість розглянути особливості спільного функціонування військових адміністрацій та представницьких органів місцевого самоврядування на обласному та районному рівнях. При цьому акцентовано увагу на колізійності (правовій невизначеності) щодо функціонування органів місцевого самоврядування в м. Києві в умовах воєнного стану.

Установлено момент переходу повноважень від органів місцевого самоврядування до органів державної влади, за якого для одних органів місцевого самоврядування – сільських, селищних, міських рад та голів перехід усіх повноважень відбувається з моменту запровадження військової адміністрації населеного пункту указом Президента України, а для обласних і районних рад моментом переходу усіх повноважень буде акт Парламенту.

Наведено підстави для припинення повноважень органів місцевого самоврядування та зроблено висновок про їх оціночний характер та повну залежність факту їх констатації від суб'єкта влади, який приймає рішення про утворення військових адміністрацій. У зв'язку з цим підкреслено, що в умовах воєнного стану діяльність органів місцевого самоврядування має відбуватись у чітко визначених законодавством нормах і не виходити за межі наданих їм повноважень. Важливо зберегти засади демократизму й гарантування місцевого самоврядування, загальні принципи його організації та здійснення.

Рекомендації

Стаття може бути використана для вдосконалення законодавства, що регламентує діяльність органів місцевого самоврядування в умовах воєнного стану, а також у навчальній та науковій діяльності.

Список використаних джерел

- [1] Баймуратов М. Децентралізація та компетенція місцевого самоврядування в Україні. *Віче*. 2015. № 12. URL: <https://veche.kiev.ua/journal/4777/> (дата звернення: 20.01.2023).
- [2] Борденюк В. Деякі проблеми законодавчого визначення компетенції органів місцевого самоврядування в Україні. *Вісник Української академії державного управління*. 1997. № 1. С. 119–129.
- [3] Brenner J. Some ideas for a post-war recovery of Ukrainian cities. *Urban Research and Practice*. 2022. (IF 2.136). <https://doi.org/10.1080/17535069.2022.2097646>.
- [4] Gurzhii T., Gurzhii A., & Jakuszewicz A. Public law and administration under conditions of hybrid warfare (The experience of Ukraine). *Comparative Law Review*. 2021. Vol. 27. P. 195–218. <https://doi.org/10.12775/CLR.2021.007>.
- [5] Компанієць М. М. Компетенція органів місцевого самоврядування у організації та здійсненні безоплатної юридичної допомоги. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 2. С. 85–91. <https://doi.org/10.36695/2219-5521.2.2019.14>.
- [6] Любченко П. М. Компетенція суб'єктів місцевого самоврядування. Харків : Модель Всесвіту, 2001. 221 с.
- [7] Чиркін А. С. Компетенція органів місцевого самоврядування Польщі, Чехії та Угорщини. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2016. Вип. 31. С. 227–241.
- [8] Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 64/22. *Офіційний вісник України*. 2022. № 46. С. 16.
- [9] Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 р. № 389-VIII. *Офіційний вісник України*. 2015. № 46. С. 13.
- [10] Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.
- [11] Про військово-цивільні адміністрації : Закон України від 03.02.2015 р. № 141-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 13. Ст. 87.
- [12] Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 34. Ст. 343.
- [13] Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку : Закон України від 08.02.1995 р. № 39/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 12. Ст. 81.
- [14] Про утворення військових адміністрацій : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 68/22. *Офіційний вісник України*. 2022. № 46. С. 18.
- [15] Конституція України : офіц. текст від 28.06.1996. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
- [16] Про столицю України – місто-герой Київ : Закон України від 15.01.1999 р. № 401-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 11. Ст. 79.
- [17] Любченко П. М. Муніципальне право України : навч. посіб. Харків : ФІНН, 2012. 496 с.

- [18] Про внесення змін до Закону України «Про правовий режим воєнного стану» щодо функціонування державної служби та місцевого самоврядування у період дії воєнного стану»: Закон України від 12.05.2022 р. № 2259-IX. *Офіційний вісник України*. 2022. № 42. С. 70.

References

- [1] Baimuratov, M. (2015). Decentralization and competence of local self-government in Ukraine. *Viche*, 12. Retrieved from <https://veche.kiev.ua/journal/4777/>.
- [2] Bordeniuk, V. (1997). Some problems of legislative definition of the competence of local governments in Ukraine. *Bulletin of the Ukrainian Academy of Public Administration*, 1, 119-129.
- [3] Brenner, J. (2022). Some ideas for a post-war recovery of Ukrainian cities. *Urban Research and Practice*, (IF 2.136). <https://doi.org/10.1080/17535069.2022.2097646>.
- [4] Gurzhii, T., Gurzhii, A., & Jakuszewicz, A. (2021). Public law and administration under conditions of hybrid warfare (The experience of Ukraine). *Comparative Law Review*, 27, 195-218. <https://doi.org/10.12775/CLR.2021.007>.
- [5] Kompaniiets, M.M. (2019). Competence of local governments in organizing and providing free legal aid. *Journal of Kyiv University of Law*, 2, 85-91. <https://doi.org/10.36695/2219-5521.2.2019.14>.
- [6] Liubchenko, P.M. (2001). *Competence of local self-government entities*. Kharkiv: Model of the Universe.
- [7] Chyrkin, A.S. (2016). The competence of local self-government bodies in Poland, the Czech Republic and Hungary. *State Building and Local Self-Government*, 31, 227-241.
- [8] Decree of the President of Ukraine No. 64/2022 "On the introduction of martial law in Ukraine". (2022, February). *Official Gazette of Ukraine*, 46, 16.
- [9] Law of Ukraine No. 389-VIII "On the legal regime of martial law". (2015, May). *Official Gazette of Ukraine*, 46, 13.
- [10] Law of Ukraine No. 280/97-VR "On local self-government in Ukraine". (1997, May). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 244, 170.
- [11] Law of Ukraine No. 141-VIII "About civil-military administrations". (2015, February). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 1, 87.
- [12] Law of Ukraine No. 3038-VI "On the regulation of urban development activities". (2011, February). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 34, 343.
- [13] Law of Ukraine No. 39/95-VR "On the use of nuclear energy and radiation safety". (1995, February). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 12, 81.
- [14] Decree of the President of Ukraine No. 68/2022 "On the establishment of military administrations". (2022, February). *Official Gazette of Ukraine*, 46, 18.
- [15] Constitution of Ukraine. (1996, June). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 30, 141.
- [16] Law of Ukraine No. 3038-VI "About the capital of Ukraine – the heroic city of Kyiv". (1999, January). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 11, 79.
- [17] Liubchenko, P.M. (2012). *Munitsypalne pravo Ukrainy*. Kharkiv: FINN.
- [18] Law of Ukraine No. 2259-IX "On Amendments to the Law of Ukraine "On the Legal Regime of Martial Law" Regarding the Functioning of the Civil Service and Local Self-Government during the Period of Martial Law". (2022, May). *Official Gazette of Ukraine*, 42, 70.

Олексій Юрійович Лялюк

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри державного будівництва
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: alyalyuk@ukr.net
ORCID 0000-0003-1214-0580

Oleksii Yu. Lialiuk

PhD in law, Associate Professor, Associate Professor of State Building Department
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: alyalyuk@ukr.net
ORCID 0000-0003-1214-0580

Рекомендоване цитування: Лялюк О. Ю. Правове регулювання компетенції місцевого самоврядування в умовах воєнного стану в Україні. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 6–23. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273170>.

Suggested Citation: Lialiuk, O.Yu. (2023). Legal Regulation of the Competence of Local Self-Government in the Conditions of War in Ukraine. *Problems of Legality*, 160, 6-23. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273170>.

Статтю подано / Submitted: 31.01.2023

Доопрацьовано / Revised: 07.02.2023

Схвалено до друку / Accepted: 20.02.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Інтеграція України в Європейський соціальний простір: проблеми та перспективи

Ігор Валерійович Процюк*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: i.v.protsyuk@nlu.edu.ua

Дмитро Сергійович Бойчук

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

Денис Анатолійович Чижов

Національна академія внутрішніх справ,
Київ, Україна

Анотація

Статтю присвячено аналізу сутності й призначення соціальної держави як держави загального благополуччя, що виступає одним із ключових аспектів сприйняття держави, заснованої на принципі верховенства права (правової держави). Предмет дослідження становлять такі категорії правознавства: соціальна правова держава, Європейська соціальна модель, Європейський соціальний простір, соціальна політика держави. Мета статті полягає у розгляді основних ознак соціальної держави як моделі ідеальної держави, соціальної політики держави, Європейської соціальної моделі, вітчизняних досягнень, проблем та наданні пропозицій для якнайшвидшого входження України до Європейського соціального простору. У дослідженні застосовано діалектичний, системний, структурно-функціональний, логічний, історичний, порівняльно-правовий, теоретичного моделювання та інші традиційні для юриспруденції методи. Досліджено окремі аспекти розвитку соціальної державності в Україні, а саме діяльність такої інституції громадянського суспільства, як волонтерський рух і його вплив на формування такої держави, а також здійснення соціальної функції держави щодо осіб з інвалідністю. Розглянуто досвід Європейського Союзу у сферах соціального захисту і забезпечення екологічних прав людини. Визначено необхідність подальшої адаптації основних засад у царині соціального спрямування нашої держави до Європейського соціального простору. На підставі проведеного дослідження сформульовано висновки: соціальна держава знаменує певний історичний етап розвитку концепції демократичної, правової держави; функціонування такої держави, на сучасному етапі розвитку суспільства, можливе за наявності відповідної моделі соціальної ринкової економіки, яка забезпечує стабільність сучасного суспільства і його сталій розвиток; удосконалення правових засад діяльності соціальної держави на сучасному етапі має відбуватися з ураху-

ванням тенденції на «озеленення» демократичної, правової держави, а також формування Європейської соціальної моделі та інтеграції до Європейського соціального простору; в межах соціальної сфери такої держави має гарантуватися здійснення закріплених на конституційному рівні соціально-економічних та екологічних прав. Надано рекомендації щодо запозичення досвіду європейських країн у розбудові соціальної держави в Україні, забезпечення прав вразливих категорій українських громадян, поряд з органами державної влади і органами місцевого самоврядування, також інститутами громадянського суспільства.

Ключові слова: соціальна держава; Європейський соціальний простір; Європейська соціальна модель; соціальні права; особи з інвалідністю; волонтери; Україна; ЄС.

Ukraine's Integration into the European Social Space: Problems and Prospects

Ihor V. Protsyuk*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

e-mail: i.v.protsyuk@nlu.edu.ua

Dmytro S. Boichuk

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

Denys A. Chyzhov

National Academy of Internal Affairs, Kyiv, Ukraine

Abstract

The article is devoted to the analysis of the essence and purpose of the social state, as a state of general well-being, which is one of the key aspects of the perception of the state based on the principle of the rule of law (rule of law). The subject of the research is the following categories of jurisprudence: social legal state, European social model, European social space, social policy of the state. The purpose of the article is to analyze the main features of the social state as a model of the ideal state, the social policy of the state, the European social model, domestic achievements, problems and providing proposals for the fastest entry of Ukraine into the European social space. The research uses dialectical, systemic, structural-functional, logical, historical, comparative-legal, theoretical modeling and other methods traditional for jurisprudence. Some aspects of the development of social statehood in Ukraine are studied, namely the activity of such an institution of civil society as the volunteer movement and its influence on the formation of such a state, as well as the implementation of the social function of the state in relation to persons with disabilities. The experience of the European Union in the spheres of social protection and environmental human rights is considered. The need for further adaptation of the main foundations of the country's social direction of our state to the European social space has been identified. Based on the conducted research, the following conclusions were formulated: the welfare state marks a certain historical stage in the development of the concept of a democratic,

legal state; the functioning of such a state, at the current stage of society's development, is possible in the presence of an appropriate model of the social market economy, which ensures the stability of modern society and its sustainable development; the improvement of the legal foundations of the social state at the current stage should take place taking into account the tendency to "green" the democratic, legal state, as well as the formation of the European social model and integration into the European social space; within the social sphere of such a state, the implementation of socio-economic and environmental rights enshrined at the constitutional level should be guaranteed. Recommendations are given on borrowing the experience of European countries in building a social state in Ukraine, ensuring the rights of vulnerable categories of Ukrainian citizens, along with state authorities and local self government bodies, as well as civil society institutions.

Keywords: social state; European social space; European social model; social rights; persons with disabilities; volunteers; Ukraine; EU.

Вступ

Процес національного і правового відродження України, розбудови її державності на основі верховенства права і демократизму зумовлюють істотні зміни в усіх сферах державного і суспільного життя. Концепція соціальної, правової держави знаходить своє відображення у положеннях Конституції та чинному законодавстві України. Так, у ст. 1 Конституції проголошено: Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною і правовою державою [1]. Отже, Конституція України ставить завдання побудови демократичної, соціальної, правової держави, основними ознаками якої є пріоритет прав і свобод людини і громадянина, підпорядкованість держави інтересам людини і громадянського суспільства, економічний і політичний плюралізм, демократія і соціальна справедливість. У вітчизняному правознавстві й державознавстві теорія соціальної, правової держави перебуває на початковій стадії формування, що спирається на розробки зарубіжної науки та практики найбільш розвинених демократичних, насамперед європейських країн. На сучасному етапі розвитку концепція соціальної, правової держави визнається найбільш ідеальною моделлю правового і політичного устрою сучасного суспільства. При цьому потрібно акцентувати увагу на тому, що правова, соціальна держава, з одного боку, є протилежністю авторитарному й тоталітарному правлінню, а з іншого – анархії та хаосу. Соціальна, правова держава формується шляхом поступової демократизації суспільства, встановлення побудови державності виключно на основі права, дотримання правопорядку, принципу верховенства права і соціальної справедливості щодо всіх членів суспільства.

Побудова соціальної, правової державності є пріоритетним завданням більшості розвинених сучасних демократичних країн, передусім європейських.

При цьому на сучасному етапі розвитку суспільства європейські країни досягли значних успіхів у наближенні до ідеальної моделі соціальної, правової державності, реалізували в державно-правовій практиці власного функціонування засади і принципи такої державності. Зважаючи на програмний характер цього дослідження, послідовна реалізація політики держави, спрямованої на розбудову України як соціальної, правової держави, підготовка її до інтеграції в Європейський соціальний простір, сприйняття принципів функціонування Європейської соціальної моделі є пріоритетним і необхідним напрямом діяльності всіх гілок влади, а також розробок вітчизняної науки, що сприяють цьому процесу.

Аналіз правової і державної політики в соціальній сфері та сфері реальної реалізації права свідчить, що і через 26 років після прийняття Конституції України положення про соціальну, правову державу відображає не стільки реальну характеристику України як держави, скільки декларує кінцеву мету її розвитку. При цьому слід зауважити, що вже сьогодні в Україні починає формуватися нова соціальна політика держави, заснована на сучасних передових зразках європейського законодавства. Питання соціального характеру права завжди постає в абсолютній більшості держав як одне з головних і обов'язкових компонентів правового і політичного курсу будь-якої країни. Для реального забезпечення соціального змісту держави Україна має визнавати та постійно здійснювати соціальну політику закріплення і реального гарантування прав у соціальній сфері. Основними принципами соціальної політики держави є соціальна справедливість, рівність та соціальна безпека. Завдання щодо практичної реалізації положень Конституції України в цій царині ставить перед суспільними науками, насамперед правознавством, завдання щодо проведення досліджень, які б сприяли розробці й подальшому втіленню в Україні оптимальної моделі соціальної, правової держави. Це потребує урахування сучасних тенденцій розвитку таких моделей у державах-членах Європейського Союзу (далі – ЄС), а також курсу на європеїзацію національних моделей соціальної, правової держави, їх «озеленення» (доповнення концепції демократичної, соціальної, правової держави принципом екологічної держави), запровадження понять «соціальне» і «екологічне» громадянство, гарантування прав соціально вразливих груп населення, зокрема осіб з інвалідністю, їх соціалізацію з метою входження України після набуття членства в ЄС до Європейського соціального простору. Прагнення України стати частиною прогресивного європейського простору не тільки географічно, а й з позицій спільності правових, політичних, соціальних та культурних засад потребує осмислення сучасного стану і характеристики перспектив інтеграції нашої держави в Європейський соціальний простір.

Огляд літератури

Теоретичні та прикладні питання розбудови соціальної державності в Україні привертають увагу вітчизняних правників, політологів, соціологів та економістів з кінця 1990-х рр. Пік відповідних досліджень припав на 2000–2015 рр., коли було проведено низку ґрунтовних монографічних досліджень. Серед фундаторів вчення про соціальну, правову державу з-поміж українських правників слід назвати насамперед П. Рабіновича [2], В. Бабкіна [3], І. Яковюка [4], Д. Єрмоленко [5], О. Панкевича [6] та ін. Їхні наукові здобутки набули подальшого розвитку в наукових пошуках В. Ковтуна [7], І. Кресіної [8], Н. Хоми [8–9], В. Чорненького [10] та ін. Однак протягом останніх років інтерес до проблематики соціальної держави почав згасати, що суперечить європейським тенденціям: у ЄС відбуваються активні наукові й громадські дискусії стосовно формування Європейської соціальної моделі (Ch. Hermann [11], R.-M. Parus [12], A. Palevičienė [13]); розкриття її співвідношення з національними моделями соціальної держави (W. Korpi [14], A. Palevičienė [13]); доповнення концепції демократичної, соціальної, правової держави новою складовою – екологічною державою (N. Low [15]); майбутнього соціальної держави в умовах глобалізації (M. Rhodes [16]). Слід зазначити, що лише окремі вітчизняні правники долучаються до наукових досліджень за цими напрямками (Н. Бабич [17], А. Бадида [18], В. Гайдамака [19–20], О. Головащенко [21], С. Майданик [22], Л. Малюга [23], І. Яковюк [24–26] та ін.), що може призвести до виникнення прогалин у вченні про соціальну, правову державу, а отже, обумовлює актуальність і практичну значущість нових досліджень, спрямованих на їх заповнення.

Матеріали та методи

Необхідною умовою формування й функціонування соціальної держави є довіра суспільства до права, до того, хто несе відповідальність за функціонування держави, хто використовує правові механізми для вирішення конкретних конфліктів, хто забезпечує дотримання комплексу соціально-економічних і культурних прав людини і громадянина.

Ідея соціальної держави не може бути реалізована абстрактно, відірвано від історичних витоків і сучасного функціонування суспільства в соціальній сфері, а тільки у відповідному національному та історичному контексті, в умовах конкретної національної політичної та правової культури суспільства, яка визначає ставлення до права як інструменту соціального регулювання, справедливості та солідарності. В умовах європейської інтеграції національні уряди окремих держав у процесі реалізації національної моделі

соціальної держави повинні також зважати на її відповідність європейській соціальній моделі з метою входження в Європейський соціальний простір.

Створення Європейського соціального простору покликане, якщо не ліквідувати, то принаймні мінімізувати асиметрію між політикою, що сприяє ефективності функціонування ринкової економіки, і політикою, що сприяє досягненню прийняттого в наш час, виходячи з кращих європейських зразків, соціального забезпечення та рівності. Соціальна держава в рамках ЄС юридично та економічно обмежена європейськими правилами економічної інтеграції, лібералізації та конкуренції, тоді як реалізація європейської соціальної політики стримується, з одного боку, різноманітністю національних моделей соціальної держави, а з іншого – їх нормативними цілями та інституційними структурами.

Підґрунтя методології цього дослідження становить комплексний підхід до аналізу й сутності соціальної держави, особливостей закріплення її основних принципів і практичного втілення концепції такої держави в Україні та європейських державах, який полягає у застосуванні філософських підходів, загальнонаукових і спеціально-наукових, а також, власне, правових методів. У дослідженні знайшов своє застосування діалектичний підхід, який використовувався на всіх етапах викладення матеріалу з метою з'ясування суті таких категорій, як соціальна держава, її сутність і призначення, історичні передумови і сучасний стан функціонування в Україні і країнах Європи, взаємопов'язаності, взаємообумовленості та взаємного впливу. Також при написанні статті використано системний і структурно-функціональний методи, логічний – для аналізу відповідних понять і категорій, формулювання висновків, історичний – у процесі звернення до генезису предмета дослідження, порівняльно-правовий та метод теоретичного моделювання й інші традиційні для юриспруденції методи.

Дослідження проводилося з урахуванням загальних ціннісно-методологічних орієнтирів, а саме: пріоритету загальнолюдських цінностей, принципів демократичної, правової, соціальної держави, верховенства права, свободи, гуманізму, поваги до людської гідності, утвердження прав людини.

Результати та обговорення

Сучасна соціальна держава як результат розвитку концепту ідеальної держави

Важливість соціальної держави у загальному сенсі можна пояснити тим, що вона є результатом цивілізаційного розвитку людства, за якого вимагаються зниження конфліктності, забезпечення миру і злагоди в суспільстві,

правової рівності та гідного рівня життя. Слід погодитися, що «тисячолітня історія людства являє собою не що інше, як невинний пошук ліпшої долі та справедливішого соціально-економічного устрою для абсолютної більшості людей. Увесь цей час відбувався інтенсивний пошук способів, засобів, інститутів, що здатні забезпечити стійку динаміку розвитку» [27, с. 3]. У підсумку поступовий рух людства до сприйняття таких загальнолюдських цінностей і принципів, як демократія, непорушність прав і свобод людини, правова рівність, людська гідність, соціальна справедливість і партнерство, взаємна відповідальність держави, бізнесу і громадянського суспільства та інші¹, завершився закріпленням у багатьох державах на конституційному рівні концепції демократичної, соціальної, правової держави як втілення загальнолюдської мети [29, с. 55]. Потрібно зазначити, що концепція соціальної держави втілюється в різних національних моделях, які враховують економічні, політичні, соціальні та культурні особливості відповідної держави, а також вплив передового зарубіжного досвіду [30].

Після Другої світової війни соціальна держава розглядається як неодмінний складник концепції демократичної, правової держави, що в окремих країнах закріплено на конституційному рівні. Особливістю формування соціальної державності є те, що воно відбувається на певному етапі розвитку правової держави, обумовлюючи увагу до проблеми забезпечення рівноваги між суперечливими складовими – правовими та соціальними засадами [17, с. 30]. На сучасному етапі розвитку зв'язок між верховенством права як базовим принципом правової державності і соціальним характером держави в цілому сприймається як органічний, що, однак, не означає припинення дискусій із приводу змісту соціальної політики.

Та увага, яку дослідники приділяють соціальній державі, пов'язана не лише із конституційним визнанням певної країни, зокрема України, соціальною державою, а й із тим, що на етапі соціально-економічних і політичних перетворень саме цей принцип державності, доповнений моделлю соціальної ринкової економіки, демонструє здатність до консолідації суспільства, попередження руйнації цінностей демократичної і правової держави [4], що наочно доводить функціонування України в умовах російської агресії.

¹ Слушним є твердження І. І. Яцкевич, яка вважає, що «соціальна держава має одночасно сприяти вільному розвитку кожної людини, створювати необхідні передумови для економічного розвитку кожного задля сприяння загальному добробуту. Адже для соціально справедливого перерозподілу ресурсу потрібно його створювати, відтворювати та примножувати. За таких умов найбільш доцільною системою забезпечення концепції соціальної держави є, з одного боку, соціальне страхування, а з іншого – реальне та рівне гарантування соціально-економічних прав людини і громадянина» [28, с. 93].

Соціальна політика держави як відображення її соціальної сутності та призначення

Одним із головних пріоритетів розвитку вітчизняної науки, насамперед юридичної, на сучасному етапі державотворення є активізація досліджень соціальної держави з точки зору уточнення принципів її організації, притаманних їй функцій та механізмів діяльності, напрямів удосконалення соціального законодавства, як правової основи її функціонування. Це пов'язано з тим, що без проведення активної і водночас виваженої соціальної політики забезпечити функціонування держави в умовах воєнного стану та відбудови в повоєнний період з одночасною активізацією процесу інтеграції до ЄС виглядає недосяжним завданням. При цьому недооцінка передумов та загальних тенденцій розвитку соціальної державності в європейських країнах може негативно вплинути на інтеграцію України до Європейського соціального простору.

Забезпечення стабільності, безпеки та сталого розвитку будь-якого суспільства, а також створення гідних умов життя для усіх його членів, зокрема соціально вразливих верств населення (особи з інвалідністю, багатодітні, люди похилого віку, малозабезпечені тощо), нерозривно пов'язано із гарантуванням соціально-економічних і культурних прав людини і громадянина. При цьому в умовах інтеграції до ЄС національні уряди мають враховувати соціальні стандарти, які визнані в об'єднаній Європі.

Соціальна держава є антиподом соціалістичної та іншим моделям патерналістської держави, а тому заохочує інститути громадянського суспільства до спільного забезпечення соціального захисту вразливих верств населення. Особливо чітко це простежується під час війни, коли за умов дефіциту коштів у державному бюджеті важливу роль у реалізації функцій соціальної держави взяли на себе волонтерські¹ та релігійні організації. Слід погоди-

¹ За даними Міністерства юстиції України, лише з 24 лютого по 30 червня 2022 р. в Україні зареєстрували 4365 організацій громадянського суспільства (3364 благодійні та 1001 громадська організація). У 2010 р. Україна посідала лише 150-те місце у світі (тільки 5 % населення було залучено до волонтерської роботи), але Революція Гідності, анексія Криму та війна на Донбасі змінили ситуацію: 23 % населення набули досвіду волонтерства, унаслідок чого Україна в рейтингу «World Giving Index» піднялася зі 150-го на 81-ше місце.

У березні 2021 р. Українською Волонтерською Службою, Дитячим фондом ООН (ЮНІСЕФ) та ІТ-компанією Soft Serve за підтримки Міністерства молоді та спорту була запущена Волонтерська платформа, що об'єднувала волонтерів та організації зі всієї України. Станом на липень 2022 р. Платформа об'єднувала більше ніж 400 тис. користувачів, понад 500 організацій і локальних волонтерських ініціатив та 1150 волонтерських можливостей. Слід зазначити, що роль інститутів громадянського суспільства в реалізації функцій соціальної держави особливо зросла в 2022 р., коли, окрім допомоги Збройним Силам України, виникла потреба у соціальному захисті великої кількості цивільних осіб.

тися з висновком, що волонтерство в Україні є сьогодні одним із проявів реальних демократичних рухів, які мають мозаїчне фінансування «знизу» і спрямовані на виконання соціальних функцій [33]. Цілком логічно, що відповідно до Закону України «Про волонтерську діяльність» (статті 3, 4) держава, її органи і органи місцевого самоврядування всіляко сприяють діяльності волонтерських організацій, розвитку цього руху відповідно [34].

Функціонування соціальної держави також допускає отримання допомоги у забезпеченні соціальних прав людей на субсидіарних засадах від міжнародних організацій. Так, під час війни українці отримують різні види фінансової допомоги від ЮНІСЕФ, Всесвітньої продовольчої програми ООН, Агентства ООН у справах біженців, Міжнародної організації з міграції, Місії Міжнародного Комітету Червоного Хреста в Україні, Норвезької ради у справах біженців.

Зрозуміло, що Україна як соціальна держава і сама повинна здійснювати соціальний захист і надавати необхідні, життєво важливі для населення соціальні блага за допомогою системи публічних органів та організацій, якщо надання таких послуг і благ через інститути громадянського суспільства неможливе, надмірно обтяжливе або не приводить до адекватного, з погляду суспільних цілей та очікувань, підсумкового результату.

Ставлення до осіб з інвалідністю як показник цивілізованості сучасної держави

Концепція соціальної держави – це політико-правова теорія, де «соціальна» складова має значне змістове навантаження, яке більш повно розкривається залежно від викликів, що постають перед суспільством і державою. Так, на фоні російсько-української війни, яка сама по собі є загрозою національній безпеці, викликом ефективному функціонуванню соціальної держави, суттєво зросла кількість осіб з інвалідністю. Це не тільки військовослужбовці, які отримали інвалідність під час бойових дій, а й мирні жителі – усі вони поповнюють когорту людей, які мають інвалідність, не пов'язану з воєнними діями (за офіційною статистикою, в Україні станом на 2021 р. налічувалося 2,703 мільйона осіб з інвалідністю (у 2017 р. їх було 2,6 мільйона)), і претендують на отримання безплатної допомоги, зокрема: сучасні засоби реабілітації, функціональне протезування та ортезування тощо.

Соціальна держава – це не пасивний спостерігач, що реагує виключно на виникнення явних загроз, а держава, яка проводить активну соціальну

Завдяки волонтерським ініціативам державі починаючи з 2014 р. і особливо під час російської агресії у 2022 р. вдалося уникнути багатьох економічних та соціальних проблем у забезпеченні її Збройних Сил, а також переселенців і соціально вразливих категорій населення [31; 32].

політику, що покликана компенсувати об'єктивний недолік індивідуальних можливостей людей задля реалізації формально-юридичної свободи, усунення диспропорцій у суспільному розвитку, забезпечення соціального добробуту та сталого розвитку. Міністерство соціальної політики України, що забезпечує формування державної політики у сфері захисту прав осіб з інвалідністю, підтримує діалог та активно співпрацює на партнерських засадах з громадськими об'єднаннями осіб з інвалідністю відповідно до Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю, Факультативного протоколу до неї та інших нормативно-правових актів.

Правові потреби осіб з інвалідністю змінилися через війну. Суттєво зросла кількість звернень стосовно: порядку оформлення надання соціальних послуг з догляду вдома; порядку зняття з військового обліку осіб з інвалідністю, отримання відстрочки від призову, якщо батьки клієнта або батьки дружини клієнта є особами з інвалідністю 1 та 2 групи; встановлення опіки або піклування вперше, продовження строку дії рішення суду про встановлення опіки або піклування; державних, міжнародних та волонтерських видів допомоги і програм підтримки; евакуації¹; особливостей перетину кордону під час дії воєнного стану (осіб з інвалідністю першої групи та дітей з інвалідністю на кордонах пропускають позачергово) тощо. Через інтенсивні бойові дії на Сході і Півдні України багато людей фізично не мають змоги виїхати з окупованих територій, тому фахівці системи безоплатної правової допомоги надають їм допомогу дистанційно – телефоном або через електронні сервіси.

У жовтні 2017 р. Кабінет Міністрів України затвердив постанову про План заходів з виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом [36], якою, зокрема, передбачив: включення до професійних програм, програм короткострокових семінарів, тренінгів з підвищення кваліфікації державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування, модулів з вивчення положень Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю; удосконалення антидискримінаційного законодавства в частині протидії множинній дискримінації; удосконалення державної політики щодо захисту прав та задоволення інтересів внутрішньо переміщених осіб.

У березні 2022 р. Кабінет Міністрів України ухвалив постанову «Деякі питання користування пільгами з оподаткування для підприємств та орга-

¹ Україна вже мала виклик організації евакуації людей з інвалідністю у 2014–2015 рр. під час окупації Криму і частини територій Луганської та Донецької областей. Однак українська громадська організація «Fight For Right» унаслідок дослідження дійшла висновку, що держава не зробила належних висновків із попередніх уроків і зробила недостатньо для покращення процедур і нормативно-правового регулювання евакуаційних заходів, зрозумілої та доступної комунікації з людьми з інвалідністю в умовах воєнного стану [35].

нізацій громадських об'єднань осіб з інвалідністю в умовах воєнного стану на території України» [37].

У червні 2022 р. Міністерство освіти і науки, Міністерство соціальної політики та Міністерство охорони здоров'я України спільно з ЮНІСЕФ запустили проєкт кризової допомоги для дітей з інвалідністю та їхніх сімей [38].

Допомогу особам з інвалідністю під час війни надають також громадські організації. Так, упродовж лютого – жовтня 2022 р. лише українська громадська організація «Fight For Right» надала допомогу 5 041 особі з інвалідністю.

Забезпечення повноцінної участі осіб з інвалідністю у житті суспільства, боротьба з дискримінацією, усунення бар'єрів та боротьба проти соціального виключення є основними цілями ЄС у сфері захисту прав осіб з інвалідністю. Підписання Європейським Союзом Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю поклало на нього обов'язок щодо реалізації її положень. Це зумовило необхідність прийняття Європейської стратегії щодо інвалідності на 2010–2020 роки як інструменту для імплементації вимог Конвенції [39].

Держави-члени ЄС, які прийняли мільйони біженців з України, зокрема 500 тисяч осіб з інвалідністю, допомагають біженцям у влаштуванні на новому місці. У цьому зв'язку постало питання про доступність громадянам з інвалідністю певних пільг і послуг на території ЄС. Слід зазначити, що на рівні вторинного законодавства в ЄС прийнято низку актів, зокрема: Директиву з питань державних закупівель (2014), Директиву про доступність веб-сайтів і мобільних додатків органів державного сектора (2016) та Директиву про вимоги доступності для продуктів і послуг (2019).

Громадяни України з інвалідністю, що набули статусу UKR, можуть, наприклад у Польщі, подати заявку на отримання допомоги для фінансування з коштів Державного фонду реабілітації інвалідів купівлі необхідних пристроїв та обладнання, у тому числі зубних протезів, ортезів та інвалідних візків. У Німеччині громадяни України з інвалідністю можуть подати заяву на отримання відповідного посвідчення (українське посвідчення особи з інвалідністю в Німеччині не дійсне, опрацювання заявки триває до п'яти місяців). Якщо ступінь інвалідності становить 50 і більше одиниць, особа отримує посвідчення, після чого вона зможе отримувати допомогу в різних сферах життя (особливе медичне обслуговування, допомога у веденні домашнього господарства, допомога з оплати витрат по догляду за дітьми, безкоштовний проїзд у громадському транспорті тощо). Українці з інвалід-

ністю в Німеччині можуть отримувати підтримку та інформацію рідною мовою зі свого мобільного телефону. В Італії для визнання стану інвалідності особі потрібно подати запит до місцевого санітарного управління за місцем постійного проживання. Особа з інвалідністю, крім, власне, виплат з інвалідності, має право на низку пільг: щомісячна фінансова допомога чи оплата допомоги вдома; звільнення від сплати медичного «тикету»; безкоштовні протези та механізми для пересування; знижка на проїзні квитки у громадському транспорті; право на паркування автомобіля у спеціальних зонах [40].

Протягом майже 70 років з моменту сприйняття європейською конституційною теорією та практикою концепції соціальної держави в її змісті традиційно акцент робився на тому, що вона здійснює правовими засобами перерозподіл доходів, втручається у процес ціноутворення, переймається проблемами зайнятості, формує систему соціальної допомоги та соціального страхування тощо. Однак останнім десятиліттям дослідники дедалі частіше вказують на те, що соціальний характер сучасної держави також передбачає дотримання екологічних вимог і забезпечення поряд із соціальними та економічними правами також екологічних прав. Більше того, на рівні загальної теорії права і конституційного права дискутується питання стосовно того, чи не настав час доповнити концепцію демократичної, соціальної, правової держави екологічною складовою [24–25; 41].

Отже, соціальною є держава, яка активно реалізує масштабну соціальну політику, сприяє здійсненню комплексу соціально-економічних, культурних та екологічних прав людини і громадянина в обсягах, що дозволяють втілити в життя конституційне визнання людини найвищою соціальною цінністю в суспільстві [42, с. 32].

Європейська соціальна модель як втілення ідеї соціальної державності в об'єднаній Європі

Особливо актуальним для України сьогодні є питання ідентифікації свого місця й ролі в сучасних геополітичних і геоekonomічних процесах. Прискорення інтеграції України до ЄС передбачає узгодження національних і наднаціональних інтересів. Відповідно розбудова України як соціальної держави має відбуватися з урахуванням її європейської ідентичності, незворотності європейського та євроатлантичного курсу, що було закріплено на конституційному рівні 7 лютого 2019 р.

Перед Україною постає завдання щодо впровадження у соціальній сфері європейських принципів ефективного урядування через соціальну координацію, взаємодопомогу, використання інформаційно-комунікаційних техноло-

гій для залучення максимальної кількості соціальних акторів до процесу вироблення та реалізації політико-управлінських рішень у соціальній сфері¹.

Національні моделі соціальної держави модернізуються в умовах європейської інтеграції, відіграючи важливу роль при конструюванні Європейської соціальної моделі в рамках ЄС. На когнітивному рівні Європейська соціальна модель базується на визнанні того, що соціальна справедливість може сприяти економічній ефективності та прогресу [44, с. 187].

Така модернізація є складним і повільним процесом, адже потребує врахування відмінностей моделей держав-членів ЄС, соціальних стандартів [26, с. 195, 198]. Формування європейської соціальної моделі потребує гармонізації соціального законодавства, але на практиці зводиться здебільшого до координації дій національних урядів у соціальній сфері, оскільки ЄС ніколи не володів виключною компетенцією у сфері соціальної політики, як і у сфері політики зайнятості [45, с. 94].

Удосконалення інституційних основ соціальної державності в Україні пов'язане не лише із перетвореннями, які мають забезпечити підвищення добробуту громадян відповідно до європейських соціальних стандартів та розширення переліку наданих соціальних послуг, а й від зміни характеру взаємовідносин між державною владою і людиною.

Процес «переробки» соціальної держави включає ряд вимірів змін у відповідь на певні виклики і тиски, які формуються як усередині країни, так і зовні. В європейському контексті поєднання зростання із соціальною згуртованістю залишається здійсненою метою, навіть якщо досягнення цієї мети потребуватиме перезавантаження старих інструментів, запровадження інновацій і змін цілей соціальної держави [46, с. 279].

Висновки

Становлення соціальної держави знаменує певний історичний етап розвитку концепції демократичної, правової держави. Функціонування соціальної держави, доповненої моделлю соціальної ринкової економіки, забезпечує стабільність сучасного суспільства і його сталий розвиток.

Удосконалення правових засад діяльності соціальної держави на сучасному етапі має відбуватися з урахуванням тенденції на «озеленення» демократичної, правової держави (екологічний конституціоналізм), а також формування Європейської соціальної моделі та інтеграції до Європейського соціального простору.

¹ Як наслідок, роль соціальної держави має бути переосмислена з урахуванням глобалізаційних та регіональних інтеграційних процесів, нових способів комунікації, що значно розширює можливості участі громадян у процесі прийняття рішень із важливих соціальних питань [43].

Україна, що перебуває в умовах воєнного стану, а згодом – повоєнного відновлення, переживає один із найскладніших періодів свого розвитку. Тенденції до позитивних змін у напрямі розбудови соціальної державності й моделі соціальної ринкової економіки, гарантування соціально-економічних, екологічних і культурних прав, що пов'язані насамперед з інтеграцією України до ЄС, зупинилися через російську агресію і необхідність подолання її наслідків. Війна загострила проблеми, пов'язані із найуразливішою сферою – соціальною, в межах якої проводиться регулювання широкого спектру суспільних відносин, покликане гарантувати здійснення закріплених на конституційному рівні соціально-економічних та екологічних прав.

В умовах війни особливо нагальним виглядає забезпечення прав вразливих категорій українських громадян, зокрема осіб з інвалідністю. У реалізації цього, як і інших завдань соціальної держави, важливе місце і роль поряд з органами державної влади та органами місцевого самоврядування відведені інститутам громадянського суспільства, насамперед волонтерському руху, а також ЄС і його державам-членам.

Список використаних джерел

- [1] Конституція України : офіц. текст від 28.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 24.01.2023).
- [2] Рабінович П. М., Лобода Ю. П. Соціальна сутність держави як складник предмета теоретико-історичної юриспруденції. *Вісник Академії правових наук України*. 1996. № 5. С. 90–99.
- [3] Бабкін В. Д. Соціальна держава та захист прав людини. *Правова держава: щорічник наукових праць*. Київ, 1999. Вип. 9. С. 3–11.
- [4] Яковюк І. В. Соціальна і правова держава: співвідношення понять. *Державне будівництво та місцеве самоврядування : збірник наукових праць*. Харків : Право, 2001. № 1. С. 99–105.
- [5] Єрмоленко Д. О. Правовий статус людини і громадянина в Україні як соціальної державі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2002. 176 с.
- [6] Панкевич О. З. Соціальна держава: проблеми загальної теорії : монографія / за заг. ред. П. М. Рабіновича. Львів : Львівський юридичний інститут МВС України, 2004. 183 с.
- [7] Ковтун В. Конституційно-правова доктрина соціальних прав та свобод. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 2. С. 148–152. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.2.27>.
- [8] Кресіна І., Хома Н. Моделі соціальної держави: модернізуючий вплив глобалізації. *Публічне право*. 2015. № 1. С. 185–196.
- [9] Khoma N., Vdovychyn I. Deconstruction of the Welfare State: The Impact of Globalization and Technological Factors. *Revija za socijalnu politiku*. 2020. Vol. 27, issue 3. P. 285. <https://doi.org/10.3935/rsp.v27i3.1696>.
- [10] Чорненко В. І. Забезпечення та захист прав і свобод осіб з особливими потребами Україною як соціальною державою. *Університетські наукові записки*. 2012. № 4(44). С. 35–39.

- [11] Hermann Ch. Crisis, structural reform and the dismantling of the European Social Model(s). *Economic and Industrial Democracy*. 2016. No. 1. С. 51–68. <https://doi.org/10.1177/0143831x14555708>.
- [12] Papuc R.-M. European Social Model what stands in the way of the European social architecture? *Procedia Economics and Finance*. 2012. Vol. 3. P. 1107–1112. [https://doi.org/10.1016/S2212-5671\(12\)00281-X](https://doi.org/10.1016/S2212-5671(12)00281-X).
- [13] Palevičienė A. et al. Lithuanian social policy in the European social model map. *Procedia – Social and Behavioral Sciences*. 2014. Vol. 156. P. 203–207. <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2014.11.173>.
- [14] Korpi W. Welfare-State Regress in Western Europe: Politics, Institutions, Globalization, and Europeanization. *Annual Review of Sociology*. 2003. Vol. 29. P. 589–609.
- [15] Low N. The Green State, Rethinking Democracy and Sovereignty. *International Journal of Urban and Regional Research*. 2005. Vol. 29(3). P. 706–707. https://doi.org/10.1111/j.1468-2427.2005.00616_3.x.
- [16] Rhodes M. Globalization, welfare states and employment: Is there a European third way? In *Unemployment in the New Europe* / Bermeo N. (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2000.
- [17] Бабич Н. О. Перспективи формування України в якості європейської соціальної держави. *Соціальне право*. 2021. № 2. С. 28–33.
- [18] Бадида А. Ю. Соціальна держава в умовах глобалізації. Ужгород : РІК-У, 2019. 200 с.
- [19] Gaydamaka V. A. European social model: a new paradigm of social state development. *Problems of Legality*. 2020. Issue 150. P. 313–331. doi.org/10.21564/2414-990x.150.208955.
- [20] Gaydamaka V. Environmental, welfare state: conceptualization problems. *Recht der Osteuropäischen Staaten*. ReOS. 2021. № 5. P. 4–12. URL: <https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/a7f1d1a83ad758bb367440ac94d7cbf2.pdf/ReOS%2005%20aus%202021.pdf> (дата звернення: 24.01.2023).
- [21] Головащенко О. С., Окладна М. Г. Європейський соціальний простір: проблеми формування. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 3. С. 12–14. URL: http://lsej.org.ua/3_2015/3_2015.pdf (дата звернення: 24.01.2023).
- [22] Майданик С. В. European union disability policy: supranational level of legal regulation. *Problems of Legality*. 2020. Vol. 150. P. 332–353. <https://doi.org/10.21564/2414-990x.150.209404>.
- [23] Малюга Л. Ю. Теоретико-правові основи адаптації соціального законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Херсон : Гельветика, 2019. 406 с.
- [24] Яковюк І., Анісімова Г., Трагнюк О. Європеїзація екологічного права держав-членів Європейського Союзу. *Проблеми законності*. 2022. Вип. 158. С. 82–109. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.158.26324>.
- [25] Яковюк І. В., Купрійова О. О. «Екологічний» конституціоналізм як правова основа політики національної безпеки в ХХІ сторіччі. *Актуальні питання становлення та розвитку сучасного конституціоналізму в Україні (до 26-ї річниці Конституції України)* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф.(м. Одеса, 23 черв. 2022 р.). Одеса, ОДУВС, 2022. С. 46–49.
- [26] Окладна М. Г., Яковюк І. В. Соціальна політика Європейського Союзу: становлення і розвиток. Харків : ТОВ «Оберіг», 2016. 40 с. (Серія «Наукові доповіді», вип. 19).

- [27] Колот А. М., Герасименко О. О., Поплавська О.М. До формування нової моделі соціальної держави. *Україна : аспекти праці*. 2017. № 1–2. С. 3–15.
- [28] Яцкевич І. І. Реалізація соціальних прав людини в умовах формування соціальної держави. *Малиновські читання : матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції* (м. Острого, 17 листоп. 2017 р.). Острого : Вид-во Національного університету «Острозька академія», 2017. С. 93–94.
- [29] Конституційно-правові засади становлення української державності : монографія ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Тодики. Харків : Право, 2003. 328 с.
- [30] Aravacik Esra Dundar. Social Policy and the Welfare State. *Public Economics and Finance*. Ed. by Bernur Açıkgöz. 2018. P. 1–20. <https://doi.org/10.5772/intechopen.82372>.
- [31] Опалько Ю. В. Використання потенціалу громадянського суспільства для забезпечення національної безпеки України в умовах зовнішньої агресії : аналітична записка. 2014. URL: <https://niss.gov.ua/doslidzhennya/gromadyanske-suspilstvo/vikoristannya-potencialu-gromadyanskogo-suspilstva-dlya> (дата звернення: 24.01.2023).
- [32] Волонтерська Платформа об'єднала 400 тисяч українців довкола допомоги Україні під час війни. URL: <https://www.unicef.org/ukraine/press-releases/volunteer-hub-helps-400000-ukrainians-make-difference> (дата звернення: 24.01.2023).
- [33] Потапенко В., Двігун А. Аналіз українського волонтерства на основі методології нових соціальних рухів. 2022. URL: https://niss.gov.ua/sites/default/files/2022-11/volonterstvo_01112022.pdf (дата звернення: 24.01.2023).
- [34] Про волонтерську діяльність : Закон України від 19.04.2011 р. № 3236-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3236-17#Text> (дата звернення: 24.01.2023).
- [35] 24.02: Евакуація людей з інвалідністю : аналітичний звіт. Київ, 2022. 66 с. URL: https://ffr.org.ua/wp-content/uploads/2022/11/zvit-z-pravkamy.pdf?fbclid=IwAR0gLk__500FsQrJ_ClMYRpHy0rLr4zP7hZ7VevNTwhxIkOzB0QlyE9AgT8 (дата звернення: 24.01.2023).
- [36] План заходів з виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 25.10.2017 р. № 1106. URL: <https://www.msp.gov.ua/content/ugoda-pro-asociaciju-mizh-ukrainoyu-ta-es.html> (дата звернення: 24.01.2023).
- [37] Деякі питання користування пільгами з оподаткування для підприємств та організацій громадянських об'єднань осіб з інвалідністю в умовах воєнного стану на території України : постанова Кабінету Міністрів України від 19.03.2022 р. № 323. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/323-2022-%D0%BF#Text> (дата звернення: 24.01.2023).
- [38] МОН, Мінсоцполітики та МОЗ спільно з ЮНІСЕФ запустили проект кризової допомоги для дітей з інвалідністю та їхніх сімей. URL: <https://mon.gov.ua/ua/news/mon-minsocpolitiki-ta-moz-spilno-z-yunisef-zapustili-proyekt-krizovoyi-dopomogi-dlya-ditej-z-invalidnistyu-ta-yihnih-simej> (дата звернення: 24.01.2023).
- [39] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. European Disability Strategy 2010–2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM%3A2010%3A0636%3AFIN%3Aen%3APD> (дата звернення: 24.01.2023).

- [40] Біженці з інвалідністю. Як українцям допомагають в Європі. URL: <https://www.enableme.com.ua/ua/article/bizenci-z-invalidnistu-ak-ukraincam-dopomogaut-v-evgori-7726> (дата звернення: 24.01.2023).
- [41] Муравйова С. В. Екологічні та кліматичні кризи як фактор розвитку сучасного конституціоналізму та екологічної безпеки. *Проблеми законності*. 2022. Вип. 159. С. 129–159. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.159.268292>.
- [42] Головащенко О. С. Поняття та ознаки соціальної держави. *Актуальні проблеми державного будівництва та місцевого самоврядування в контексті конституційної модернізації* : зб. наук. ст. за матеріалами наук.-практ. семінару (м. Харків, 14 жовт. 2016 р.). Харків, 2016. С. 25–35.
- [43] Головащенко О. Соціальна держава та виклики глобалізації. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2016. Вип. 32. С. 3–11. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/16446/1/32.pdf> (дата звернення: 24.01.2023).
- [44] Barr N. The Welfare State as Piggy Bank: Information, Risk, Uncertainty, and the Role of the State. Oxford : Oxford University Press. 2003. 320 p. <https://doi.org/10.1093/0199246599.001.0001>
- [45] Федорова А. Місце та роль соціальної політики в Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. *Право України*. 2015. № 8. С. 93–101.
- [46] Ferrera M., Rhodes M. Building a sustainable welfare state. *West European Politics*. 2007. Vol. 23, issue 2. P. 257–282. <https://doi.org/10.1080/01402380008425375>.

References

- [1] Constitution of Ukraine. (1996, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.
- [2] Rabinovych, P.M., & Loboda, Yu.P. (1996). Social essence of the state as a component of the subject of theoretical and historical jurisprudence. *Journal of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 5, 90-99.
- [3] Babkin, V.D. (1999). The welfare state and the protection of human rights. *The rule of law: a yearbook of scientific papers*, 9, 3-11. Kyiv.
- [4] Yakoviyk, I.V. (2001). *Social and legal state: correlation of concepts. State building and local self-government: a collection of scientific papers*, 1, 99-105. Kharkiv: Pravo.
- [5] Yermolenko, D.O. (2002). *Legal status of a person and citizen in Ukraine as a social state*. PhD Thesis. Kharkiv.
- [6] Pankevych, O.Z. (2004). *Social state: problems of general theory*. P.M. Rabinovych (Ed.). Lviv: Lviv Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine.
- [7] Kovtun, V. (2021). Constitutional and Legal Doctrine of Social Rights and Freedoms. *Entrepreneurship, economy and law*, 2, 148-152. <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.2.27>.
- [8] Kresina, I., & Khoma, N. (2015). Models of the social state: the modernizing influence of globalization. *Public Law*, 1, 185-196.
- [9] Khoma, N., & Vdovychyn, I. (2020). Deconstruction of the Welfare State: The Impact of Globalization and Technological Factors. *Revija za socijalnu politiku*, 27(3), 285. <https://doi.org/10.3935/rsp.v27i3.1696>.
- [10] Chornenkyi, V.I. (2012). Ensuring and Protecting the Rights and Freedoms of Persons with Special Needs by Ukraine as a Social State. *University Scientific Notes*, 4(44), 35-39.

- [11] Hermann, Ch. (2016). Crisis, structural reform and the dismantling of the European Social Model(s). *Economic and Industrial Democracy*, 1, 51-68. <https://doi.org/10.1177/0143831x14555708>.
- [12] Papuc, R.-M. (2012). European Social Model what stands in the way of the European social architecture? *Procedia Economics and Finance*, 3, 1107-1112. [https://doi.org/10.1016/S2212-5671\(12\)00281-X](https://doi.org/10.1016/S2212-5671(12)00281-X).
- [13] Palevičienė, A. et al. (2014). Lithuanian social policy in the European social model map. *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, 156, 203-207. <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2014.11.173>.
- [14] Korpi, W. (2003). Welfare-State Regress in Western Europe: Politics, Institutions, Globalization, and Europeanization. *Annual Review of Sociology*, 29, 589-609.
- [15] Low, N. (2005). The Green State, Rethinking Democracy and Sovereignty. *International Journal of Urban and Regional Research*, 29(3). 706-707. https://doi.org/10.1111/j.1468-2427.2005.00616_3.x.
- [16] Rhodes, M. (2000). Globalization, welfare states and employment: Is there a European third way? In *Unemployment in the New Europe*. Bermeo, N. (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- [17] Babych, N.O. (2021). Prospects for the formation of Ukraine as a European social state. *Social Law*, 2, 28-33.
- [18] Badyda, A.Yu. (2019). *The welfare state in the context of globalization*. Uzhhorod: RIK-U.
- [19] Gaydamaka, V.A. (2020). European social model: a new paradigm of social state development. *Problems of Legality*, 150, 313-331. <https://doi.org/10.21564/2414-990x.150.208955>.
- [20] Gaydamaka, V. (2021). Environmental, welfare state: conceptualization problems. *Recht der Osteuropäischen Staaten*. ReOS, 5, 4-12. Retrieved from <https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/a7f1d1a83ad758bb367440ac94d7cbf2.pdf/ReOS%2005%20aus%202021.pdf>.
- [21] Golovashchenko, O.S., & Okladna, M.G. (2015). European social space: problems of formation. *Legal scientific electronic journal*, 3, 12-14. Retrieved from http://lsej.org.ua/3_2015/3_2015.pdf.
- [22] Maidanyk, S.V. (2020). European union disability policy: supranational level of legal regulation. *Problems of Legality*, 150, 332-353. <https://doi.org/10.21564/2414-990x.150.209404>.
- [23] Maliuga, L.Yu. (2019). *Theoretical and legal foundations of adaptation of social legislation of Ukraine to the legislation of the European Union*. Kherson: Helvetica.
- [24] Yakoviyk, I., Anisimova, G., & Trahniuk, O. (2022). Europeanization of environmental law of the European Union Member States. *Problems of legality*, 158, 82-109. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.158.263248>.
- [25] Yakoviyk, I.V., & Kupriyova, O.O. (June, 2022). "Ecological" constitutionalism as a legal basis of national security policy in the XXI century. In *Actual issues of formation and development of modern constitutionalism in Ukraine (to the 26th anniversary of the Constitution of Ukraine): materials of the All-Ukrain. scient. and pract. conf.* (pp. 46-49). Odesa, ODUIA.
- [26] Okladna, M.G., & Yakoviyuk, I.V. (2016). *Social policy of the European Union: formation and development*. Kharkiv: Oberig LLC.

- [27] Kolot, A.M., Gerasimenko, O.O., & Poplavska, O.M. (2017). Towards the formation of a new model of the social state. *Ukraine: aspects of labor*, 1-2, 3-15.
- [28] Yatskevych, I.I. (November, 2017). Realization of social human rights in the context of the formation of the welfare state. In *Malynovski readings: proceedings of the VI International scient. and pract. conf.* (pp. 93-94). Ostroh: Publishing House of the National University of Ostroh Academy.
- [29] Tatsiy, V., & Todyka, Yu. (Eds.). (2003). *Constitutional and Legal Principles of the Formation of Ukrainian Statehood*. Kharkiv: Pravo.
- [30] Aravacik, Esra Dundar. (2018). Social Policy and the Welfare State. In Bernur Açıkgöz (Ed.). *Public Economics and Finance*, 1-20. <https://doi.org/10.5772/intechopen.82372>.
- [31] Opalko, Y.V. (2014). *Using the Potential of Civil Society to Ensure the National Security of Ukraine in the Context of External Aggression*. Retrieved from <https://niss.gov.ua/doslidzhennya/gromadyanske-suspilstvo/vikoristannya-potencialu-gromadyanskogo-suspilstva-dlya>.
- [32] Volunteer Platform unites 400 thousand Ukrainians to help Ukraine during the war. Retrieved from <https://www.unicef.org/ukraine/press-releases/volunteer-hub-helps-400000-ukrainians-make-difference>.
- [33] Potapenko, V., & Dvihun, A. (2022). *Analysis of Ukrainian volunteering based on the methodology of new social movements*. Retrieved from https://niss.gov.ua/sites/default/files/2022-11/volonterstvo_01112022.pdf.
- [34] Law of Ukraine No. 3236-VI "On volunteer activity". (2011, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3236-17#Text>.
- [35] 24.02: Evacuation of people with disabilities: analytical report. (2022). Kyiv. Retrieved from https://ffr.org.ua/wp-content/uploads/2022/11/zvit-z-pravkamy.pdf?fbclid=IwAR0gLk__500FsQrJ_ClMYRpHy0rLr4zP7hZ7VevNTwhxIkOzB0QlyE9AgT.
- [36] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1106 "Action Plan for the Implementation of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand". (2017, October). Retrieved from <https://www.msp.gov.ua/content/ugoda-pro-asociaciyu-mizh-ukrainoyu-ta-es.html>.
- [37] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 323 "Some issues of using tax exemptions for enterprises and organizations of public associations of persons with disabilities under martial law in the territory of Ukraine". (2022, March). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/323-2022-%D0%BF#Text>.
- [38] The Ministry of Education and Science, the Ministry of Social Policy and the Ministry of Health, together with UNICEF, launched a crisis assistance project for children with disabilities and their families. Retrieved from <https://mon.gov.ua/ua/news/mon-minsocpolitiki-ta-moz-spilno-z-yunisef-zapustili-proyekt-krizovoyi-dopomogi-dlyaditej-z-invalidnistyu-ta-yihnih-simej>.
- [39] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM%3A2010%3A0636%3AFIN%3Aen%3APD>.

- [40] Refugees with disabilities. How Ukrainians are helped in Europe. Retrieved from <https://www.enableme.com.ua/ua/article/bizenci-z-invalidnistu-ak-ukraincam-dopomagaut-v-evropi-7726>.
- [41] Muravyova, S.V. (2022). Environmental and climate crises as a Factor in the development of modern constitutionalism and environmental security. *Problems of legality*, 159, 129-159. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.159.268292>.
- [42] Holovashchenko, O.S. (2016, October). The concept and features of the welfare state. In *Actual problems of state building and local self-government in the context of constitutional modernization: a collection of scientific articles based on the materials of the scientific and practical seminar* (pp. 25-35). Kharkiv.
- [43] Holovashchenko, O. (2016). The welfare state and the challenges of globalization. *State Building and Local Self-Government*, 32, 3-12. Retrieved from <https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/16446/1/32.pdf>.
- [44] Barr, N. (2003). *The Welfare State as Piggy Bank: Information, Risk, Uncertainty, and the Role of the State*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/0199246599.001.0001>.
- [45] Fedorova, A. (2015). Place and role of social policy in the Association Agreement between Ukraine and the European Union. *Law of Ukraine*, 8, 93-101.
- [46] Ferrera, M., & Rhodes, M. (2007). Building a sustainable welfare state. *West European Politics*, 23(2), 257-282. <https://doi.org/10.1080/01402380008425375>.

Ігор Валерійович Процюк

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: i.v.protsyuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-0546-6187

Дмитро Сергійович Бойчук

кандидат юридичних наук, доцент кафедри права Європейського Союзу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: d.s.boychuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-7967-4443

Денис Анатолійович Чижов

кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права та прав людини
Національна академія внутрішніх справ
03035, Солом'янська площа, 1, Київ, Україна
e-mail: denys_chyzhov@ukr.net
ORCID 0000-0002-4843-0670

Ihor V. Protsyuk

Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Legal Theory Department
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: i.v.protsyuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-0546-6187

Dmytro S. Boichuk

PhD in Law, Associate Professor of the European Union Law Department
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: d.s.boychuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-7967-4443

Denys A. Chyzhov

PhD in Law, Associate Professor of the Constitutional Law and Human Rights Department
National Academy of Internal Affairs
03035, 1 Solomjanska Square, Kyiv, Ukraine
e-mail: denys_chyzhov@ukr.net
ORCID 0000-0002-4843-0670

Рекомендоване цитування: Процюк І. В., Бойчук Д. С., Чижов Д. А. Інтеграція України в Європейський соціальний простір: проблеми та перспективи. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 24–44. [https://doi.org/ 10.21564/2414-990X.160.274298](https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.274298).

Suggested Citation: Protsyuk, I.V., Boichuk, D.S., & Chyzhov, D.A. (2023). Ukraine's Integration into the European Social Space: Problems and Prospects. *Problem of Legality*, 160, 24-44. [https://doi.org/ 10.21564/2414-990X.160.274298](https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.274298).

Статтю подано / Submitted: 14.02.2023
Доопрацьовано / Revised: 04.03.2023
Схвалено до друку / Accepted: 09.03.2023
Опубліковано / Published: 25.03.2023

Неупередженість суду в цивільному судочинстві: практика Європейського суду з прав людини та вибрані кейси Верховного Суду¹

Тетяна Андріївна Цувіна*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: tsuvinat@gmail.com

Анотація

Статтю присвячено актуальній із теоретичної та практичної точки зору проблемі неупередженості суду в цивільному судочинстві. Метою статті є виокремлення основних підходів до неупередженості суду як невід'ємної складової права на справедливий судовий розгляд у контексті пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також аналіз практики Верховного Суду на відповідність підходам щодо тлумачення неупередженості суду, вироблених у практиці Європейського суду з прав людини. У роботі застосовано загальнофілософський, загальнонауковий та спеціальні методи дослідження, зокрема, діалектичний, системно-структурний, логіко-правовий та порівняльно-правовий методи, метод аналізу та синтезу. Зазначено, що неупередженість суду є невід'ємним елементом верховенства права та права на справедливий судовий розгляд. Ключову роль у розробленні міжнародних стандартів неупередженості суду в межах європейського регіону відіграли Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод та практика Європейського суду з прав людини, який виходить із дуального підходу до неупередженості суду, розрізняючи суб'єктивну та об'єктивну її складові. Додатковим підходом у перевірці неупередженості суду в практиці Європейського суду з прав людини є розрізнення функціональної та персональної неупередженості. Аналіз практики Верховного Суду свідчить про те, що останнім не повною мірою сприйняті підходи до неупередженості суду, вироблені у практиці Європейського суду з прав людини. У статті проаналізовано окремі кейси із практики Верховного Суду, в яких, на думку авторки, Верховний Суд неправильно застосовував практику Європейського суду з прав людини для вмотивування своїх рішень. Окрему увагу приділено проблемі можливості відводу судді у зв'язку із вчиненням/невчиненням суддею певних процесуальних дій. На підставі проведеного дослідження сформульовано висновки та надано рекомендації щодо вдосконалення судової практики. Статтю адресовано правникам-науковцям і практикам, аспірантам та студентам юридичних закладів вищої освіти.

¹ Статтю підготовлено за підтримки та в рамках стипендіальної програми IU-Ukraine Nonresidential Scholars Program в Університеті Індіани (США) у межах дослідження «Judicial impartiality in civil procedure: comparative study of EU and USA approaches with the proposals for Ukraine».

Ключові слова: неупередженість суду; об'єктивна неупередженість суду; суб'єктивна неупередженість суду; відвід судді; право на справедливий судовий розгляд.

Judicial Impartiality in Civil Proceedings: Case Law of the European Court of Human Rights and Selected Cases of the Supreme Court¹

Tetiana A. Tsvivina*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: tsvivinat@gmail.com

Abstract

The article addresses the issue of judicial impartiality in civil procedure, which is relevant from theoretical and practical perspectives. The purpose of the article is to highlight the main approaches to judicial impartiality as an integral part of the right to a fair trial in terms of the paragraph 1 Article 6 of the European Convention of Human Rights, as well as to analyze the Supreme Court's practice for compliance with the approaches to the interpretation of judicial impartiality developed in the case-law of the European Court of Human Rights. In the article the author uses general philosophical, general scientific and special research methods, in particular, dialectical, system-structural, logical and comparative legal methods, method of analysis and synthesis. The judicial impartiality is an integral element of the rule of law and the right to a fair trial. The European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights played a key role in the development of international standards of judicial impartiality within the European region. The European Court of Human Rights developed a dual approach to judicial impartiality, distinguishing between subjective and objective impartiality. An additional approach to verifying the impartiality of the court in the case law of the European Court of Human Rights is to distinguish between functional and personal impartiality. The analysis of the Supreme Court practice shows that the latter has not fully accepted the approaches to judicial impartiality developed by the of the European Court of Human Rights. The article analyzes certain cases of the Supreme Court, in which, in the author's opinion, the Supreme Court incorrectly applied the case-law of the European Court of Human Rights in order to motivate its decisions. In addition, special attention is paid to the problem of the possibility of judicial disqualification on the grounds of the performance/non-performance of certain procedural powers by a judge. The article can be interesting for legal scholars and practitioners, PhD students and students of law universities.

Keywords: impartiality of the court; objective impartiality of the court; subjective impartiality of the court; recusal of a judge; right to a fair trial.

¹ The article was written with the support of the IU-Ukraine Nonresidential Scholars Program at Indiana University (USA) as part of the research "Judicial impartiality in civil procedure: comparative study of EU and USA approaches with the proposals for Ukraine".

Вступ

В основі принципу неупередженості суду лежить римська максима *nemo iudex in sua causa debet esse*, відповідно до якої ніхто не може бути суддею у власній справі [1, с. 47]. Принцип неупередженості суду закріплено в багатьох міжнародних актах (ст. 10 Загальної декларації прав людини, ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Бангалорських принципах поведінки суддів 2006 р. (Принцип 2), Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи (КМРЄ) R(94)12 щодо незалежності, ефективності та ролі суддів від 13 жовтня 1994 р. (Принцип I, п. 2d) та CM/Rec (2010) 12 щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р., Висновках Консультативної ради європейських суддів (КРЕС) № 1 (2001) про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів від 1 січня 2001 р. (п. 12) та № 3 (2002) про принципи та правила, що регулюють професійну поведінку суддів (п. 27) та ін.). Водночас у межах європейського регіону виключне значення для формування єдиних підходів до тлумачення зазначеного принципу має визнання неупередженості суду невід'ємним елементом права на справедливий судовий розгляд цивільних справ у контексті п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) та практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Право на справедливий судовий розгляд висуває декілька вимог до суду як інституції в демократичному суспільстві. Так, відповідно до п. 1 ст. 6 ЄКПЛ суд має бути незалежним, неупередженим та встановленим відповідно до закону. Як свідчить аналіз літератури, найчастіше неупередженість суду здебільшого досліджується в її взаємозв'язку із суддівською незалежністю. Водночас, незважаючи на те, що незалежність та неупередженість суду часто згадуються в текстах міжнародних документів і національному законодавстві разом, на відміну від незалежності суду, яка зазнавала досить прискіпливої уваги як з боку міжнародних інституцій, так і в наукових джерелах, неупередженість суду залишається не досить вивченим та інституціалізованим концептом. На наш погляд, можна говорити про різноспрямованість незалежності та неупередженості суддів: якщо незалежність відбиває неможливість будь-якого зовнішнього тиску на суддю, то неупередженість відбиває безсторонність судді стосовно сторін спору та відсутність заінтересованості в результатах розгляду конкретного спору. Отже, неупередженість має виключно персональний вимір, стосується упередженості конкретного судді та його заінтересованості в результатах розгляду справи. Зазначеним пояснюється іманентний зв'язок між принципом неупередженості суду й питаннями суддівської етики та процедури відводу суддів.

У національному законодавстві неупередженість суду не згадується на конституційному рівні як окрема засада судочинства. Водночас згадку про необхідність розгляду справ неупереджено наведено в тексті присяги судді (ч. 1 ст. 57 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»), а справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ визнається завданням цивільного судочинства (ч. 1 ст. 2 ЦПК України). Крім того, у ЦПК України міститься вказівка на необхідність для суду зберігати об'єктивність і неупередженість (ч. 5 ст. 12), а обставини, що викликають сумніви в неупередженості або об'єктивності судді, закріплені як підстави для відводу суддів (п. 5 ч. 1 ст. 36). Крім того, вимога неупередженості суддів також згадується у Кодексі суддівської етики (статті 1, 7, 10, 15, 17). Незважаючи на посилання в національному законодавстві на необхідність забезпечення неупередженості суду, і досі як на доктринальному рівні, так і в судовій практиці відсутні єдині підходи до тлумачення міжнародних стандартів неупередженості суду в контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ.

Метою дослідження є виокремлення основних підходів до неупередженості суду як невід'ємного складника права на справедливий судовий розгляд у контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, а також аналіз практики Верховного Суду (далі – ВС) на відповідність підходам щодо тлумачення неупередженості суду, вироблених у практиці ЄСПЛ. Досягнення мети дослідження передбачає вирішення таких завдань: 1) дослідити дуальний підхід до неупередженості суду, розроблений у практиці ЄСПЛ, та розглянути приклади його застосування; 2) проаналізувати на відповідність практиці ЄСПЛ окремі позиції ВС щодо неупередженості суду, висловлені ним під час застосування процедури відводу.

Матеріали та методи

Принцип неупередженості суду неодноразово ставав предметом дослідження як зарубіжних, так і вітчизняних вчених [1–8], зокрема і авторки цієї статті [9, с. 200–234; 10–13]. Водночас, незважаючи на наявність окремих розвідок з цього питання, аналіз літератури та судової практики дозволяє зробити висновок, що в національній доктрині права неупередженість суду залишається не досить вивченим та інституалізованим концептом. Досі підходи, розвинуті у практиці ЄСПЛ, не повною мірою відбито в національній судовій практиці, передусім у практиці ВС, завданням якого є забезпечення єдності судової практики.

Вибір методів дослідження обумовлений його метою та завданнями. У роботі застосовано загальнофілософський, загальнонауковий та спеціальні методи дослідження, зокрема, діалектичний, системно-структурний, логіко-право-

вий та порівняльно-правовий методи, метод аналізу та синтезу. Здебільшого мета і завдання дослідження передбачають системний аналіз прецедентної практики ЄСПЛ та судових рішень ВС з питань неупередженості суду, на основі яких сформульовано авторські висновки із зазначеної проблематики та рекомендації щодо імплементації європейських стандартів неупередженості суду в національну судову практику.

Структурно стаття складається із двох частин. У першій частині висвітлюється дуальний підхід до неупередженості суду в практиці ЄСПЛ щодо тлумачення та застосування п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, розкриваються ознаки тесту на неупередженість суду та розглядаються типові ситуації, в яких постає питання про сумніви в неупередженості суддів. У другій частині статті здійснено критичний аналіз вибраних кейсів ВС, в яких останній застосовував міжнародні стандарти неупередженості суду, та надано рекомендації щодо вдосконалення судової практики.

Результати та обговорення

Неупередженість суду в контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ та практики ЄСПЛ: основні підходи

Дуальний підхід у практиці ЄСПЛ: об'єктивна та суб'єктивна неупередженість

Для розуміння неупередженості суду базовим має бути дуальний підхід, запропонований ЄСПЛ, відповідно до якого розрізняють: а) суб'єктивну неупередженість, що оцінюється з урахуванням особистих переконань, уподобань і поведінки конкретного судді; б) об'єктивну неупередженість, що перевіряється шляхом встановлення того, чи забезпечив сам суд, а також конкретний склад суду в справі, незалежно від поведінки будь-кого з його членів, достатні гарантії для виключення будь-яких обґрунтованих сумнівів щодо неупередженості суду [14].

У такому розумінні неупередженість має не лише існувати фактично (суб'єктивний критерій), а й забезпечуватися її розумна видимість (*reasonable appearance*) (об'єктивний критерій) [15]. ЄСПЛ виходить із того, що суб'єктивна неупередженість суду вимагає, щоб суддя був вільним від особистої упередженості, персональних передсудів чи заінтересованості [16], вона презюмується, доки не надані докази протилежного [17]. Доказами, які свідчать про наявність упередженого ставлення з боку судді у цьому випадку, наприклад, можуть бути конкретні факти проявів ворожнечі або недобррозичливості щодо сторін, впливу судді на розподіл справ з особистих причин тощо [18]. Натомість об'єктивна неупередженість передбачає існування достатніх

гарантій для усунення будь-яких обґрунтованих сумнівів у неупередженості судді з точки зору стороннього спостерігача, акцентуючи увагу на зовнішніх проявах неупередженості [19].

ЄСПЛ підкреслює, що на практиці не існує чіткого розмежування між об'єктивною та суб'єктивною неупередженістю, адже одні й ті самі факти можуть викликати як об'єктивні сумніви в неупередженості судді з точки зору стороннього спостерігача (об'єктивний критерій), так і відбивати особисті переконання судді (суб'єктивний критерій) [20], що часто зумовлює розгляд питання щодо порушення обох критеріїв разом [21]. Більш того, зважаючи на складність отримання доказів для спростування презумпції суб'єктивної неупередженості [22], у більшості справ ЄСПЛ фокусується саме на перевірці дотримання об'єктивного критерію [14]. У цьому аспекті думка заінтересованої особи є важливою, однак не має вирішального значення, і сама лише незгода з процесуальним рішенням, ухваленим суддею, не свідчить про легітимні сумніви в неупередженості [23].

Окрім зазначеного дуального підходу, прикладне значення має також виокремлення ЄСПЛ функціональної та персональної неупередженості суду, що вперше було запропоновано у справі *Kyprianou v. Cyprus*. При перевірці на відповідність критерію функціональної неупередженості суду персональна поведінка судді не ставиться під сумнів, проте виконання в провадженні різних функцій тією самою особою або ієрархічні чи схожі зв'язки з іншими учасниками процесу об'єктивно виправдовують побоювання в упередженості суду. Натомість сумніви в персональній неупередженості породжуються поведінкою конкретного судді, що може не відповідати як одному із критеріїв – об'єктивному чи суб'єктивному, так і обом критеріям залежно від конкретних обставин справи [20].

Ситуації, в яких виникає питання про неупередженість суду у практиці ЄСПЛ

ЄСПЛ неодноразово розглядалися ситуації, пов'язані з порушенням об'єктивної функціональної неупередженості суду у випадках повторної участі судді у розгляді тієї самої справи. У ранній практиці ЄСПЛ доходив висновку, що повторна участь судді у розгляді справи в суді вищої інстанції, якщо він був залучений до розгляду цієї справи в суді нижчої інстанції, суперечить п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. Проте з часом зазначений підхід був змінений, і ЄСПЛ почав виходити із того, що сама лише повторна участь судді в одній і тій самій справі автоматично не свідчить про порушення вимоги неупередженості [24]. При цьому для визначення того, чи мало місце порушення права на справедливий судовий розгляд, необхідно з'ясувати, по-перше, які

функції виконував суддя у першому та другому провадженнях, по-друге, чи існував близький зв'язок між питаннями, які вирішувалися під час проваджень у судах різних інстанцій. Крім того, до уваги мають бути взяті конкретні обставини справи та національні правила цивільного судочинства [25]. Наприклад, у справі *Oberschlick v. Austria* ЄСПЛ дійшов висновку про порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ через те, що до складу суду в апеляційній інстанції входив суддя, який ухвалив рішення у цій самій справі в суді першої інстанції, що фактично призвело до ситуації, коли в апеляційній інстанції суддя переглядав своє ж рішення [26]. У справі *Perus v. Slovenia* суддя-доповідач у справі заявника в касаційній інстанції був головуючим також при апеляційному перегляді справи у Високому Суді (the Higher Court) за дев'ять років до касаційного перегляду. Зазначений факт був визнаний таким, що становить порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, незважаючи на досить значний строк, що минув, між апеляційним та касаційним переглядом справи [27]. Іншою є позиція ЄСПЛ стосовно випадків участі судді, який ухвалив рішення у справі, у процедурі допуску апеляційних та касаційних скарг до оскарження. З цього приводу ЄСПЛ зазначає, що не є *prima facie* несумісною із вимогами неупередженості суду ситуація, за якої один і той самий суддя залучений спочатку до розгляду справи по суті, а надалі – до провадження щодо допустимості апеляційної скарги на це ж рішення [28]. У таких випадках порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ буде відсутнє, якщо під час процедури допуску перевірялися виключно формальні питання, і суд, який здійснював такий допуск, не оцінював питання обґрунтованості скарги. У таких ситуаціях повторна участь судді, який ухвалював рішення у справі, у процедурі допуску до оскарження є допустимою [11; 25; 29].

Вимога суб'єктивної неупередженості суду рідше постає у практиці ЄСПЛ, адже, як зазначалося вище, навести докази, що підтверджують її наявність, значно складніше. Так, у справі *Skrlj v. Croatia* заявник зауважував, що суддя, який розглядав його справу, лише за декілька днів до того, як винести вирок, в іншому провадженні за участю цього ж заявника задовольнив відвід через те, що між суддею та матір'ю заявника – іншою суддею цього ж суду, була ворожнеча та конфлікт, що триває. Зазначений факт свідчив про усвідомлення суддею, який розглядав справу, обставин, що обґрунтовують необхідність його відводу в усіх справах за участю заявника. Проте у другому провадженні суддя не заявив самовідвід. На думку ЄСПЛ, визнання суддею наявності підстав для сумнівів у його упередженості в одній справі мало стати підставою для його відсторонення і в іншій справі, що ним розглядалася, а отже, мало місце порушення суб'єктивної неупередженості суду [30].

Цікавою у цьому контексті є справа *Chmelir v. Czech Republic*, в якій заявник подав до суду заяву про відвід судді, яка входила до складу суду, що переглядав в апеляційному порядку рішення в його справі, через те, що він раніше мав із нею інтимні стосунки. У задоволенні заяви про відвід було відмовлено через неправдивість зазначеного факту, а дії заявника були оцінені судом як такі, що спрямовані на затягування процесу. Надалі заявник звернувся із позовом до цієї судді про захист особистих прав, що мало наслідком заявлення нового відводу в рамках апеляційного провадження за першою справою, що був вмотивований наявністю іншого провадження, в якому він та суддя виступають сторонами. Зважаючи на зазначене, суддя постановила ухвалу про неповагу до суду через неправдиві твердження, що містилися в першій заяві про відвід судді, та оголосила, що ці твердження можна кваліфікувати як «зухвалий та безпрецедентний випадок проти неї», що також був спрямований на затягування процесу. На заявника було накладено штраф та попереджено, що подібні дії у подальшому можуть бути кваліфіковані як злочин. Друга заява про відвід судді так само була відхилена із вказівкою на те, що така заява прирівнюється до «провокативного перешкоджання правосуддю та повторного випадку проти моральної цілісності судді». За результатами апеляційного перегляду первісної справи заявника йому було відмовлено в задоволенні апеляційної скарги. ЄСПЛ при аналізі відповідної ситуації зазначив, що провадження у цивільній справі за позовом заявника до судді та розгляд цією ж суддею апеляційної скарги у первісній справі заявника збігалися за часом майже протягом сімох місяців, що свідчить про те, що у заявника могли існувати підозри в тому, що його продовжують сприймати як процесуального опонента судді. До того ж суддя не розглядала питання про підстави другого клопотання про відвід, що стосувався цивільного позову проти неї, та не коментувала відповідний позов, не надавала жодних пояснень, які могли б розвіяти сумніви в її неупередженості під час вирішення питання про відвід удруге. Мотивування рішення про притягнення заявника до відповідальності за неповагу до суду свідчить, що суддя не змогла дистанціюватися належним чином від коментарів заявника, зроблених у першій заяві про відвід стосовно інтимного зв'язку між суддею та заявником, адже дії заявника були оцінені суддею з точки зору її особистого розуміння ситуації, її відчуттів, почуття гідності та особистих стандартів поведінки людини, оскільки вона почувалася жертвою та відчувала особисту образу. Отже, її особисте сприйняття ситуації, виключно особиста оцінка фактів та персональні судження були чинниками ухвалення відповідного рішення. Інакше кажучи, суддя, яка розглядала справу, занадто різко та емоційно відреагувала на дії заявника, що спричинило порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ [31]. Зазначена справа якнайкраще викриває проблему зовнішніх

виявів поведінки судді, відповідно до цього суддя завжди має залишатися зовнішньо нейтральним, особливо у ситуаціях, коли один і той самий склад суду відповідно до положень національного законодавства в певній державі розглядає справу та питання щодо притягнення до відповідальності за зловживання процесуальними правами або неповагу до суду.

Інколи в межах однієї справи ЄСПЛ констатує порушення одночасно об'єктивної та суб'єктивної неупередженості суду. У справі *Driza v. Albania* заявник скаржився на відсутність упередженості ВС Албанії через те, що шестеро з 15 суддів, які переглядали його справу в порядку нагляду, враховуючи Голову ВС Албанії, вже розглядали його справу в касаційному порядку та ухвалили рішення не на його користь. При цьому провадження в порядку нагляду було порушене самим Головою ВС Албанії. У цьому контексті ЄСПЛ зазначив, що повторна участь Голови ВС Албанії у розгляді справи за його ж зверненням суперечить вимогам суб'єктивної неупередженості, адже жодна особа не може бути одночасно стороною та суддею у власній справі. Водночас було констатовано недотримання й об'єктивної неупередженості, адже серед 15 суддів, які переглядали справу заявника, шість суддів вже до цього брали участь в ухваленні рішення в його справі. При цьому троє суддів мали вирішувати питання про те, чи припустилися вони помилки, вирішуючи справу до цього, а інші три судді вже висловлювали свою думку з приводу цієї справи під час підготовки справи до розгляду. Зважаючи на це, ЄСПЛ ухвалив, що у цій справі мало місце одночасне порушення обох критеріїв неупередженості суду [32].

Неупередженість суду в Україні: практика ВС

Підходи, вироблені у практиці ЄСПЛ, мають бути сприйняті й на рівні вітчизняної судової практики. Водночас аналіз окремих судових рішень ВС свідчить про наявність спірних моментів застосування практики ЄСПЛ під час розгляду та вирішення питань про відвід судді. Далі нами буде розглянуто декілька прикладів із практики ВС, в яких аргументація останнього є вкрай спірною з точки зору міжнародних стандартів неупередженості суду та теорії цивільного процесуального права.

Кейс судді О. Кібенко: розрізнення об'єктивної та суб'єктивної неупередженості у практиці Великої Палати Верховного Суду

В одній зі справ судді Великої Палати Верховного Суду (ВП ВС) О. Кібенко було заявлено відвід, вмотивований такими обставинами: а) висловлюваннями судді в докторській дисертації 2006 р., в якій, зокрема, досліджений механізм процедури примусового викупу акцій міноритарних акціонерів («squeeze-out»), питання про яку порушується і у відповідному провадженні;

б) ставленням судді-доповідача до міноритарних акціонерів, яке не змінилося з 2006 р., що підтверджують публікація цієї судді на її сторінці в соціальній мережі Facebook та запитання судді до учасників судового процесу в судовому засіданні; в) публічними виступами судді, які засвідчують, що єдиним способом захисту прав міноритарних акціонерів може бути оскарження ціни викупу акцій; г) незверненням її як судді-доповідача до відповідних фахівців Науково-консультативної ради при ВС стосовно підготовки наукового висновку з питання, яке стало підставою для передачі справи на розгляд ВП ВС [33].

Аналізуючи зазначену ситуацію з точки зору суб'єктивного та об'єктивного критерію неупередженості суду, ВП ВС зайняла досить своєрідну позицію. ВП ВС наголосила на «помилковості аргументу [учасника справи] щодо того, що відповідно до висновків ЄСПЛ *щонайменші* сумніви щодо упередженості судді є підставою для його виходу з процесу», зауваживши, що «для задоволення відводу *за об'єктивним критерієм* мають бути не щонайменші сумніви одного з учасників справи, а достатні підстави вважати, що суддя не є безстороннім або що йому бракує неупередженості під час розгляду справи». Зважаючи на зазначене, зроблено висновок про те, що ані поведінка судді під час розгляду справи та питання, які вона ставила, ані невикористання права на звернення до Науково-консультативної ради при ВС щодо наукового висновку, ані наукові дослідження або публічні висловлювання, які не стосувалися конкретно обставин справи, яка розглядалася, не створювали об'єктивних сумнівів в упередженості судді. Здавалося б, зазначене обґрунтування мало б потягнути за собою логічний висновок щодо відмови в задоволенні заяви про відвід. Проте у підсумку ВП ВС задовольнила клопотання про відвід судді-доповідача, вдаючись до досить сумнівного обґрунтування наявності у цій справі суб'єктивного критерію неупередженості суддів. Зокрема, ВП ВС зазначила, що «враховуючи значення, яке має вирішення справи № 908/137/18 для правової системи України, а також для того, щоби *за суб'єктивним критерієм* з боку стороннього спостерігача не виникали сумніви в неупередженості судді-доповідача під час вирішення справи, Велика Палата Верховного Суду задовольняє клопотання про відвід судді-доповідача» [33].

На нашу думку, із зазначеним висновком суду важко погодитися, зважаючи на неправильне потрактування судом критеріїв об'єктивної та суб'єктивної неупередженості суду в контексті практики ЄСПЛ. Дійсно, публічні виступи судді щодо певних правових проблем та її публікації, які не стосуються обставин конкретної справи, не мали бути підставою для відводу судді, що узгоджується не лише із практикою ЄСПЛ, однак і є усталеною практи-

кою зарубіжних держав [34, с. 891]. Не можуть бути підставою для відводу судді і певні твердження, висловлені на конференціях чи під час публічних виступів, або ж дописи судді стосовно правових проблем безвідносно до конкретної справи у соціальних мережах [див.: 35].

Водночас, як зазначалося нами вище, суб'єктивний критерій неупередженості суду враховує особисті переконання та поведінку конкретного судді, тобто визначає, чи мав суддя будь-які особисті упередження у справі [14], зокрема йдеться про фактичні прояви упередженості з боку судді [15], наприклад, прояви ворожнечі або недобррозичливості щодо сторін, вплив на розподіл справи з особистих причин [18], висловлювання у пресі щодо обставин справи та сторін до ухвалення рішення у справі [36] тощо. Отже, йдеться про суб'єктивне ставлення самого судді до сторін у справі, що знаходить прояв у його зовнішній поведінці. При цьому суб'єктивна безсторонність судді презюмується, і отримати докази для її спростування вкрай складно [17]. Саме враховуючи складність отримання доказів суб'єктивної упередженості, ЄСПЛ у більшості справ фокусується на перевірці об'єктивної неупередженості [14], яка і покликана забезпечити відсутність об'єктивних сумнівів у неупередженості судді з точки зору стороннього спостерігача [20]. Ураховуючи обставини конкретної справи, стає очевидним, що жодних дій, які б могли свідчити про суб'єктивну упередженість судді О. Кібенко у цій справі вчинено не було, а отже, обґрунтування відводу в зазначеній справі суб'єктивним критерієм неупередженості суду в поєднанні зі змішуванням цього критерію із об'єктивним критерієм оцінки неупередженості з точки зору стороннього спостерігача не відповідає практиці ЄСПЛ. На нашу думку, у зазначеній справі були відсутні підстави для задоволення заяви про відвід з точки зору як об'єктивного, так і суб'єктивного критерію неупередженості суду.

Кейс судді С. Погрібного: чи має бути одночасне порушення об'єктивної та суб'єктивної неупередженості для задоволення відводу?

Іншим показовим кейсом є ухвала Касаційного цивільного суду у складі ВС від 23 лютого 2021 р. у справі № 757/7499/17-ц, в якій суддя-доповідач заявив самовідвід через те, що на розгляд ВП ВС було подано науково-правовий висновок, підписаний особою, яка на момент розгляду справи виконувала обов'язки завідувача одного з відділів Київського регіонального центру Національної академії правових наук України, де суддя-доповідач працював, реалізуючи своє право на наукову діяльність. Зазначені обставини, на думку судді, свідчили про можливість виникнення конфлікту інтересів та могли спричинити сумніви в неупередженості й об'єктивності судді-доповідача під

час розгляду цієї справи. Аналізуючи сумніви в неупередженості суду, ВС зауважив, що «аналіз практики ЄСПЛ свідчить, що підставами для відводу судді є *одночасне існування як суб'єктивного, так і об'єктивного критеріїв*», як наслідок, суд дійшов висновку, що вказані у заяві про самовідвід обставини «свідчать виключно про вірогідність існування лише об'єктивного критерію, проте не доводять існування суб'єктивного критерію», а тому були відсутні «підстави для сумнівів у особистій неупередженості й безсторонності судді, а відповідно й перешкоди для продовження розгляду справи за участі судді» [37]. Поділяючи позицію суду щодо відсутності підстав для визнання судді упередженим через наявність зв'язку між суддею та членом Науково-консультативної ради при ВС, не можемо, однак, погодитися з обґрунтуванням, наданим ВС, адже останнє прямо суперечить практиці ЄСПЛ, який неодноразово підкреслював, що для визнання судді упередженим достатнім є встановлення хоча б одного з двох критеріїв неупередженості суду – об'єктивного або суб'єктивного.

Кейс судді В. Пророка: чи можуть процесуальні дії суддів бути підставою для відводу?

Показовою в контексті проблематики, що розглядається, є ухвала КЦС ВС, постановлена суддею В. Пророком у справі № 201/473/17, яка фактично легітимізує можливість відводу судді з підстав вчинення чи невчинення ним процесуальних дій. У цій справі банк, який був стороною у справі, заявив відвід суддям ВС на тій підставі, що йому було відмовлено у задоволенні заяви про зупинення виконавчого провадження без належного мотивування, хоча ним були надані докази відкриття виконавчого провадження та в аналогічних справах зазначені судді задовольняли подібні клопотання. Крім того, банком зазначалося, що внаслідок відмови у задоволенні клопотання про зупинення виконавчого провадження з банку було стягнуто значну суму коштів. ВС задовольнив відвід, зазначивши, що «та обставина, що, відмовляючи у зупиненні виконання оскаржуваних судових рішень у цій резонансній справі, судді не навели інших мотивів для відмови, окрім вказівки, що аналіз доводів клопотання не дає підстави для висновку про наявність необхідності зупинення виконання оскаржуваних судових рішень, за наявності протилежної практики суддів за схожих обставин, свідчить про наявність об'єктивного критерію для відводу, коли у сторони може виникнути обґрунтований сумнів у неупередженості суддів» [38]. На нашу думку, зазначена справа є досить цікавою з точки зору розуміння об'єктивного критерію неупередженості суду та можливості застосування відводу як засобу реагування на застосування/незастосування повноважень суду, тим більше, якщо такі повноваження мають дискреційну природу.

Аналіз практики ЄСПЛ свідчить, що в окремих випадках поведінка судді під час провадження у справі може свідчити про його/її упередженість. Наявність упередженості через певні дії судді в судовому провадженні пов'язується, як правило, із суб'єктивним критерієм неупередженості внаслідок його/її висловлювань або мови процесуальних документів. Так, у справі *Filyutkin v. Russia* порушення було визнане через те, що в проміжній ухвалі суду в кримінальному провадженні, ще до визнання заявника винним, суддя називав підсудного «особою, яка скоїла злочин», а за результатами розгляду справи визнав його винним у вчиненні злочину [39]. Аналогічна ситуація мала місце у справі *Romenskiy v. Russi*, адже ще до розгляду справи по суті, в ухвалі про відмову у задоволенні клопотання про звільнення заявника на період слухання справи в суді, суд, відмовляючи у задоволенні такого клопотання, мотивував свою ухвалу тим, що «заявник скоїв тяжкий злочин», тобто йдеться про те, що суд вважав заявника винним ще до судового розгляду справи та ухвалення вироку [40].

Показовою в цьому контексті є справа *Vardanyan and Nanushyan v. Armenia*, де ЄСПЛ констатував порушення права на справедливий судовий розгляд, адже суддя, який розглядав справу, примушував сторін до укладення мирової угоди, погрожуючи їм несприятливими наслідками у разі відмови від її укладення. Серед іншого, суддя наголошував на тому значенні, яке судом надається факту відмови сторін підписати мирову угоду для подальшого провадження. На думку ЄСПЛ, зазначені факти дали заявнику право обґрунтовано сумніватися в тому, що у випадку, якщо він не погодиться на дружнє врегулювання спору, це негативно вплине на результати розгляду його справи [41].

В окремих випадках неупередженість суду може оцінюватися крізь призму використання суддею повноважень із судового кейс-менеджменту (judicial case management), що наразі є популярним інститутом у законодавствах зарубіжних держав [42]. У зарубіжній літературі в контексті неупередженості суду в цій площині передусім постає питання щодо можливості наділення судді більш активними повноваженнями в судовому процесі (наприклад, роз'яснення стороні особливостей судового провадження та окремих дій, інформування сторін щодо необхідних у справі доказів, строків позовної давності та процесуальних строків тощо) у випадку розгляду малозначних спорів та за відсутності професійного представника [34, с. 874–875]. На нашу думку, враховуючи сучасні тенденції до спрощення цивільного судочинства та тенденції введення правил судового кейс-менеджменту, такі повноваження судді за умови їх реалізації в межах, наданих законом, не шкодять суддівській неупередженості та не підривають її.

У зв'язку із зазначеним виникає питання щодо можливості закріплення порушення процесуального законодавства як окремої підстави для відводу суддів, про що інколи зазначається в літературі. На наш погляд, подібні пропозиції є необґрунтованими, адже завданням інституту відводу є забезпечення особам права на неупереджений судовий розгляд, а не боротьба із порушеннями норм процесуального права з боку судді під час розгляду справи, що є завданням апеляційного та касаційного перегляду судових рішень, а в окремих випадках і інституту дисциплінарної відповідальності суддів.

Водночас, у аналізованій справі ВС питання ставиться навіть більш широко: чи може застосування дискреційного повноваження судді та невмотивованість ухвали суду становити підстави для відводу? Вважаємо, що в цьому випадку можна говорити про невмотивованість судового рішення як порушення гарантій п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, проте класичним засобом подолання таких недоліків є оскарження судового рішення, а не відвід. Можна зауважити, що у цій конкретній ухвалі йдеться про відвід суддів ВС, оскарження невмотивованості актів яких фактично не передбачається через те, що ВС є судом найвищої інстанції. Проте фактично зазначене рішення ВС припускає можливість відводу суддів за використання/невикористання їх дискреційних повноважень (у цьому конкретному випадку незадоволення клопотання про зупинення провадження у справі), що здійснюється на підставі оцінки іншого судді ВС, який не входить до складу суду, якому заявлено відвід. На нашу думку, ані незгода з процесуальними діями судді, ані судові рішення в інших справах, постановлені суддею, ані невмотивованість окремих судових рішень не можуть бути підставою для відводу судді. Протилежне трактування принципу неупередженості суду та інституту відводу суперечить теорії цивільного процесуального права та містить потенційні ризики з точки зору ефекту для судової практики судів нижчої інстанції. Вказане рішення фактично легітимізує можливість задоволення відводу судді та подальше його усунення від розгляду справи на підставі ухвалення невмотивованих рішень, порушень норм процесуального права та використання/невикористання дискреційних повноважень, що може потягнути за собою конкуренцію між процедурами оскарження та відводу в судах нижчих інстанцій, зважаючи на обов'язковість врахування позицій ВС при розгляді справ судами нижчих інстанцій.

Висновки

Неупередженість суду є невід'ємним елементом верховенства права та права на справедливий судовий розгляд. Ключову роль у розробленні міжнародних

стандартів неупередженості суду в межах європейського регіону відіграли п. 1 ст. 6 ЄКПЛ та практика ЄСПЛ щодо тлумачення та застосування цієї статті. У своїй практиці ЄСПЛ пропонує дуальний підхід до неупередженості суду, виокремлюючи суб'єктивну та об'єктивну неупередженість суду. Суб'єктивна неупередженість суду має персональний характер та відбиває передусім відсутність особистих упереджень судді стосовно сторони або справи, а також відсутність його заінтересованості у результатах справи. Об'єктивна неупередженість суду передбачає необхідність забезпечення видимих гарантій неупередженості суду при розгляді конкретної справи з боку будь-якого стороннього спостерігача. Останнє якнайяскравіше відбивається у сентенції «правосуддя не лише має здійснюватися, має бути видно, що воно здійснюється» (*Justice must not only be done, but must also be seen to be done*).

За сучасних умов на рівні зарубіжних законодавств також розрізняють два стандарти неупередженості суду – стандарт фактичної і стандарт видимої неупередженості, що використовуються для визначення суб'єктивної та об'єктивної неупередженості суду відповідно. Стандарт фактичної неупередженості вимагає для усунення судді від розгляду справи з'ясування наявності фактичного упередженого ставлення до сторін та наведення доказів цього. Натомість стандарт видимої неупередженості визнає достатнім для усунення судді існування сумнівів у неупередженості суду з точки зору третьої незаінтересованої особи. У більшості національних законодавств зараз відбитий другий стандарт, який дозволяє усунути суддю від розгляду справи не лише у випадку наявності суб'єктивної упередженості, однак, і за наявності об'єктивної упередженості, що не завжди може бути доведена на підставі конкретних доказів, які доводять персональні упередження судді щодо сторін.

Аналіз українського цивільного процесуального законодавства дає підстави зробити висновок, що процесуальними гарантіями принципу неупередженості суду є закріплення конвенційного механізму захисту права на неупереджений суд у контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, закріплення в ЦПК процедури відводу суддів (ст. 36–37 ЦПК України) та правила визначення підсудності у справах, де однією зі сторін є суд або суддя цього суду (ст. 26 ЦПК України).

Аналіз практики ВС свідчить, що останнім загалом при вирішенні питання про відвід суддів часто здійснюється посилання на практику ЄСПЛ стосовно неупередженості суду. Водночас наведені вище кейси із практики ВС свідчать, що останнім не повною мірою сприйняті підходи до неупередженості суду, вироблені у практиці ЄСПЛ. Так, можна говорити про випадки непра-

вильного посилення на суб'єктивний та об'єктивний критерії неупередженості суду, їх змішування, а також окремі випадки прямо протилежної позиції ЄСПЛ застосування зазначених критеріїв. Дискусійною також є практика КЦС ВС, який фактично дозволяє можливість задоволення відводу через оцінку дискреційних повноважень судді у провадженні, що здатне створити конкуренцію процедури оскарження судового рішення та процедури відводу в судах нижчих інстанцій.

Неправильне тлумачення ВС конвенційних підходів до тлумачення міжнародних стандартів неупередженості суду має системоутворювальний вплив на практику судів нижчих інстанцій, що може мати наслідком порушення вимог неупередженості суду, сформованих ЄСПЛ, через відтворення судами нижчих інстанцій правових позицій ВП ВС, які суперечать підходам ЄСПЛ. Зважаючи на зазначене, окрім реформування цивільного процесуального законодавства, першочерговим завданням має стати також сприйняття судовою практикою відповідних алгоритмів оцінки суду на неупередженість, вироблених ЄСПЛ. Зазначене питання потребує системного вивчення та дослідження з точки зору як процесуального, так і етичного аспекту неупередженості суддів, що розглядається у разі притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності за порушення вимог принципу неупередженості суду.

Список використаних джерел

- [1] Jacobs L. Tribunal Independence and Impartiality: Rethinking the Theory after Bell and Ocean Port Hotel – A Call for Empirical Analysis. *Dialogue between Courts and Tribunals – Essays in Administrative Law and Justice (2001–2007)*. Les Éditions Thémis, 2008. P. 43–66. URL: <https://ssrn.com/abstract=1973725>.
- [2] Perell P. M. The Disqualification of Judges and Judgments on the Grounds of Bias or the Reasonable Apprehension of Bias. *Advocates' Quarterly*. 2004. Vol. 29(2). P. 102–117.
- [3] Amin A. Implicit Bias in the Courtroom and the Need for Reform. *Georgetown Journal of Legal Ethics*. 2017. Vol. 30(4). P. 575–592.
- [4] Litteneker R. J. Disqualification of Federal Judges for Bias or Prejudice. *University of Chicago Law Review*. 1978. Vol. 46(1). P. 236–268.
- [5] Гуйван П. Д. Незалежність і безсторонність судової влади як визначальний показник справедливого судочинства. *Право і суспільство*. 2019. № 4. С. 71–77. <https://doi.org/10.32842/2078-3736-2019-4-10/>
- [6] Татулич І. Ю. Неупереджений судовий розгляд – гарантія досягнення основних завдань цивільного судочинства. *Правова держава*. 2016. № 24. С. 154–158.
- [7] Чабан Н. А. Неупередженість судової влади як гарантія забезпечення прав людини: теоретико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2021. 292 с.
- [8] Овсяннікова О. О. Безсторонність суду як елемент справедливості судової влади. *Juris Europensis Scientia*. 2020. № 2. С. 90–96. <https://doi.org/10.32837/chern.v0i2.81>.

- [9] Цувіна Т. А. Принцип верховенства права у цивільному судочинстві теоретико-прикладне дослідження : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2022. 600 с.
- [10] Цувіна Т. А. Неупередженість суду у контексті практики Європейського суду з прав людини. *Право України*. 2011. № 10. С. 304–312.
- [11] Цувіна Т. А. Повторна участь судді у розгляді справи між сторонами: деякі зауваги щодо функціональної неупередженості суду у контексті принципу верховенства права. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 218–222.
- [12] Цувіна Т. А. Незалежність та неупередженість суду як складові верховенства права у цивільному судочинстві. *Теорія і практика правознавства*. 2019. Вип. 2(16), 5. <https://doi.org/10.21564/2225-6555>.
- [13] Цувіна Т. А. Неупередженість суду: міжнародні стандарти та національний контекст. *Матеріали круглого столу, присвяченого 18-й річниці Європейського дня цивільного правосуддя* (м. Харків, 25 жовт. 2021 р.). Харків : ТОВ Оберіг, 2021. С. 57–61.
- [14] *Micallef v. Malta* [GC] No. 17056/06, 15 October 2009. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95031> (дата звернення: 20.01.2023).
- [15] *Rustavi 2 Broadcasting Company LTD and others v. Georgia* No. 16812/17, 18 July 2019. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95031> (дата звернення: 20.01.2023).
- [16] *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* No. 6878/75, 23 June 1981. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57522> (дата звернення: 20.01.2023).
- [17] *Padovani v. Italy* No. 13396/87, 26 February 1993. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57812> (дата звернення: 20.01.2023).
- [18] *De Cubber v. Belgium* No. 9186/80, 26 October 1984. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57465> (дата звернення: 20.01.2023).
- [19] *Castillo Algar v. Spain* No. 28194/95, 28 October 1998. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58256> (дата звернення: 20.01.2023).
- [20] *Kyprianou v. Cyprus* [GC] No. 73797/01, 15 December 2005. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71671> (дата звернення: 20.01.2023).
- [21] *Kleyn and others v. ehe Netherlands* No. 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99, 6 May 2003. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-61077> (дата звернення: 20.01.2023).
- [22] *Pullar v. the United Kingdom* No. 22399/93, 10 June 1996. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57995> (дата звернення: 20.01.2023).
- [23] *Academy Trading Ltd and Others v. Greece* No. 30342/96, 4 April 2000. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58536> (дата звернення: 20.01.2023).
- [24] *Indra v. Slovakia* No. 46845/99, 01 February 2005. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68114> (дата звернення: 20.01.2023).
- [25] *Warsicka v. Poland* No. 2065/03, 16 January 2007. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79036> (дата звернення: 20.01.2023).
- [26] *Oberschlick v. Austria* No. 11662/85, 23 May 1991. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57716> (дата звернення: 20.01.2023).
- [27] *Perus v. Slovenia* No. 35016/05, 27 September 2012. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113520> (дата звернення: 20.01.2023).
- [28] *R.M.B. v. the United Kingdom* (dec.) No. 37120/97. 9 September 1998. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4402> (дата звернення: 20.01.2023).

- [29] *Central Mediterranean Development Corporation Limited v. Malta* (No. 2), No. 18544/08, 22 November 2011. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107552> (дата звернення: 20.01.2023).
- [30] *Skrlić v. Croatia*, No. 32853/13, 11 July 2019. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194299> (дата звернення: 20.01.2023).
- [31] *Chmelir v. Czech Republic* No. 64935/01, 07 June 2005. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69266> (дата звернення: 20.01.2023).
- [32] *Driza v. Albania* No. 33771/02, 13 November 2007. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83245> (дата звернення: 20.01.2023).
- [33] Ухвала Великої Палати ВС від 04.02.2020 р. у справі № 908/137/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87485407> (дата звернення: 20.01.2023).
- [34] Hughes J., Bryden Ph. From Principles to Rules: The Case for Statutory Rules Governing Aspects of Judicial Disqualification. *Osgoode Hall Law Journal*. 2016. Vol. 53. No. 3. P. 853–897.
- [35] Цувіна Т. А. Активність судді у соціальних мережах та його неупередженість у контексті права на справедливий судовий розгляд. *Теорія та практика сучасної юриспруденції* : матеріали XXIV наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 трав. 2020 р.). Харків, 2020. С. 443–445.
- [36] *Lavents v. Latvia*, No. 58442/00, 28 November 2002. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60802> (дата звернення: 20.01.2023).
- [37] Ухвала КІС ВС від 23.02.2021 р. у справі No. 757/7499/17-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95067227> (дата звернення: 20.01.2023).
- [38] Ухвала КІС ВС від 06.09.2022 р. у справі № 201/473/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106116571> (дата звернення: 20.01.2023).
- [39] *Filyutkin v. Russia*, No. 39234/08, 27 July 2018. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-185284> (дата звернення: 20.01.2023).
- [40] *Romenskiy v. Russia*, No. 22875/02, 13 June 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120512> (дата звернення: 20.01.2023).
- [41] *Vardanyan and Nanushyan v. Armenia*, No. 8001/07, 27 October 2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167760> (дата звернення: 20.01.2023).
- [42] Цувіна Т. А. Концепція case management: зарубіжний досвід та перспективи запровадження в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 1. С. 75–78. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-1/18>.

Referenses

- [1] Jacobs, L. (2008). Tribunal Independence and Impartiality: Rethinking the Theory after Bell and Ocean Port Hotel – A Call for Empirical Analysis. In *Dialogue between Courts and Tribunals – Essays in Administrative Law and Justice* (2001–2007) (pp. 43-66). Les Éditions Thémis. Retrieved from SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1973725>.
- [2] Perell, P.M. (2004). The Disqualification of Judges and Judgments on the Grounds of Bias or the Reasonable Apprehension of Bias. *Advocates' Quarterly*, 29(2), 102-117.
- [3] Amin, A. (2017). Implicit Bias in the Courtroom and the Need for Reform. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 30(4), 575-592.
- [4] Litteneker, R.J. (1978). Disqualification of Federal Judges for Bias or Prejudice. *University of Chicago Law Review*, 46(1), 236-268.
- [5] Guivan, P.D. (2019). Independence and Impartiality of the Judiciary as a Determining Indicator of Fair Trial. *Law and Society*, 4, 71-77.

- [6] Tatulych, I.Yu. (2016). Impartial Trial – a Guarantee of Achieving the Main Objectives of Civil Proceedings. *Legal State*, 24, 154-158.
- [7] Chaban, N.A. (2021). *Impartiality of the Judiciary as a Guarantee of Human Rights: a Theoretical and Legal Study*. PhD Thesis. Kyiv: National Academy of Internal Affairs.
- [8] Ovsyannikova, O.O. (2020). Impartiality of the Court as an Element of Fair Judiciary. *Juris Europensis Scientia*, 2, 90-96. <https://doi.org/10.32837/chern.v0i2.81>.
- [9] Tsvina, T.A. (2022). *Principle of the Rule of Law in Civil Proceedings: Theoretical and Practical Study*. Doctoral Thesis. Kharkiv: Yaroslav Mudryi National Law University.
- [10] Tsvina, T.A. (2011). Impartiality of the Court in the context of the European Court of Human Rights Case Law. *Law of Ukraine*, 10, 304-312.
- [11] Tsvina, T.A. (2020). Repeated Participation of a Judge in a Case between the Parties: Some Remarks On The Functional Impartiality of The Court in the Context of the Rule of Law. *Comparative and Analytical Law*, 1, 218-222.
- [12] Tsvina, T.A. (2019). Independence and Impartiality of the Court as Components of the Rule of Law in Civil Proceedings. *Theory and practice of jurisprudence*, 2(16), 5. Retrieved from <http://tlaw.nlu.edu.ua/issue/view/11268/showToc>.
- [13] Tsvina, T.A. (October, 2021). Judicial Impartiality: International Standards and National Context. In *Materials of the round table dedicated to the 18th anniversary of the European Day of Civil Justice* (pp. 57-61). Kharkiv: Oberig.
- [14] *Micallef v. Malta* [GC] No. 17056/06. (2009, October). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95031>.
- [15] *Rustavi 2 Broadcasting Company LTD and others v. Georgia* No. 16812/17. (2019, July). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95031>.
- [16] *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* No. 6878/75. (1981, June). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57522>.
- [17] *Padovani v. Italy* No. 13396/87. (1993, February). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57812>.
- [18] *De Cubber v. Belgium* No. 9186/80. (1984, October). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57465>.
- [19] *Castillo Algar v. Spain* No. 28194/95. (1998, October). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58256>.
- [20] *Kyprianou v. Cyprus* [GC] No. 73797/01. (2005, December). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71671>.
- [21] *Kleyn and others v. the Netherlands* No. 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99. (2003, May). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-61077>.
- [22] *Pullar v. the United Kingdom* No. 22399/93. (1996, June). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57995>.
- [23] *Academy Trading Ltd and Others v. Greece* No. 30342/96. (2000, April). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58536>.
- [24] *Indra v. Slovakia* No. 46845/99. (2005, February). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68114>.
- [25] *Warsicka v. Poland* No. 2065/03. (2007, January). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79036>.
- [26] *Oberschlick v. Austria* No. 11662/85. (1991, May). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57716>.
- [27] *Perus v. Slovenia* No. 35016/05. (2012, September). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113520>.

- [28] R.M.B. v. the United Kingdom (dec.) No. 37120/97. (1998, September). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4402>.
- [29] Central Mediterranean Development Corporation Limited v. Malta (No. 2), No. 18544/08. (2011, November). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107552>.
- [30] Skrlj v. Croatia No. 32853/13. (2019, July). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194299>.
- [31] Chmelir v. Czech Republic No. 64935/01. (2005, June). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69266>.
- [32] Driza v. Albania No. 33771/02. (2007, November). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83245>.
- [33] Decision of the Grand Chamber of the Supreme Court case No. 908/137/18. (2020, February). Retrieved from <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87485407>.
- [34] Hughes, J., & Bryden, Ph. (2016). From Principles to Rules: The Case for Statutory Rules Governing Aspects of Judicial Disqualification. *Osgoode Hall Law Journal*, 53(3), 853-897.
- [35] Tsvina, T.A. (May, 2020). Judge's Activity in Social Networks and His/Her Impartiality in terms of the Right to a Fair Trial. In *Theory and Practice of Modern Jurisprudence: materials of the XXIV scient. and pract. conf.* (pp. 443-445). Kharkiv.
- [36] Lavents v. Latvia No. 58442/00. (2002, November). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60802>.
- [37] Decision of the Civil Cassation Court of the Supreme Court. (2021, February) case No. 757/7499/17-c. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95067227>.
- [38] Decision of the Civil Cassation Court of the Supreme Court. (2022, September), case No. 201/473/17. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106116571>.
- [39] Filyutkin v. Russia, No. 39234/08. (2018, July). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-185284>.
- [40] Romenskiy v. Russia No. 22875/02. (2013, June). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120512>.
- [41] Vardanyan and Nanushyan v. Armenia No. 8001/07. (2016, October). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167760>.
- [42] Tsvina, T.A. (2020). The Concept of Case Management: Foreign Experience and Prospects for Implementation in Ukraine. *Legal Scientific Electronic Journal*, 1, 75-78. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-1/18>.

Тетяна Андріївна Цувіна

докторка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: tsuvinat@gmail.com
ORCID 0000-0002-5351-1475

Tetiana A. Tsvina

Doctor of Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Civil Justice and Advocacy
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: tsuvinat@gmail.com
ORCID 0000-0002-5351-1475

Рекомендоване цитування: Цувіна Т. А. Неупередженість суду в цивільному судочинстві: практика Європейського суду з прав людини та вибрані кейси Верховного Суду. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 45–65. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273808>.

Suggested Citation: Tsvina, T.A. (2023). Judicial Impartiality in Civil Proceedings: Case Law of the European Court of Human Rights and Selected Cases of the Supreme Court. *Problems of Legality*, 160, 45-65. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273808>.

Статтю подано / Submitted: 13.02.2023

Доопрацьовано / Revised: 01.03.2023

Схвалено до друку / Accepted: 06.03.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Об'єкт суміжних прав організації мовлення

Анна Сергіївна Штефан*

*Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності НАПрН України,
Київ, Україна*

**e-mail: anna_shtefan@ukr.net*

Анотація

Статтю присвячено характеристиці об'єкта суміжних прав організації мовлення. Предметом дослідження є правова регламентація цього об'єкта у законах України «Про телебачення і радіомовлення», «Про авторське право і суміжні права» 1993 р. та Цивільному кодексі України, норми яких тривалий час містили колізії, і Законі України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р. Мета статті полягає у наданні комплексної характеристики програми організації мовлення як об'єкта суміжних прав та визначенні її співвідношення з передачею організації мовлення. Дослідження проведено із застосуванням історичного, порівняльно-правового, формально-юридичного, діалектичного та логічних методів. Обґрунтовано, що передача у разі наявності творчого внеску в її створення є усним твором (радіопередача) або аудіовізуальним твором (телевізійна передача), який має здатність до авторсько-правової охорони. Суміжні ж права організацій мовлення поширюються на сукупність передач та інших матеріалів, об'єднаних у програму організації мовлення, а не на окремі складові цієї програми. Такий підхід відображено і в нормах нового Закону України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р. Визначено, що програма організації мовлення не тотожна складеному твору, її правова охорона охоплює результат не творчого добору і упорядкування певних матеріалів, а організаційної і технічної діяльності з компонування певних об'єктів у цілісну програму, яка транслюється мовником за певною сіткою мовлення.

Ключові слова: програма організації мовлення; авторське право; суміжні права; інтелектуальна власність.

Object of Related Rights of Broadcasting Organizations

Anna S. Shtefan*

*Intellectual Property Scientific Research Institute of the NALS of Ukraine,
Kyiv, Ukraine*

**e-mail: anna_shtefan@ukr.net*

Abstract

The article is devoted to the characteristics of the object of related rights of a broadcasting organization. The subject matter of the study is the legal regulation of this object in the Laws of Ukraine "On Television and Radio Broadcasting", "On Copyright and Related Rights" of 1993, and the Civil Code of Ukraine whose provisions contained conflicts for a long time, and the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" of 2022. The purpose of the article is to provide a comprehensive characterization of the broadcasting organization program as an object of related rights and to determine its relationship with the separate show of the broadcasting organization. The study was conducted using historical, comparative legal, formal legal, dialectical and logical methods. It is substantiated that a separate show, in case of a creative contribution to its creation, is an oral work (radio show) or an audiovisual work (television show) capable of copyright protection. Related rights of broadcasting organizations extend to a set of shows and other materials combined in the program but not to individual components of this program. This approach is also reflected in the provisions of the new Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" of 2022. It is determined that the program of broadcasting organization is not identical to a composite work since its legal protection covers the result of not creative selection and arrangement of certain materials but organizational and technical efforts to compose certain objects into a complete program.

Keywords: broadcasting program; copyright; related rights; intellectual property.

Вступ

Згідно із законодавством України організації мовлення є суб'єктами суміжних прав. Однак донедавна правова регламентація об'єкта, щодо якого виникають права організацій мовлення, не мала достатньої чіткості. Закон України «Про авторське право і суміжні права» 1993 р. [1] визнавав об'єктом суміжних прав передачі (програми) організацій мовлення. У Цивільному кодексі України [2] (далі – ЦК) цей об'єкт визначався як програми (передачі) або передачі (програми) організацій мовлення. Зазначені нормативно-правові акти надавали програмі і передачі синонімічне значення, у той час як Закон України «Про телебачення і радіомовлення» [3] розмежував ці об'єкти та визначив їх як частину (передача) і ціле (програма). При цьому тлумачення поняття «передача» давало підстави розглядати її як твір і, відповідно, об'єкт авторського права.

У зв'язку з цим постало питання, що саме є об'єктом суміжних прав організацій мовлення, а доктринальні спроби дати відповідь на нього привели до формування трьох різних концепцій. Найбільшого поширення набула думка, що суміжними правами охороняються одночасно і окрема передача, і програма організації мовлення як сукупність передач [4, с. 401; 5, с. 93, 96; 6, с. 10]. Згідно з другою точкою зору об'єктом суміжних прав є лише програма, при цьому правова кваліфікація передачі здійснена по-різному.

Н. Є. Яркіна запропонувала вважати об'єктом суміжних прав програму мовлення, до складу якої входить передача, при цьому «передача мовлення повинна охоронятися як частина програми» [7, с. 10]. Отже, ці обидва об'єкти віднесено до сфери суміжних прав. І. А. Стройко обґрунтувала, що об'єктом суміжних прав є програма організації мовлення, тоді як передача – це об'єкт авторського права [8, с. 25]. Прибічники третього підходу дійшли висновку, що суміжними правами охороняється «процес передачі (сповіщення) програм (передач) організаціями мовлення» [9, с. 144], «процес здійснення мовлення (поширення сигналу за допомогою технічних засобів зв'язку)» [10, с. 56].

Першого січня 2023 р. набрав чинності новий Закон України «Про авторське право і суміжні права», прийнятий 1 грудня 2022 р. [11]. У цьому Законі об'єктом суміжних прав організацій мовлення визначено програму організації мовлення – поєднану єдиною творчою концепцією сукупність передач (телерадіопередач), інших творів та/або об'єктів суміжних прав, яка має постійну назву і транслюється радіомовником чи телемовником за певною сіткою мовлення (п. 40 ст. 1, п. 4 ч. 1 ст. 34). Правовий статус передачі (телерадіопередачі) у нормах Закону не конкретизовано, а отже, незрозуміло, чи охороняється вона суміжними правами у складі програми організації мовлення, чи є окремим об'єктом, який має здатність до авторсько-правової охорони.

Окрім того, слід урахувувати, що на рівні Всесвітньої організації інтелектуальної власності триває робота над розробкою нового міжнародного договору про охорону прав організацій мовлення. У ч. 1 ст. 3 проєкту договору, підготовленого 4 березня 2022 р., об'єктом правової охорони визначено сигнал, який несе програму та використовується організаціями мовлення для трансляцій [12].

То що ж має охоронятися суміжними правами – програма організації мовлення, процес сповіщення програми чи сигнал, який несе програму, – і яким об'єктом правової охорони є окрема передача (телерадіопередача)? Надання відповідей на зазначені питання є метою цього дослідження. У статті також буде здійснено аналіз основних положень нормативно-правових актів у сфері охорони прав інтелектуальної власності організацій мовлення, що дозволить продемонструвати глибину порушеної проблематики.

Матеріали та методи

Підготовку цієї статті проведено із застосуванням низки методів наукового пізнання, які сприяли здійсненню об'єктивного і комплексного розгляду питань, що охоплюються метою дослідження. Історичний метод дав змогу

встановити етапи формування законодавчих положень у сфері охорони прав інтелектуальної власності організацій мовлення. Із застосуванням порівняльно-правового методу виявлено розбіжності між положеннями нормативно-правових актів, чинних на відповідному етапі розвитку законодавства. Формально-юридичний метод використовувався для тлумачення положень законодавства щодо охорони прав інтелектуальної власності організацій мовлення. Діалектичний метод пізнання правових явищ сприяв розкриттю сутності понять «передача (телепередача) організації мовлення», «програма організації мовлення», «сигнал, що несе програму», «процес сповіщення програми». Логічні методи аналізу і синтезу дозволили вивести комплексне знання про об'єкт суміжних прав організацій мовлення.

Результати та обговорення

Тлумачення об'єкта суміжних прав організацій мовлення у законодавстві України

Проблема кваліфікації об'єкта права інтелектуальної власності організацій мовлення виникла у вітчизняному законодавстві з набранням чинності законами України «Про телебачення і радіомовлення» та «Про авторське право і суміжні права», прийнятими відповідно 21 та 23 грудня 1993 р. Протягом подальших десяти років ці законодавчі акти по-різному визначали склад об'єктів, щодо яких охороняються права організацій мовлення, і режим їх правової охорони.

У ст. 36 первинної редакції Закону України «Про телебачення і радіомовлення» за телерадіоорганізацією закріплювалося авторське право на створені нею передачі (фільми) і програми. Прийнятий на два дні пізніше Закон України «Про авторське право і суміжні права» відніс організації мовлення до суб'єктів суміжних прав. Однак зміст норм Закону не дозволяв однозначно встановити, який саме об'єкт охороняється суміжними правами. Окремого положення, яке б визначало перелік об'єктів суміжних прав, у первинній редакції Закону не було. У ч. 3 ст. 32 Закону встановлювався критерій охорони суміжних прав організації мовлення – здійснення передачі з передавачів, розташованих на території України. У цьому положенні термін «передача» вживався у значенні процесу передавання сигналу. Водночас у ст. 35 Закону в переліку прав організацій мовлення вказувалося їх виключне право дозволяти або забороняти публічне сповіщення своїх програм, відтворення своїх передач, сповіщення в ефір, по проводах і публічне сповіщення передач та забороняти поширення сигналу, що несе передачі, розповсюджувальним органом, для якого цей сигнал із супутника не признався. У цьому разі «передача» виступала вже не процесом, а об'єктом

поряд із програмою, однак співвідношення цих термінів у нормах Закону не розкривалося.

У 2001 р. Закон України «Про авторське право і суміжні права» було викладено в новій редакції [13], яка у п. «в» ч. 1 ст. 35 конкретизувала, що об'єктом суміжних прав є передачі (програми) організацій мовлення. Щоправда, в інших нормах Закону об'єктом суміжних прав зазначалася то передача (ч. 3 ст. 44), то програма (статті 41, 42) окремо. Сутність обох цих об'єктів залишалася невизначеною, оскільки їх дефініції Закон не наводив, і такий стан справ зберігався при усіх подальших змінах і доповненнях Закону. Фактично поняття «передача» і «програма» протягом наступних понад 20 років розглядалися в Законі як синоніми, оскільки він їх не розмежовував.

ЦК, прийнятий у 2003 р., серед об'єктів суміжних прав у ч. 1 ст. 449 передбачив програми (передачі) організацій мовлення, хоча в інших нормах ЦК (ч. 3 ст. 451, ст. 455, ч. 3 ст. 456) таким об'єктом зазначені вже передачі (програми). Незважаючи на непослідовність у вживанні термінів, ЦК також кваліфікував передачу і програму як єдиний об'єкт суміжних прав. Станом на 1 січня 2004 р., коли ЦК набрав чинності, склалася парадоксальна ситуація: передачі організацій мовлення одночасно були об'єктом і авторського права (Закон України «Про телебачення і радіомовлення»), і суміжних прав (ЦК і Закон України «Про авторське право і суміжні права»).

У лютому 2004 р. до ст. 36 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» було внесено зміни [14], внаслідок яких організації мовлення набули статусу суб'єкта суміжних прав, тобто у цій частині норми законодавства нарешті стали узгодженими. На початку 2006 р. Закон України «Про телебачення і радіомовлення» було викладено в новій редакції [15], де не залишилося положення, яке регламентувало б суміжні права мовників на їх передачі і програми. Це було правильним рішенням, адже сферою регулювання Закону є інші відносини, ніж охорона прав інтелектуальної власності. Окрім того, у цій редакції було уточнено термін «програма (телерадіопрограма)» як поєднана єдиною творчою концепцією сукупність передач (телерадіопередач) та введено поняття «передача (телерадіопередача)», якою є окрема змістовно завершена частини програми.

Отже, з 2006 р. Закон України «Про телебачення і радіомовлення» у визначеннях термінів чітко розмежовував програму і передачу, однак, у нормах ЦК та Закону України «Про авторське право і суміжні права» програма і передача фактично ототожнювалися і позиціонувалися як єдиний об'єкт суміжних прав.

Першого липня 2022 р. було прийнято за основу проєкт Закону України «Про авторське право і суміжні права» [16], відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 36 якого суміжні права поширюються на передачу організації мовлення, в той час як програма організації мовлення до переліку об'єктів суміжних прав не входить. Дефініція передачі у ст. 1 проєкту відсутня, натомість запропоноване визначення програми організації мовлення як змістовної сукупності зображень, звуків або зображень і звуків, що поширюються для сприйняття публікою організацією мовлення (телерадіоорганізацією). Тобто програма не розглядається як сукупність передач, а тому сутність передачі залишається неясною. І далі у нормах проєкту спостерігається цікава дилема.

У ст. 3 сферу дії проєкту запропоновано поширити на програми організацій мовлення, передачі в цьому положенні не згадуються. Однак суміжні права організації мовлення виникають унаслідок факту першої трансляції передачі (ч. 1 ст. 38), а строк їх чинності обраховується від моменту першої трансляції передачі (ч. 4 ст. 47), а не програми. Водночас порушення суміжних прав організацій мовлення у ст. 55 стосуються виключно програми, яка не охороняється проєктом, тоді як незаконне використання охоронюваної проєктом передачі порушенням не визнається. Ще більше плутанини вносить визначення поняття ретрансляції, в якому йдеться про прийом та одночасну передачу повних і незмінних передач (програм) або їх істотних частин (ст. 1). То що ж таке передача і що має охоронятися суміжними правами, зі змісту проєкту зрозуміти складно. Особливо цікавим це питання стало з огляду на те, що у проєкті Закону України «Про медіа» [17], який був зареєстрований майже на 10 місяців раніше і прийнятий за основу 30 серпня 2022 р., поняття «передача» не вживається. Замість нього для позначення окремого об'єкта вводиться поняття «програма», а сукупність таких окремих програм утворює інший об'єкт – «програму організації мовлення».

При підготовці проєкту Закону України «Про авторське право і суміжні права» до другого читання ці термінологічні розбіжності були враховані, у нині чинному Законі України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р. об'єктом суміжних прав виступає програма організації мовлення. Відповідні зміни були внесені у ЦК, однак ст. 449 ЦК залишилася в її попередній редакції і на момент підготовки цієї статті передбачала, що об'єктом суміжних прав є не лише програми, а й передачі організацій мовлення.

Отже, правове регулювання об'єкта суміжних прав організацій мовлення тривалий час було колізійним і поки що залишається недостатньо чітким. Щоб з'ясувати, який об'єкт має охоронятися суміжними правами, потрібно встановити, що таке програма і передача (телерадіопередача) організації

мовлення та чи мають здатність до охорони суміжними правами сигнал, що несе програму, і процес сповіщення програми.

Правова кваліфікація об'єкта суміжних прав організації мовлення

Програма організації мовлення і сигнал, що несе програму

Програма організації мовлення визначена у п. 40 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р. як сукупність передач (теле-радіопередач), інших творів та/або об'єктів суміжних прав. Тобто програма поєднує різноманітні об'єкти, що транслюється мовником, і саме ця сукупність виступає об'єктом суміжних прав.

Природа програми організації мовлення не тотожна природі складеного твору, який є результатом творчого упорядкування інших творів (ч. 1 ст. 18 Закону України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р.). Хоча по суті програма організації мовлення містить у собі підібрані та певним чином розташовані елементи, її правова охорона не обумовлюється наявністю творчого внеску в здійснення такого добору і розташування. Суміжні права охороняють результат не творчої, а технічної та організаційної діяльності, втілений у сукупності певних об'єктів, яка транслюється мовником за певною сіткою мовлення. При цьому правова охорона не поширюється на зміст трансльованої інформації, а охоплює лише результат поєднання різноманітних об'єктів у цілісну програму.

Як зазначено вище, у проєкті нового міжнародного договору про охорону прав організацій мовлення об'єктом правової охорони виступає не програма організації мовлення, а сигнал, що несе програму. Згідно з визначенням, наведеним у ст. 2 проєкту, це згенерований в електронному вигляді носій, як у первинно переданій формі, так і в будь-якому наступному технічному форматі, який несе програму [12].

Такий підхід можна пояснити тим, що програма організації мовлення існує у вигляді сигналу, який несе сукупність певних матеріалів [18, с. 96], а передавання організацією мовлення зображень і звуків на відстань зумовлюється фізичними процесами, пов'язаними з цим сигналом. Якщо вести мову про телевізійне мовлення, то це процеси «перетворення світлової енергії, що несе інформацію про зображення об'єкта, в електричний сигнал; передавання електричних сигналів по каналу зв'язку радіотехнічними методами; перетворення електричних сигналів в енергію світлового випромінювання» [19, с. 11], тобто в оптичне зображення, доступне для сприйняття глядачами. Аналогічно здійснюється сповіщення програм організацій радіомовлення, отже, з точки зору фізики, програма організації мовлення невіддільна від сигналу, що несе її.

Сигнал не слід розглядати як носій програми, оскільки вона не фіксується безпосередньо у сигналі. Він, швидше, є «засобом транспортування» [20, с. 414], який забезпечує можливість передавання (трансляції) програми. За поясненням керівника відділу інтелектуальної власності Європейської спілки мовників Хейо Руйсенаарса, «справжнім об'єктом охорони суміжних прав організацій мовлення є весь програмний продукт, що передається сигналами», а термін «сигнал» є символічним і «головним чином роз'яснює, що об'єктом охорони не є зміст сигналу» [21, с. 5].

Видається, що однаково коректно визначати об'єктом суміжних прав як програму організації мовлення, так і сигнал, що несе програму. У першому випадку йдеться про сукупність певних матеріалів, сповіщення яких публіці опосередковується сигналом, який несе цю сукупність. У другому випадку мається на увазі не абстрактний носій інформації, а сигнал, який забезпечує сповіщення конкретної програми організації мовлення. Тому поширення суміжних прав на програму організацій мовлення в оновленому вітчизняному законодавстві є достатньо точним. Водночас залишається відкритим питання щодо правового статусу передачі (телерадіопередачі), яка згідно з п. 40 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р. є частиною програми організації мовлення.

Передача (телерадіопередача)

Поняття передачі (телерадіопередачі) у Законі України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р. не наводиться, його тлумачення міститься у ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»: це змістовно завершена частина програми (телерадіопрограми), яка має відповідну назву, обсяг трансляції, авторський знак, може бути використана незалежно від інших частин програми і розглядається як цілісний інформаційний продукт. Це положення втратить чинність 31 березня 2023 р. у зв'язку з очікуваним набранням чинності Законом України «Про медіа» [22], у якому замість терміна «передача (телерадіопередача)» вживається термін «програма». Тобто у найближчій перспективі два зазначених законодавчих акти оперуватимуть різною термінологією для позначення того самого об'єкта – окремої складової частини програми організації мовлення. Не заглиблюючись в аналіз цієї проблеми, яка заслуговує на окрему увагу, далі у цьому дослідженні поняття «передача» та «окрема програма» вживатимуться у значенні самостійного елемента програми організації мовлення, як це має місце у чинному і перспективному законодавстві.

Передача (окрема програма) у сфері телевізійного мовлення має свою форму вираження рухомого зображення, зазвичай із звуковим супроводом,

сприйняття якого відбувається за допомогою певного виду екрана. Така форма вираження властива аудіовізуальному твору, характерними рисами якого є:

- 1) існування у вигляді послідовності епізодів або кадрів, що поєднані єдиним цілісним творчим задумом;
- 2) сприйняття із застосуванням відповідних технічних засобів і певного виду екрана, на якому ця послідовність кадрів утворює рухоме зображення із звуковим супроводом чи без нього.

Ці ознаки властиві телепередачі (окремій програмі), однак відповідність формі вираження твору не є достатньою підставою для того, щоб певний об'єкт кваліфікувався як твір. Для такої кваліфікації об'єкт має бути результатом творчої діяльності, містити творчий внесок його автора (авторів).

Перелік авторів аудіовізуального твору включає режисера-постановника, автора сценарію та/або текстів діалогів, автора спеціально створеного музичного твору, художника-постановника, оператора-постановника (ч. 1 ст. 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права» 1993 р., ч. 1 ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р.). Правова охорона аудіовізуального твору не зумовлюється неодмінною наявністю творчих внесків усіх цих осіб: законодавчий перелік визначає максимально можливий склад авторів аудіовізуального твору, у той час як їх фактичний склад може бути будь-яким. Для кваліфікації об'єкта як аудіовізуального твору, за умови дотримання його форми вираження, достатньо наявності результатів творчої діяльності принаймні однієї з осіб, які належать до кола авторів цього твору.

Не вдаючись до глибокого аналізу суті творчих внесків усіх можливих авторів аудіовізуального твору, слід зазначити, що створення телевізійної передачі (окремої програми) зазвичай супроводжує режисер, який скеровує дії ведучого, операторів, інших учасників знімального процесу до досягнення мети цієї передачі (окремої програми), що цілком відповідає суті режисерської постановки у сфері телебачення. Окрім того, монтаж відзнятих фрагментів у цілісний об'єкт також відбувається за участю режисера, котрий формує візуальну композицію, поєднує її зі звуковим супроводом, доповнює її візуальними та/або звуковими ефектами, у необхідних випадках здійснює світлову й звукову корекцію, що має своїм наслідком утворення змістовно завершеного об'єкта. Цього достатньо для визнання телевізійної передачі (окремої програми) аудіовізуальним твором, навіть якщо інші можливі автори не брали участі в його створенні.

Таке саме тлумачення було надане телепередачі в судовій практиці. Зокрема, у справі щодо телепередачі «Ревізор» Господарський суд м. Києва визначив, що однойменна телепередача є об'єктом авторського права – аудіовізуальним твором [23], з чим погодився Вищий господарський суд України [24].

Стосовно телевізійної передачі (окремої програми), яка створюється у прямому ефірі без попереднього запису і монтажу, у вітчизняній доктрині виникли складнощі з тлумаченням її суті. Законодавча дефініція аудіовізуального твору в ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» 1993 р. пов'язувала цей твір із його фіксацією на певному матеріальному носії. Коли ж телепередача створювалася у прямому ефірі, вимога щодо фіксації не дотримувалася, у зв'язку з чим О. Б. Єліферов зазначив, що «така передача не підпадає під поняття жодного об'єкта права інтелектуальної власності, хоча може мати сценариста, режисера, художника та інших осіб, які віднесені законодавством до авторів» [4, с. 401]. Однак у цьому твердженні не взято до уваги, що згідно з ч. 4 ст. 48 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» усі передачі, які телеорганізація транслювала чи ретранслювала або забезпечувала їх трансляцію чи ретрансляцію у повній та незмінній формі третьою особою (оператором телекомунікацій), мають бути записані і зберігатися протягом 14 днів від дати їх розповсюдження, якщо у цей строк не надійшло скарги щодо їх змісту. Тобто телевізійна передача (окрема програма) створювалася у прямому ефірі та одночасно записувалася для подальшого зберігання протягом щонайменше 14 днів, що відповідає суті запису, який був однією з кваліфікуючих ознак аудіовізуального твору. Той факт, що запис міг перестати існувати після спливу визначеного законом терміну його зберігання, не впливає на можливість авторсько-правової охорони твору, яка не залежить від тривалості існування носія твору.

Оновлене визначення аудіовізуального твору в ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р. не містить указівки на наявність запису твору на матеріальному носії, а тому цей критерій більше не є визначальним для аудіовізуального твору. Він може створюватися у процесі його сповіщення організацією мовлення незалежно від того, чи здійснюється при цьому запис і чи фіксується він на матеріальному носії (хоча вимогу щодо запису усіх програм і зберігання цього запису протягом 20 днів передбачено у ч. 6 ст. 48 Закону України «Про медіа»). Отже, телевізійна передача (окрема програма), яка є результатом творчої діяльності і створюється шляхом попереднього запису або у прямому ефірі, є аудіовізуальним твором і, відповідно, об'єктом авторського права.

Радіопередача (окрема програма) має усну словесну форму, що відповідає формі вираження усного твору, якому властиві такі характерні ознаки:

1) усний твір створюється за допомогою засобів усного мовлення – слів, словосполучень, речень. Залежно від обставин усний твір може включати елементи, що не належать до мовлення, наприклад, імітацію людиною звуків тварин чи пристроїв, однак його основа завжди є мовленнєвою. За цією ознакою усний твір відрізняється від усної форми вираження інших творів: зокрема, музичний твір, який створюється шляхом гри на музичному інструменті або способом співу без попереднього нотного запису, має усну форму вираження, однак є музичним твором, оскільки створюється засобами, відмінними від засобів усної мови;

2) створення усного твору не передбачає підготовку його тексту. Хоча автор може записати план усного твору чи окремі тези для їх подальшого дослівного передання, сам усний твір як такий не має ознаки попередньої фіксації його тексту. Якщо ж текст твору був підготовлений заздалегідь, такий твір належить до творів літератури, а його зачитування чи декламування є виконанням літературного твору. Відсутність текстового запису не означає, що усний твір створюється виключно шляхом імпровізації. Навпаки, його створенню може передувати вивчення певних питань, осмислення обраної тематики, формування та обґрунтування власної позиції, будь-яка інша підготовка. Однак її результати не оформлюються у вигляді загального тексту, який відображає весь основний зміст усного твору;

3) усний твір оприлюднюється шляхом його декламування, виголошення, промовляння людиною і сприймається виключно органами слуху. Виконання усного твору може супроводжуватися демонстрацією певних візуальних елементів, зокрема, відеоряду або презентації, проте такі елементи не входять до складу усного твору. Водночас якщо текстові елементи презентації відображають твір у цілому або його основну змістову частину, це не дозволяє вважати твір усним, оскільки має місце його письмова фіксація.

Якщо радіопередача (окрема програма) є результатом творчої діяльності, вона набуває авторсько-правової охорони. Ефір багатьох радіостанцій в основному складається зі звукозаписів музичних творів, у проміжках між якими ведучий здійснює свого роду спілкування зі слухачами, що зазвичай має типовий для цієї сфери характер і не вирізняється наявністю творчого внеску. Такі частини ефіру не розглядаються як об'єкти авторського права, а їх сукупність охороняється суміжними правами як програма організації радіомовлення. Однак деякі радіопередачі (окремі програми) мають творчу складову, яка дозволяє кваліфікувати їх як усні твори.

Ураховуючи викладене, видається безсумнівним, що телевізійна або радіопередача (окрема програма), створювана організацією мовлення, не є об'єктом суміжних прав, оскільки у разі належності до результатів творчої діяльності вона набуває авторсько-правової охорони. Суміжні ж права виникають в організації мовлення щодо об'єкта, який становить поєднання передач (окремих програм) та інших матеріалів, проте не щодо цих передач (окремих програм) і матеріалів. Ця обставина підкреслена і у ч. 1 ст. 3 проєкту міжнародного договору про охорону прав організацій мовлення, де вказано, що правова охорона не поширюється на твори та інші охоронювані об'єкти, які передаються сигналами [12]. Суміжні права організацій мовлення охоплюють тільки результат поєднання різних об'єктів у певну сукупність, у той час як кожен із цих об'єктів може мати окрему правову охорону за межами суміжних прав організацій мовлення.

Процес трансляції програми організації мовлення

Здійснення мовлення у найбільш загальному вигляді можна визначити як поширення сигналу за допомогою відповідних технічних засобів для його прийому публікою. Цей процес складається з певної послідовності дій технічного характеру і загалом є аналогічним для всіх мовників відповідного виду. На відміну від процесу, який може охоронятися як винахід або корисна модель через свою несхожість з іншими подібними процесами, процес мовлення є однаковим для всіх організацій мовлення певного виду та полягає у передаванні сигналу для його прийому відповідними пристроями, за допомогою яких публіка може сприймати телепрограму або радіопрограму. Тобто у цьому процесі немає особливостей чи новизни, завдяки яким він міг би бути об'єктом права інтелектуальної власності. Якби охороні суміжними правами підлягали однотипні процеси здійснення мовлення, в той час як індивідуально сформована програма кожної організації мовлення залишалася б за межами права інтелектуальної власності, така охорона не мала б логіки. Тому вона в цілому правильно поширюється на результат поєднання певних матеріалів у цілісну програму організації мовлення, а не на те, як ця програма сповіщається публіці.

Висновки

Проведене дослідження дозволило встановити, що суміжні права організації мовлення виникають щодо програми організації мовлення як сукупності телерадіопередач (окремих програм), інших об'єктів авторського права та/або суміжних прав. Передача (окрема програма) може бути результатом творчої діяльності та охоронятися авторським правом, а тому суміжні права організації мовлення на неї не поширюються. Процес здійснення мовлення є

аналогічним для всіх організацій мовлення певного виду та не охоплюється суміжними правами.

Норми законодавства України тривалий час дуже непослідовно визначали об'єкт суміжних прав організацій мовлення. Донедавна законодавство у сфері суміжних прав охороняло і програму, і передачу організації мовлення, що суперечило не лише природі цих об'єктів, а й їх тлумаченню в нормах Закону України «Про телебачення і радіомовлення». Ця колізія існувала впродовж багатьох років, однак зрештою після набрання чинності Законом України «Про авторське право і суміжні права» 2022 р. єдиним об'єктом суміжних прав організацій мовлення визнано програму організації мовлення. Відповідні зміни було внесено в норми ЦК, щоправда, у ст. 449 ЦК досі міститься положення, яке розглядає програму і передачу організацій мовлення в синонімічному значенні. Це видається суто технічним недоліком, який нескладно усунути.

У перспективі найближчих років може бути прийнято новий міжнародний договір про охорону прав організацій мовлення, який наразі розробляється під патронатом Всесвітньої організації інтелектуальної власності. Згідно з цим договором об'єктом правової охорони з великою імовірністю стане сигнал, що несе програму. Оскільки програма організації мовлення невіддільна від сигналу, що несе її, а можливість її сповіщення публіці опосередковується цим сигналом, видається, що новий Закон України «Про авторське право і суміжні права» вже зараз цілком коректно визначає об'єкт суміжних прав організацій мовлення. Уточнення цього аспекту, здійснене в новому Законі, повинно посприяти не лише чіткішому теоретичному розумінню особливостей суміжних прав, а й більш ефективному правозастосуванню в цій сфері.

Список використаних джерел

- [1] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.
- [2] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-ІV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
- [3] Про телебачення і радіомовлення : Закон України від 21.12.1993 р. № 3759-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 10. Ст. 43.
- [4] Єліферов О. Б. Встановлення елементів змісту та форми передач (програм) організацій мовлення при проведенні судової експертизи. *Криміналістика і судова експертиза*. 2013. Вип. 58(1). С. 400–406.
- [5] Андрусів У. Б. Правова охорона прав інтелектуальної власності на програми (передачі) організацій мовлення в Україні : монографія. Київ : Ліра-К, 2014. 176 с.
- [6] Бурило Ю. П. Передачі (програми) організацій мовлення як об'єкти права інтелектуальної власності та об'єкти інформаційних правовідносин. *Приватне право і підприємництво*. 2015. Вип. 14. С. 8–12.

- [7] Яркіна Н. Є. Суміжні права в авторському праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2000. 20 с.
- [8] Стройко І. А. Цивільно-правова охорона суміжних прав організацій мовлення : дис. ... д-ра філософії : 081. Київ, 2020. 259 с.
- [9] Зайцева-Калаур І. В. Авторські права організацій ЗМІ. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2013. Вип. 22. Ч. 1, Т. 1. С. 142–146.
- [10] Верес І. Я. Ознаки та поняття об'єктів суміжних прав. *Право і суспільство*. 2015. № 5(3). С. 55–60.
- [11] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022 р. № 2811-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-20#Text> (дата звернення: 30.01.2023).
- [12] WIPO Document SCCR/42/3, Revised draft text for the WIPO broadcasting organizations treaty prepared by the SCCR Acting Chair in cooperation with the SCCR Vice-Chair and facilitators of March 4, 2022. URL: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_42/sccr_42_3.pdf (last accessed: 30.01.2023).
- [13] Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» : Закон України від 11.07.2001 р. № 2627-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 43. Ст. 214.
- [14] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо охорони інтелектуальної власності : Закон України від 03.02.2004 р. № 1407-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 16. Ст. 238.
- [15] Про внесення змін до Закону України «Про телебачення і радіомовлення» : Закон України від 12.01.2006 р. № 3317-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 18. Ст. 155.
- [16] Про авторське право і суміжні права : проєкт Закону України від 09.06.2021 р. № 5552-1. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/26951> (дата звернення: 30.01.2023).
- [17] Про медіа : проєкт Закону України від 02.07.2020 р. № 2693-д. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/3115> (дата звернення: 30.01.2023).
- [18] Штефан А. С. Авторське право і суміжні права: особливості правової охорони, здійснення та захисту : монографія. Київ : НДІ інтелектуал. власності НАПрНУ-України ; Інтерсервіс, 2017. 150 с.
- [19] Медведик А. Д., Цевух І. В. Основи телебачення. Фізичні основи телебачення : конспект лекцій. Одеса : Наука і техніка, 2004. 124 с.
- [20] Schötz G. It's Time for a New International Treaty for Broadcasters. *IDEA – The Law Review of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*. 2019. Vol. 59(2). P. 367–453.
- [21] Ruijsenaars H. Debunking the Myth: Why Everyone Benefits from a WIPO Broadcasters' Treaty. 2018. URL: https://www.researchgate.net/publication/330380469_Debunking_the_Myth_Why_Everyone_Benefits_from_a_WIPO_Broadcasters'_Treaty (last accessed: 30.01.2023).
- [22] Про медіа : Закон України від 13.12.2022 р. № 2849-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2849-20> (дата звернення: 30.01.2023).
- [23] Рішення Господарського суду м. Києва від 21 січня 2015 р. Справа № 910/19751/14. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/42578687> (дата звернення: 30.01.2023).

[24] Постанова Вищого господарського суду України від 10 листопада 2015 р. Справа № 910/19751/14. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53356232> (дата звернення: 30.01.2023).

References

- [1] Law of Ukraine No. 3792-XII "On copyright and related rights". (1993, December). (1994). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 13, art. 64.
- [2] Civil Code of Ukraine. (2003, January). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 40-44, art. 356.
- [3] Law of Ukraine No. 3759-XII "On television and radio broadcasting". (1993, December). (1994). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 10, art. 43.
- [4] Yeliferov, O.B. (2013). Establishment of the elements of content and form of broadcasting organizations' programs during forensic examination. *Criminalistics and forensic examination*, 58(1), 400-406.
- [5] Andrusiv, U.B. (2014). *Legal protection of intellectual property rights to programs (broadcasts) of broadcasting organizations in Ukraine*. Kyiv: Lira-K.
- [6] Burylo, Yu.P. (2015). Broadcasts (programs) of broadcasting organizations as objects of intellectual property rights and objects of information legal relations. *Private Law and Entrepreneurship*, 14, 8-12.
- [7] Yarkina, N.Ye. (2000). *Neighbouring Rights in Author's Right*. PhD Thesis. Kharkiv.
- [8] Stroyko, I. (2020). Civil Protection of the Related Rights of Broadcasting Organizations. PhD Thesis. Kyiv.
- [9] Zaitseva-Kalaur, I.V. (2013). Copyright of media organizations. *Scientific Bulletin of Uzhhorod National University. Series: Law*, 22(1), 1, 142-146.
- [10] Veres, I.Ya. (2015). Features and definitions of objects of related rights. *Law and Society*, 5(3), 55-60.
- [11] Law of Ukraine No. 2811-IX "On copyright and related rights". (2022, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-20#Text>.
- [12] WIPO Document SCCR/42/3, Revised draft text for the WIPO broadcasting organizations treaty prepared by the SCCR Acting Chair in cooperation with the SCCR Vice-Chair and facilitators. (2022, March). Retrieved from https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_42/sccr_42_3.pdf.
- [13] Law of Ukraine No. 2627-III "On Amendments to the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights". (2001, July). (2021). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 43, art. 214.
- [14] Law of Ukraine No. 1407-IV "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Intellectual Property Protection". (2004, February). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 16, art. 238.
- [15] Law of Ukraine No. 3317-IV "On Amendments to the Law of Ukraine "On Television and Radio Broadcasting". (2006, January). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 18, art. 155.
- [16] Draft Law of Ukraine No. 5552-1 "On Copyright and Related Rights". (2021, June). Retrieved from <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/26951>.
- [17] Draft Law of Ukraine No. 2693-d "On media". (2020, July). Retrieved from <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/3115>.

- [18] Shtefan, A.S. (2017). *Copyright and related rights: peculiarities of legal protection, enforcement and defense*. Kyiv: Intellectual Property Scientific Research Institute; Interservice.
- [19] Medvedyk, A.D., & Tsevukh, I.V. (2004). *Fundamentals of television. Physical foundations of television*. Odesa: Science and Technology.
- [20] Schötz, G. (2019). It's Time for a New International Treaty for Broadcasters. *IDEA – The Law Review of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, 59(2), 367-453.
- [21] Ruijsenaars, H. (2018). *Debunking the Myth: Why Everyone Benefits from a WIPO Broadcasters' Treaty*. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/330380469_Debunking_the_Myth_Why_Everyone_Benefits_from_a_WIPO_Broadcasters'_Treaty.
- [22] Law of Ukraine No. 2849-IX "On media". (2022, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2849-20>.
- [23] Decision of the Commercial Court of Kyiv No. 910/19751/14. (2015, January). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/42578687>.
- [24] Resolution of the Supreme Commercial Court of Ukraine No. 910/19751/14. (2015, November). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53356232>.

Анна Сергіївна Штефан

докторка юридичних наук, старша дослідниця,
завідувачка відділу авторського права і суміжних прав
Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності НАПрН України
03150, вул. Казимира Малевича, 11, Київ, Україна
e-mail: anna_shtefan@ukr.net
ORCID 0000-0003-2382-4849

Anna S. Shtefan

Dr. Habil. (Law), Associate Professor,
Head of the Copyright and Related Rights Department
Intellectual Property Scientific Research Institute of the NALS of Ukraine
03150, 11 Kazymyr Malevych Str., Kyiv, Ukraine
e-mail: anna_shtefan@ukr.net
ORCID 0000-0003-2382-4849

Рекомендоване цитування: Штефан А. С. Об'єкт суміжних прав організації мовлення. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 66–81. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273549>.

Suggested Citation: Shtefan, A.S. (2023). Object of Related Rights of Broadcasting Organizations. *Problems of Legality*, 160, 66-81. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273549>.

Статтю подано / Submitted: 05.02.2023
Доопрацьовано / Revised: 24.02.2023
Схвалено до друку / Accepted: 06.03.2023
Опубліковано / Published: 25.03.2023

Медичне сортування (TRIAGE): проблеми запровадження та законодавчі шляхи їх подолання

Наталія Василівна Коробцова*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: n.v.korobtsova@nlu.edu.ua

Анотація

Статтю присвячено розгляду проблемних питань, пов'язаних із застосуванням медичного сортування як одного з вимушених заходів надання медичної допомоги. Актуальність обраної для дослідження тематики обумовлено становищем, в якому опинилися Україна та весь цивілізований світ, – війною і пандемією гострої респіраторної хвороби COVID-19, що спричинена коронавірусом SARS-CoV-2. Як можна надати медичну допомогу якомога більшій кількості людей, не порушуючи при цьому принципів розумності та справедливості її надання, – це питання, на яке намагаються дати відповідь медичні працівники та правознавці всіх демократичних країн світу. Одним зі шляхів розв'язання зазначеної проблеми є застосування медичного сортування (TRIAGE). Метою цієї статті є розгляд медичного сортування як одного з вимушених заходів надання медичної допомоги в надзвичайних умовах, коли за великої кількості постраждалих бракує ліків, медичного персоналу, медичних засобів тощо. За допомогою емпіричного методу дослідження, а також методів аналізу, узагальнення та пояснення розглянуто історію і причини виникнення медичного сортування, досліджено й визначено передумови його застосування, позитивні й негативні риси, можливість і необхідність його застосування під час пандемій та воєнних станів. Окреслено проблеми, які виникають при застосуванні медичного сортування, та запропоновано шляхи їх подолання, що і становить результати цього дослідження.

Ключові слова: медичне сортування; надзвичайна ситуація; права пацієнтів; медична допомога; охорона здоров'я.

Medical Sorting (TRIAGE): Implementation Problems and Legislative Ways to Overcome Them

Nataliia V. Korobtsova*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

**e-mail: n.v.korobtsova@nlu.edu.ua*

Abstract

The relevance of the topic chosen for research is due to the situation in which Ukraine and the entire civilized world found themselves, – the war and the pandemic of the acute respiratory disease COVID-19, which is caused by the SARS-CoV-2 coronavirus. How it is possible to provide medical care to as many people as possible without violating the principles of reasonableness and fairness in its provision is a question that both medical professionals and legal scholars of all democratic countries of the world are trying to answer. And one of the ways to solve this problem is the use of medical triage (TRIAGE). The purpose of this article is to consider medical triage as one of the forced measures of providing medical aid in emergency conditions, when there is a lack of medicines, medical personnel, medical equipment, etc., with a large number of victims. With the help of an empirical research method, as well as methods of analysis, generalization and explanation, the author managed to consider the history and reasons for the emergence of medical triage, investigate and determine the prerequisites for its use, positive and negative features, the possibility and necessity of its use during pandemics and states of war. The author identified the problems that arise in the application of medical triage and proposed ways to overcome them, which is the result of this study.

Keywords: medical triage; emergency; patients' rights; medical assistance; health care.

Вступ

Природні катастрофи, епідемії, техногенні аварії, війни, на жаль, продовжують відбуватися і в XXI ст. І якщо нещодавно такою подією для багатьох країн світу була лише епідемія гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричинена коронавірусом SARS-CoV-2, то сьогодні до таких належить і війна в Україні, розв'язана росією. Об'єднувальним фактором цих двох подій є концентрація всіх ресурсів у державі (людських, матеріальних, фінансових, інтелектуальних) для подолання та зменшення їх наслідків. Головну роль при цьому відіграє сфера охорони здоров'я, оскільки як за пандемії, так і під час воєнних дій ідеться передусім про значні людські втрати. Від того, якою розвиненою та забезпеченою (матеріальними і кадровими ресурсами) в державі є система охорони здоров'я, залежить те, як оперативно і вдало вона зможе зреагувати на нові реалії. Однак епідемія гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричинена коронавірусом SARS-CoV-2, показала, що системи охорони здоров'я навіть багатьох розвинених країн

світу виявилися неспроможними протистояти наслідкам такого роду подій. Нестача медичного персоналу, ліків, медичних засобів, велика кількість постраждалих – усе це є підставою для застосування медичного сортування. Як надати медичну допомогу якомога більшій кількості постраждалих осіб, дотримуючись принципів справедливості та розумності її розподілу, не порушуючи при цьому конституційні права людини, – ось питання, на які намагалися дати відповідь у цьому дослідженні.

Незважаючи на те, що потреба в застосуванні медичного сортування (TRIAGE) виникла відносно нещодавно, науковці вже зосередили увагу на окремих проблемах його застосування. Питанням реагування на надзвичайні ситуації та наслідків, що при цьому настають, приділили увагу в своїх працях такі дослідники, як: Н. С. Адаховська [1], Д. М. Белов [2], С. О. Болдіжар [3], С. Б. Булеца [4–5], Ю. Ваташук [6], П. Б. Волянський [7], С. О. Гур'єв [8], Н. О. Гуророва [9], М. Л. Долгий [7], Н. В. Дрозденко [7], В. В. Заборовський [4], Н. В. Коробцова [10], Р. А. Майданик [11], М. Нечипорук [6], І. Я. Сенюта [12–13], А. В. Стойка [4], В. Д. Шищук [8], Ю. В. Шкатула [8] та ін. Медичне сортування в працях зазначених науковців розглядається як один із необхідних, вимушених способів надання домедичної допомоги в умовах надзвичайних ситуацій. Багато дослідників акцентують увагу на роботі служб, задіяних у процесі реагування на надзвичайні ситуації, координації їхньої діяльності, розглядають потребу в оптимізації всієї системи охорони здоров'я, наголошують на необхідності централізації та координації діяльності всіх медичних і рятувальних служб, задіяних у процесі ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій. Вітчизняні науковці аналізують роботу Центрів координації реагування на надзвичайні ситуації окремих європейських країн, досліджують їхні методи роботи, етапи проведення медичного сортування з метою впровадження їх в Україні задля покращення надання домедичної допомоги, створення оптимального алгоритму дій під час проведення сортування. При цьому низка проблемних питань залишилися поза увагою науковців, що дає змогу проводити подальші наукові дослідження з обраної тематики. Досягнення мети дослідження потребує вирішення таких завдань: як спрогнозувати настання негативних наслідків, як ними управляти та мінімізувати, як на законодавчому рівні максимально захистити права сортувальника та постраждалої особи під час проведення медичного сортування. Ці питання як сьогодні, так і в подальшому становитимуть предмет розгляду науковців усього світу.

Матеріали та методи

Наукова робота складається з таких основних етапів: підготовчий; інформаційно-аналітичний; нарративний [14].

На підготовчому етапі обрано тему цього дослідження з урахуванням основних, універсальних правил її обрання. Тема є достатньо вузькою, що дає змогу розглянути її в межах цього дослідження, при цьому важливість та актуальність тематики на сьогодні не викликає жодних сумнівів. Війна в Україні, нова хвиля епідемії гострої респіраторної хвороби COVID-19, що спричинена коронавірусом SARS-CoV-2, привертає увагу до неї як науковців, так і практиків у всьому світі. Інформаційно-аналітичний етап дослідження передбачає проведення пошуку нормативних джерел, наукової літератури за обраною тематикою та роботу з її опрацювання. Медичне сортування є предметом наукових досліджень та дискусій лише останні кілька років і окремі питання, пов'язані з ним, дотепер залишаються не вирішеними, тому й існує потреба на сьогодні продовжувати його вивчення. Шляхом осмислення та порівняння поглядів, думок, позицій науковців, аналізу стану сучасного законодавства щодо обраної теми дослідження на нарративному етапі сформовано власне бачення медичного сортування, проблем, які виникають при його застосуванні, та запропоновано шляхи їх вирішення в сучасному та перспективному законодавстві.

Відповідно до завдань наукового пошуку в роботі використано такі методи дослідження. Емпіричний метод застосовано на етапі збору необхідної інформації про медичне сортування з наукових та нормативних джерел. За допомогою методу порівняння досліджено погляди науковців на умови проведення медичного сортування. Використовуючи методи аналізу і синтезу як різновиди комплексних загальних методів дослідження, а також методи узагальнення та пояснення, розглянуто історію та причини виникнення медичного сортування, проаналізовано й визначено передумови його застосування, позитивні та негативні ознаки, можливість і необхідність його застосування під час пандемій та воєнних станів, що й дало змогу отримати нові наукові результати дослідження.

Результати та обговорення

Причини виникнення медичного сортування та історія його становлення

Щодня у світі відбувається чимало подій, які мають ознаки надзвичайних, і це призводить до значної кількості як людських, так і матеріальних втрат. Ураховуючи критерії визначення рівня надзвичайних ситуацій (територіального поширення та обсягів технічних і матеріальних ресурсів, необхідних для ліквідації наслідків; кількості постраждалих людей або умов порушення їхньої життєдіяльності; розміру заподіяних (очікуваних) збитків) [15], такі події можуть становити загрозу не тільки для окремої держави, а й для всього людства в цілому. В Україні проблема полягає в тому, що тільки

15 % населення спроможні надавати домедичну допомогу. Більше того, серед кожних 100 загиблих унаслідок надзвичайних ситуацій тільки 20 неможливо врятувати, оскільки вони перебувають у стані, що несумісний із життям, а 80 – помирають через те, що їм або не було надано, або надано несвоєчасно, або недбало надано медичну допомогу [7, с. 17].

Медичне сортування – розподіл постраждалих і хворих на категорії за ознаками потреби в однорідних лікувально-профілактичних та евакуаційних заходах відповідно до медичних показань, обсягів наданої медичної допомоги на кожному етапі медичної евакуації та порядку евакуації [16]. Інакше кажучи, медичне сортування є процесом визначення пріоритету надання медичної допомоги постраждалим за ознаками потреби (складності їх стану) на підставі чітких інструкцій щодо проведення конкретних дій до, під час і після надзвичайних ситуацій. Воно може проводитися як на початковому етапі надання медичної допомоги (догоспітальному), так і при надходженні постраждалого до лікувального закладу (госпітальному) та його лікуванні.

Перші випадки медичного сортування пов'язують із роботою хірургів у період наполеонівських війн, але найбільшого розвитку цей інститут набув під час Першої світової війни, коли кількість постраждалих осіб стала настільки значною, що держави спроможні були забезпечувати лише вибіркове надання медичної допомоги [6]. Поділ постраждалих здійснювався за принципом, хто *найімовірніше*: виживе, в разі надання невідкладної допомоги, або загине за її відсутності; виживе, незалежно від наданої допомоги; помре, незалежно від наданої допомоги [17].

Основи медичного сортування були розроблені видатним військово-польовим хірургом М. І. Пироговим, який уперше його застосував у широких масштабах під час Кримської війни 1853–1856 рр. [18, с. 5]. Вважається, що розроблені ним принципи медичного сортування в подальшому виправдали себе під час інших надзвичайних ситуацій та війн.

Запровадження медичного сортування в Україні: законодавчі перешкоди та шляхи їх подолання

Коли мова йде про медичне сортування, завжди постає питання: кому слід надавати медичну допомогу в першу чергу? І відповідь на нього торкається як медичних, так і біоетичних та правових аспектів. У самій історії людства не було, немає і не буде повного збігу суспільних та особистісних інтересів, зокрема це стосується і України [4, с. 65], а отже, потрібно віднайти можливість дотримання балансу публічних та приватних інтересів у цьому питанні. При сортуванні перед медичними працівниками постає потреба у скороченні обсягів надання медичної допомоги для певної категорії осіб, для того, щоб

збільшити її для іншої, постраждалі з якої мають більше шансів на збереження життя. Такі дії, безумовно, заходять у суперечність із принципами професійної етики, якими керуються медичні працівники в повсякденній практиці, а також нормами законодавства, але під час воєнних станів, пандемій ці дії є вимушеними.

Кожна країна, перед якою постало питання застосування медичного сортування, вирішує його по-різному з урахуванням етичних принципів, але враховуючи при цьому такі чинники: розуміння цінності людського життя; збереження основ людської гідності кожної людини; проведення заходів у максимальному режимі для більшості людей; виявлення поваги до традицій місцевої спільноти [18, с. 6].

Розглядаючи інститут «медичного сортування», звернемо увагу на наявне законодавче «підґрунтя» для можливості його впровадження. Так, відповідно до положень Конституції України держава гарантує кожному громадянину право на охорону здоров'я, медичну допомогу (ст. 49), яке нерозривно пов'язано з невід'ємним правом людини на життя (ст. 27), створюючи умови для ефективного і доступного для всіх медичного обслуговування [19]. Положення статей 21 та 24 Конституції України зазначають, що всі люди є рівними у своїх правах, які є невідчужуваними та непорушними, не може бути привілеїв чи обмежень за певними ознаками [19]. Конституційні права людини і громадянина за загальним правилом не можуть обмежуватися, винятком є умови воєнного або надзвичайного стану із зазначенням строку дії цих обмежень (ст. 64) [19]. Потрібно зазначити, що «можливість обмеження прав» є на сьогодні «однією з тенденцій розвитку прав людини, якої дотримуються більшість конституцій розвинутих демократичних держав і яка є панівною у світі» [2, с. 20]. Однак при цьому права, гарантовані положеннями статей 24 та 27 Конституції України, обмеженню не підлягають.

Отже, проведення медичного сортування, поділ постраждалих за певними ознаками, критеріями заходять у суперечність із конституційним правом на їх рівність та правом на життя, захист якого є обов'язком держави, і становить одну з основних законодавчих перешкод на шляху його застосування. Такої позиції дотримується й Європейський суд з прав людини у справах: «Calvelli and Ciglio v. Italy» (2002), «Colak and Tsakiridis v. Germany» (2009), «Lambert and others v. France» (2015), «Panaitescu v. Romania» (2017), зазначаючи на обов'язок держави вживати всіх належних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією, забезпечуючи осіб належним медичним обслуговуванням [12].

Окрім цього, ненадання допомоги постраждалому медичним працівником, або надання її не в повному обсязі, згідно з положеннями ст. 139 Кримінального кодексу України, є кримінальним правопорушенням [20]. Така бездіяльність, вчинена без поважних причин медичним працівником, зобов'язаним надати таку допомогу, якщо йому наперед відомо про можливі тяжкі наслідки для хворого, карається обмеженням волі на строк до чотирьох років [20]. Ненадання допомоги хворому може бути проявом повної бездіяльності медичного працівника (залишення в небезпеці постраждалого) або лише часткового вчинення дій (відмова прийняти тяжкохворого до лікувального закладу, відмова вчинити необхідні дії для збереження життя хворого, обмежившись лише підтримувальною терапією, тощо). Утім, чи справедливим буде притягнення особи-сортувальника до кримінальної відповідальності за проведення медичного сортування, наслідком якого є зменшення обсягу допомоги або зміна її виду для певної категорії осіб? Поділяючи погляди Н. О. Гуторової, О. О. Житного та Т. Є. Когановської, що в багатьох випадках порятунок життя пацієнта вимагає від лікаря прийняття рішення з певним рівнем професійного ризику, і для уникнення настання кримінальної відповідальності за несприятливі наслідки, головним є те, щоб цей ризик був виправданий [9, с. 2161], потрібно зазначити, що дії сортувальника мають бути «виведені за межі» протиправних, тобто вважатися правомірними, якщо відповідають вимогам відповідних сортувальних протоколів.

Положення чинного кримінального та цивільного законодавства дозволяють розглядати медичне сортування як один із проявів стану крайньої необхідності, негативні наслідки якого (заподіяна шкода) мають бути ліквідовані. Попри те, що інститут «крайньої необхідності» є міжгалузевим інститутом, умови для визнання тих чи інших дій, вчинених у стані крайньої необхідності, розрізняються за окремими галузями законодавства. Так, перелік дій, які відповідають ознакам крайньої необхідності, за положеннями цивільного законодавства є значно ширшим порівняно з кримінальним. Ретельний аналіз ознак крайньої необхідності провела Н. С. Адаховська. Необхідними та достатніми ознаками для визнання стану крайньою необхідністю за положеннями цивільного законодавства зазначена авторка вважає такі: а) завдання шкоди в результаті вчинення певних дій. Тобто поведінка у стані крайньої необхідності має бути завжди активною; б) такі дії спрямовані на усунення небезпеки, що загрожувала цивільним правам та інтересам іншої особи. Фактично у стані крайньої необхідності особа діє на користь якоїсь третьої особи, правам та інтересам якої загрожує небезпека, яка може бути викликана як діями людини, так і будь-якими нелюдськими факторами (наприклад, стихійним лихом); в) неможливість усунути небезпеку, що загрожувала

правам та інтересам особи іншими засобами. Тобто лише завдання шкоди дозволяло відвернути таку небезпеку [1, с. 35]. Кримінальний кодекс України передбачає необхідність існування ще однієї умови – неперевищення меж крайньої необхідності, тобто відвернута шкода є більшою порівняно із заподіяною (ст. 39) [20].

Норми цивільного законодавства розглядають стан крайньої необхідності як спосіб самозахисту цивільних прав, відповідно, дії, вчинені в такому стані, мають бути правомірними, а отже, особа, яка заподіює шкоду в стані крайньої необхідності, не притягується до цивільно-правової відповідальності. Однак зміст положень ст. 1171 та ч. 4 ст. 1166 Цивільного кодексу України свідчить про те, що шкода, завдана особі в стані крайньої необхідності, підлягає відшкодуванню [21]. При цьому застосовується як загальне правило положення, що шкода відшкодовується саме особою, яка її завдала. І лише як виняток законодавець у ч. 2 ст. 1171 передбачає можливість звільнення особи від обов'язку відшкодування шкоди, але в окремих випадках та за наявності певних обставин, ураховуючи причини виникнення надзвичайної ситуації, розмір шкоди, чи вдалося запобігти настанню ще більшої небезпеки тощо.

Можна зазначити, що дії з медичного сортування відповідають усім наведеним вище ознакам стану крайньої необхідності, тобто є: правомірними (надається медична допомога), спрямованими на захист прав та інтересів осіб (надається допомога всім, хто її потребує), необхідними та можливими за даних обставин (медична допомога надається шляхом перерозподілу її залежно від стану постраждалих, а отже, не в однаковому для всіх обсязі), які заподіяли шкоду (розмір шкоди при цьому є значно меншим ніж міг бути, оскільки завдяки сортуванню вдається врятувати максимально можливо кількість постраждалих). Водночас постає питання: а чи справедливою буде вимога про компенсацію заподіяної шкоди за таких обставин? Оскільки медичне сортування завжди є вимушеним та єдиним можливим засобом дії в надзвичайних ситуаціях, вважаємо за потрібне «вивести» його за межі «класичного» розуміння стану крайньої необхідності. І в оновленому цивільному законодавстві вбачається за потрібне закріпити презумпцію невинуватості осіб за наслідки проведеного сортування, а також здійснити об'єктивізацію обставин, які звільнятимуть від деліктної відповідальності, якою має стати і необхідність проведення медичного сортування [22, с. 18, 49].

Потреба у застосуванні медичного сортування виникає тоді, коли рівень розвитку сфери охорони здоров'я, велика кількість постраждалих, недо-

статня кількість медичного персоналу в державі не дають можливості надати в необхідному обсязі медичну допомогу всім, хто цього потребує, порушуючи при цьому гарантовані Конституцією України права. У такому випадку і постає потреба в зосередженні максимальних зусиль щодо вчинення першочергових дій із надання медичної допомоги тим, хто найбільше цього потребує і кому ще можливо допомогти. Для цього всі постраждалі підлягають «сортуванню», інакше кажучи, поділу на окремі групи, залежно від їхнього стану, особливості дій із надання допомоги та перспектив одужання. При цьому Положенням про медичну етику в умовах надзвичайних ситуацій передбачається, що «при відборі пацієнтів, які можуть бути врятовані, лікар повинен керуватися тільки станом пацієнта, виключаючи будь-які інші міркування, засновані на немедичних критеріях» [23, с. 38].

Потреба в застосуванні медичного сортування може виникати як у країнах із розвиненою економікою, так і в тих, які розвиваються.

В Україні медичне сортування регулюється наказом Міністерства охорони здоров'я України «Організація надання медичної допомоги хворим на коронавірусну хворобу (COVID-19)» від 28 березня 2020 р. № 722 [24]. У Стандарті 3 «Стаціонарне лікування пацієнтів з COVID-19» цього наказу зазначається, що при надходженні ПАЦІЄНТА до закладу охорони здоров'я здійснюється медичне сортування, а саме: раннє розпізнавання хворих; оцінюється тяжкість захворювання, – за необхідності починаються заходи медичної допомоги.

Окремою проблемою застосування медичного сортування в умовах надзвичайних ситуацій, воєнних станів є те, що рішення про поділ на групи при наданні допомоги приймається не тільки медичними працівниками, а й іншими особами, які не мають спеціальної медичної освіти (особовим складом рятувальних, пожежних та інших спеціалізованих підрозділів, на яких покладено відповідні обов'язки), які не завжди можуть адекватно оцінити з медичної точки зору стан постраждалого та вчинити необхідні дії. Ці суб'єкти, як правило, надають домедичну допомогу, тобто «невідкладні дії та організаційні заходи, спрямовані на врятування та збереження життя людини... що здійснюється на місці події...» [5, с. 58]. І хоча вони здійснюють лише «вступне» сортування, в деяких випадках саме воно може бути визначальним, а «дефекти надання медичної допомоги», що при цьому виникають [3, с. 529–530], можуть суттєво вплинути на стан здоров'я особи. Медичне сортування являє собою складний та вимушений процес, від правильного проведення якого залежить якісне надання медичної допомоги великій кількості постраждалих. Тому його проведення має бути довірено

фахівцям, спеціально підготовленим до дій у кризових, надзвичайних ситуаціях. Сортувальники повинні чітко розуміти, як поводитися із пацієнтами у відділенні невідкладної допомоги, мати справу з екстремними випадками, працювати під тиском, коли є переповненість, якщо має місце критична подія, тощо [25, с. 305].

Надання медичної допомоги в умовах надзвичайних станів часто може відбуватися без урахування реальної можливості отримати інформовану згоду постраждалого на це за браком часу або через його стан, що становить окрему проблему, яка потребує свого вирішення. Безпорадний стан є однією з тих обставин, які не дають змоги зрозуміти дійсний намір, волю особи на вчинення певних дій [10, с. 31]. Ситуація ускладнюється у разі надання первинної медичної допомоги постраждалому за відсутності будь-якої домовленості (навіть усної) щодо згоди (або заборони) отримати таку допомогу. Слушною щодо цього є думка Р. А. Майданика, який пропонує розглядати відносини з надання медичних послуг особі в умовах небезпечного для її життя стану як дії, що вчиняються в інтересах третьої особи без доручення [11, с. 393–394].

Постраждалих при проведенні медичного сортування розподіляють на чотири сортувальні категорії, які відповідають певним кольоровим позначенням, за ознаками здоров'я й потребою в однорідних лікувальних та евакуаційних заходах відповідно до медичних показань:

1-ша категорія (червоний колір): життя постраждалого знаходиться під загрозою, потребує негайного надання медичної допомоги та підлягає госпіталізації в першу чергу;

2-га категорія (жовтий колір): постраждалий є тяжко пораненим або хворим із стабільними життєвими показниками, що дозволяють отримувати допомогу в другу чергу;

3-тя категорія (зелений колір): постраждалий є легко пораненим або хворим, має незначне ушкодження здоров'я із задовільним загальним станом та може очікувати надання медичної допомоги в довший термін. Окрему групу постраждалих, яка належить до цієї категорії, за пропозицією Всесвітньої медичної асоціації з 1994 р. становлять психологічні постраждалі;

4-та категорія (чорний колір): у постраждалого немає шансів на життя, ушкодження його здоров'я не сумісні з життям, надаються лише паліативна допомога та догляд [18, с. 21–22].

У процесі надання медичної допомоги, проведення лікування сортувальна категорія постраждалого може змінюватися. І хоча сам інститут медичного сортування викликає чимало питань, насамперед етичного та право-

вого характеру, в екстремальних ситуаціях за наявності великої кількості постраждалих та нездатності системи охорони здоров'я надати допомогу всім, хто її потребує, він залишається єдиним ефективним засобом порятунку. При цьому критерії віднесення постраждалих до тієї чи іншої категорії мають бути достатньо чіткими і зрозумілими як медичним працівникам, так і працівникам інших спеціалізованих підрозділів, які також беруть участь в оцінці стану постраждалих під час проведення медичного сортування. Чітко визначені критерії поділу повинні міститися в клінічних протоколах, що стануть гарантією захисту осіб, вимушених приймати відповідні рішення, від можливої загрози настання відповідальності.

Медичне сортування – вимушений захід

«Глобальний розвиток людської цивілізації, крім позитивних надбань, породив численні загрози життєво важливим інтересам людини і громадянина, суспільства і держави та створив передумови для таких негативних тенденцій:

- збільшення частоти та інтенсивності надзвичайних ситуацій;
- поява надзвичайних ситуацій “змішаного типу” – коли природні катаклізми спричиняють виникнення техногенних катастроф, а іноді (хоч і значно меншою мірою), навпаки надзвичайні ситуації соціально-політичного характеру... можуть викликати техногенні катастрофи, які можуть виникати внаслідок надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру» [18, с. 5].

Медичне сортування повинно здійснюватися протягом усього процесу надання медичної допомоги, і сортувальна категорія постраждалого може змінюватися залежно від стану його здоров'я. У разі надзвичайних ситуацій із великою кількістю постраждалих складно прийняти правильне рішення для визначення пріоритетних завдань через те, що при цьому завжди спостерігається наявна диспропорція між кількістю постраждалих і тяжкістю отриманих ними пошкоджень та чисельністю медичних сил і засобів [8, с. 32]. Однак сам факт застосування сортування не повинен впливати на оцінку всієї системи охорони здоров'я з боку населення країни та формування «низького рівня довіри населення до офіційної медицини» [26, с. 2711]. Медичне сортування – це завжди тимчасовий та вимушений захід, який базується на єдиній концепції діагностики та лікування постраждалих при надзвичайних ситуаціях і має відповідати критеріям конкретності, безперервності, повторюваності та спадкоємності [8, с. 33–34]. Отже, це означає, що сортування проводиться щодо кожного конкретного постраждалого, з урахуванням стану його здоров'я на всіх етапах надання медичної допо-

моги, з необхідністю здійснення моніторингу його здоров'я та можливістю зміни сортувальної категорії, враховуючи кожний наступний етап надання медичної допомоги. Під час проведення медичного сортування зберігають свою дієвість основні сортувальні ознаки: небезпека для оточуючих, лікувальна та евакуаційна ознаки [8, с. 36]. При цьому очевидною є необхідність розроблення національного нормативного акта про медичне сортування, при формулюванні якого постане чимало проблем і не лише правового характеру, адже кожна норма матиме етичне забарвлення, кожному потрібно буде відповідати на мільйони «як?» [13, с. 31].

Висновки

Проведене дослідження дає підстави дійти таких основних висновків.

1. Медичне сортування завжди слід розглядати як вимушений захід, який застосовується з метою ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, зменшення кількості постраждалих осіб, врятування життя якомога більшої кількості людей.
2. Розподіл постраждалих за певними ознаками, критеріями по групах є обмеженням прав людини, а отже, порушенням конституційних прав громадян на їх рівність, заборону на встановлення жодних привілеїв та обмежень (передбачених ст. 24) та права на життя (передбаченого ст. 27), які не підлягають обмеженню навіть в умовах воєнного та надзвичайного станів. Тому проведення медичного сортування повинно здійснюватися з максимальним дотриманням конституційних прав людини на охорону здоров'я, медичну допомогу, а також невід'ємного права людини на життя, з дотриманням загальних принципів справедливості, розумності, добросовісності.
3. Проведення медичного сортування порушує загальні принципи професійної етики, якими керуються медичні працівники в повсякденній практиці, коли надають допомогу всім, хто її потребує в необхідному обсязі, але під час надзвичайних станів така поведінка є виправданою. Тому проведення сортування повинно здійснюватися на підставі відповідних клінічних (сортувальних) протоколів, в яких мають бути закріплені чіткі критерії, зміст яких буде зрозумілим як медичним працівникам, так і іншим особам, задіяним у процесі сортування. Це дозволить уникнути проблем щодо помилкової оцінки стану постраждалих. Відповідні документи мають прийматися на рівні Міністерства охорони здоров'я і бути обов'язковими для виконання всіма особами, задіяними в сортуванні.
4. Попри те, що медичне сортування хоча і є одним із проявів стану крайньої необхідності, в оновленому цивільному законодавстві вбачається за

потрібне закріпити презумпцію невинуватості осіб за наслідки проведеного сортування, а також здійснити об'єктивацію обставин, що звільнятимуть від деліктної відповідальності, якою має стати й необхідність проведення медичного сортування.

5. Питання щодо притягнення осіб, які здійснюють медичне сортування, до кримінально-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання професійних обов'язків, також не повинно поставати, і наслідки, передбачені ст. 139 Кримінального кодексу України, не мають застосовуватися до цієї категорії осіб. Дії сортувальника мають бути виведені за межі протиправних, якщо вони відповідають вимогам, критеріям, закріпленим у законодавстві.

Винайдення балансу між обов'язком надати медичну допомогу кожному, хто її потребує, та реальною можливістю це зробити є основною проблемою, з якою щоразу стикаються особи, вимушені приймати рішення про проведення медичного сортування, яка завжди потребуватиме розв'язання з боку правників. Ось чому медичні працівники багатьох країн світу, реалізуючи «ідею спільної діяльності, яка під час пандемії COVID-19 переросла в принцип згуртованості» [27, с. 161], рекомендують докласти максимум зусиль для ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій за допомогою інших засобів, аби уникнути необхідності застосовувати медичне сортування.

Рекомендації

Сформульовані в дослідженні висновки та пропозиції можуть бути використані для проведення подальших наукових досліджень інституту медичного сортування, а також удосконалення його правового регулювання з метою «безболісного» застосування у разі потреби в Україні та світі.

Список використаних джерел

- [1] Адаховська Н. С. До питання про можливість визнання дій держави в умовах пандемії крайньою необхідністю. *Цивілістичні проблеми колізії приватних та публічних інтересів в умовах пандемії COVID-19* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 13 листоп. 2020 р.). Одеса, 2020. С. 33–36.
- [2] Белов Д. М. Правова природа та види прав людини четвертого покоління. *Четверте покоління прав людини: особливості правового регулювання, проблеми та перспективи розвитку в сфері охорони здоров'я* : монографія / за заг. ред. С. Б. Булеци, М. В. Менджул. Ужгород : Вид-во УжНУ «Говерла», 2020. С. 7–20.
- [3] Болдіжар С. О. Дефекти надання медичної допомоги. *Медичне право : підручник* / за заг. ред. С. Б. Булеци, М. В. Менджул. Ужгород : ТОВ «РІК-У», 2021. С. 519–543.
- [4] Булеца С. Б., Заборовський В. В., Стойка А. В. Деякі проблемні питання правового захисту прав людини четвертого покоління. *Четверте покоління прав людини:*

особливості правового регулювання, проблеми та перспективи розвитку в сфері охорони здоров'я : монографія / за заг. ред. С. Б. Булеци, М. В. Менджул. Ужгород : Вид-во УжНУ «Говерла», 2020. С. 59–68.

- [5] Булеца С. Б., Харитоновна О. І. Медичні правовідносини. Медичне право : підручник / за заг. ред. С. Б. Булеци, М. В. Менджул. Ужгород : ТОВ «РІК-У», 2021. С. 47–66.
- [6] Нечипорук М., Ватащук Ю. Ціна непопулярних рішень у складний час. URL: https://jurliga.ligazakon.net/analytys/199914_tsna-nepopulyarnikh-rshen-u-skladniy-chas (дата звернення: 27.12.2022).
- [7] Волянський П. Б., Долгий М. Л., Дрозденко Н. В., Макаренко А. М., Стрюк М. П. Шляхи координації дій при запобіганні і реагуванні на надзвичайні ситуації. *Науковий збірник ІДУЦЗ*. 2016. № 4. С. 16–21.
- [8] Гур'єв С. О., Шищук В. Д., Шкатула Ю. В. Медицина надзвичайних ситуацій. Екстрена медична допомога : навч. посіб. Суми : Вид-во СумДУ, 2010. 321 с. URL: <https://emergency.med.sumdu.edu.ua/wp-content/uploads/2020/09/Навчальний-посібник-Медицина-надзвичайних-ситуацій.-Екстрена-медична-допомога.pdf> (дата звернення: 12.12.2022).
- [9] Gutorova N., Zhytnyi O., Kahanovska T. Medical negligence subject to criminal law. *Wiadomości Lekarskie*. 2019. T. LXXII, nr 1, cz. 1. P. 2161–2166. URL: https://www.researchgate.net/profile/Nataliya-Gutorova-2/publication/338102335_Medical_negligence_subject_to_criminal_law/links/5f2d0370a6fdcccc43b0436b/Medical-negligence-subject-to-criminal-law.pdf (дата звернення: 12.12.2022).
- [10] Коробцова Н. В. Ваді волі при укладенні договорів про надання медичних послуг. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського*. 2021. № 1, т. 32. С. 29–33.
- [11] Майданик Р. А. Договор об оказании медицинских услуг. *Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения* : сб. статей и иных материалов / под ред. Р. А. Стефанчука. Киев : Юринком Интер, 2010. С. 390–424.
- [12] Сенюта І. Я. Правові позиції Європейського суду з прав людини у сфері охорони здоров'я : метод. рек. для адвокатів. Харків : Фактор, 2022. 192 с.
- [13] Сенюта І. Я. Медичне сортування (TRIAGE) в умовах COVID-19: баланс публічного і приватного інтересу. *Цивілістичні проблеми колізії приватних та публічних інтересів в умовах пандемії COVID-19* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 13 листоп. 2020 р.). Одеса, 2020. С. 29–33.
- [14] Етапи наукового дослідження. URL: <https://studfile.net/preview/5265096/page:3/> (дата звернення: 20.12.2022).
- [15] Порядок класифікації надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру за їх рівнями : Постанова Кабінету Міністрів України від 24.03.2004 р. № 368. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npras/5390215> (дата звернення: 20.12.2022).
- [16] Загальні вимоги щодо проведення медичного сортування постраждалих і хворих на догоспітальному етапі та в приймальних відділеннях (відділеннях невідкладної медичної допомоги) закладів охорони здоров'я, у тому числі при госпіталізації постраждалих унаслідок надзвичайної ситуації під час підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 18.05.2012 р. № 366. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0884-12> (дата звернення: 22.12.2022).

- [17] Медичне сортування : лекція онлайн-курсу ПМД. URL: <http://1staidplast.org.ua/tcss-тактична-медицина/лекція-6-медичне-сортування/> (дата звернення: 27.12.2022).
- [18] Медичне сортування. Адаптована клінічна настанова, заснована на доказах : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 15.01.2014 р. № 34. URL: https://dec.gov.ua/wp-content/uploads/images/dodatki/2014_34_ekstrena_MD/2014_akn_medychne_sortuvannya.pdf (дата звернення: 29.12.2022).
- [19] Конституція України : офіц. текст від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 10.12.2022).
- [20] Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2341-14> (дата звернення: 10.12.2022).
- [21] Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Дата оновлення: 01.08.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 22.12.2022).
- [22] Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Вид. дім «АртЕК», 2020. 128 с.
- [23] Положення про медичну етику в умовах надзвичайних ситуацій : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 18.05.2012 р. № 366. URL: https://dec.gov.ua/wp-content/uploads/images/dodatki/2014_34_ekstrena_MD/2014_akn_medychne_sortuvannya.pdf (дата звернення: 29.12.2022).
- [24] Організація надання медичної допомоги хворим на коронавірусну хворобу (COVID-19) : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 28.03.2020 р. № 722. URL: <https://moz.gov.ua/article/ministry-mandates/nakaz-moz-ukraini-vid-28032020--722-organizacija-nadannja-medichnoi-dopomogi-hvorim-na-koronavirusnu-hvorobu-covid-19> (дата звернення: 23.12.2022).
- [25] Fawzi I. M., Mahdi S. A., Fawzi S. M., Jaafar I. Assessment of interns' training in the teaching hospitals of Baghdad medical city complex. *Wiadomości Lekarskie*. 2022. Vol. LXXV, issue 1. P. 304–309. URL: <https://wiadlek.pl/wp-content/uploads/archive/2022/01/WLek202201227.pdf> (дата звернення: 23.12.2022).
- [26] Vus V. V., Omelchenko L. M., Boiko O., Papathanasiou I. V., Fradelon E. C., Zharin V., Zharina K. Public confidence in formal medicine: current context. *Wiadomości Lekarskie*. 2021. Vol. LXXIV, issue 11. P. 2711–2716. URL: <https://wiadlek.pl/wp-content/uploads/archive/2021/WLek202111105.pdf> (дата звернення: 23.12.2022).
- [27] Deshko I., Lotiuk O., Sinkevych O., Kravtsova Z., Kudriavtseva O., Cherniak I. The human rights to quality medical care: changing the paradigm of international cooperation between states and interaction of public authorities and local self-government in foreign countries. *Georgian Medical News*. 2021. No. 10(319). P. 160–165. URL: https://www.geomednews.com/Articles/2021/10_2021/160-165.pdf (дата звернення: 23.12.2022).

References

- [1] Adakhovska, N. (2020, November). To the question of the possibility of recognizing the actions of the state in the conditions of the pandemic as an extreme necessity. In *Civil problems of the conflict of private and public interests in the conditions of the COVID-19 pandemic: materials of All-Ukrain. scient. and pract. conf.* (pp. 33-36). Odesa.
- [2] Belov, D.M. (2020). Legal nature and types of human rights of the fourth generation. In S.B. Buletsa, & M.V. Mendzhul (Eds.). *The fourth generation of human rights: pecu-*

- liarities of legal regulation, problems and prospects for development in the field of health care (pp. 7-20). Uzhgorod: Publishing House of UzhNU "Hoverla".
- [3] Boldizhar, S. (2021). Defects in the provision of medical care. In S.B. Buletsa, & M.V. Mendzhul (Eds.). *Medical law* (pp. 519-543). Uzhhorod: RIK-U.
- [4] Buletsa, S., Zaborovskiy, V., & Stoyka, A. (2020). Some problematic issues of legal protection of human rights of the fourth generation. In S.B. Buletsa, & M.V. Mendzhul (Eds.). *The fourth generation of human rights: peculiarities of legal regulation, problems and prospects for development in the field of health care* (pp. 59-68). Uzhgorod: Publishing House of UzhNU "Hoverla".
- [5] Buletsa, S., & Kharitonova, O. (2021). *Medical legal relations*. In S.B. Buletsa, & M.V. Mendzhul (Eds.). *Medical law* (pp. 47-66). Uzhhorod: RIK-U.
- [6] Nechiporuk, M., & Vatashchuk, Yu. *The price of unpopular decisions in difficult times*. Retrieved from https://jurliga.ligazakon.net/analytys/199914_tsna-nepopulyarnikh-rshen-u-skladniy-chas.
- [7] Volyanskyi, P.B., Dolgiy, M.L., Drozdenko, N.V., Makarenko, A.M., & Stryuk, M.P. (2016). Ways of coordinating actions in preventing and responding to emergency situations. *Institute of State Administration in the Field of Civil Protection*, 4, 16-21.
- [8] Guriev, S.O., Shishchuk, V.D., & Shkatula, Yu.V. (2010). *Emergency medicine. Emergency medical assistance*. Sumy: Sumy State University Publishing House. Retrieved from <https://emergency.med.sumdu.edu.ua/wp-content/uploads/2020/09/Навчальний-посібник-Медицина-надзвичайних-ситуацій.-Екстрена-медична-допомога..pdf>.
- [9] Gutorova, N., Zhytyni, O., & Kahanovska, T. (2019). Medical negligence subject to criminal law. *Wiadomości Lekarskie*, 1(1), 2161–2166. Retrieved from https://www.researchgate.net/profile/Nataliya-Gutorova-2/publication/338102335_Medical_negligence_subject_to_criminal_law/links/5f2d0370a6fdcccc43b0436b/Medical-negligence-subject-to-criminal-law.pdf.
- [10] Korobtsova, N. (2021). Defects of free will when concluding contracts for the provision of medical services. *Scholarly notes of V. I. Vernadsky Tavri National University*, 1(32), 29-33.
- [11] Maidanik, R.A. (2010). Agreement on the provision of medical services. In P.A. Stefan-cuk (Ed.). *Personal non-property rights: problems of theory and practice of application* (pp. 390-424). Kyiv: Yuryнком Inter.
- [12] Senuta, I.Ya. (2022). *Legal positions of the European Court of Human Rights in the field of health care*. Kharkiv: Factor.
- [13] Senuta, I.Ya. (November, 2020). Medical triage (TRIAGE) in the context of COVID-19: balance of public and private interest. In *Civil problems of the conflict of private and public interests in the conditions of the COVID-19 pandemic: materials of All-Ukrain. scient. and pract. conf.* (pp. 29-33). Odesa.
- [14] Stages of scientific research. Retrieved from <https://studfile.net/preview/5265096/page:3/>.
- [15] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 368 "The order of classification of man-made and natural emergency situations according to their levels". (2004, March). Retrieved from <https://www.kmu.gov.ua/npas/5390215>.
- [16] Order of the Ministry of Health of Ukraine No. 366 "General requirements for the medical triage of the injured and sick at the pre-hospital stage and in the reception

- departments (emergency medical care departments) of health care institutions, including during the hospitalization of the injured as a result of an emergency situation during the preparation and holding of the final part of the 2012 European Championship in Ukraine from football". (2012, May). Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0884-12>.
- [17] *Medical triage: a lecture of the online course gtd of primary medical care*. Retrieved from <http://1staidplast.org.ua/tccc-тактична-медицина/лекція-6-медичне-сортування/>.
- [18] Order of the Ministry of Health of Ukraine No. 34 "Medical triage. Adapted evidence-based clinical practice". (2014, January). Retrieved from https://dec.gov.ua/wp-content/uploads/images/dodatki/2014_34_ekstrena_MD/2014_akn_medychne_sortuvannya.pdf.
- [19] Constitution of Ukraine. (1996, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.
- [20] Criminal Code of Ukraine. (2001, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2341-14>.
- [21] Civil Code of Ukraine. (2003, January). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
- [22] The concept of updating the Civil Code of Ukraine. (2020). Kyiv: Ed. House "ArtEK".
- [23] Order of the Ministry of Health of Ukraine No. 366 "Regulations on medical ethics in emergency situations". (2012, May). Retrieved from https://dec.gov.ua/wp-content/uploads/images/dodatki/2014_34_ekstrena_MD/2014_akn_medychne_sortuvannya.pdf.
- [24] Order of the Ministry of Health of Ukraine No. 722 "Organization of medical assistance for patients with the coronavirus disease (COVID-19)". (2020, March). Retrieved from <https://moz.gov.ua/article/ministry-mandates/nakaz-moz-ukraini-vid-28032020-722-organizacija-nadannja-medichnoi-dopomogi-hvorim-na-koronavirusnu-hvorobu-covid-19>.
- [25] Fawzi, I.M., Mahdi, S.A., Fawzi, S.M., & Jaafar, I. (2022). Assessment of interns' training in the teaching hospitals of Baghdad medical city complex. *Wiadomości Lekarskie*, 1, 304-309. Retrieved from <https://wiadlek.pl/wp-content/uploads/archive/2022/01/WLek202201227.pdf>.
- [26] Vus, V.V., Omelchenko, L.M., Boiko, O., Papathanasiou, I.V., Fradelos, E.C., Zharin, V., & Zharina, K. (2021). Public confidence in formal medicine: current context. *Wiadomości Lekarskie*, LXXIV(11), 2711-2716. Retrieved from <https://wiadlek.pl/wp-content/uploads/archive/2021/WLek202111105.pdf>.
- [27] Deshko, I., Lotiuk, O., Sinkevych, O., Kravtsova, Z., Kudriavtseva, O., & Chereniak, I. (2021). The human rights to quality medical care: changing the paradigm of international cooperation between states and interaction of public authorities and local self-government in foreign countries. *Georgian medical news*, 10(319), 160-165. Retrieved from https://www.geomednews.com/Articles/2021/10_2021/160-165.pdf.

Наталія Васи́лівна Коробцова

кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: n.v.korobtsova@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-9997-1485

Nataliia V. Korobtsova

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law No. 1
Yaroslav Mudrui National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: n.v.korobtsova@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-9997-1485

Рекомендоване цитування: Коробцова Н. В. Медичне сортування (TRIAGE): проблеми запровадження та законодавчі шляхи їх подолання. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 82–99. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.271191>.

Suggested Citation: Korobtsova, N.V. (2023). Medical Sorting (TRIAGE): Implementation Problems and Legislative Ways to Overcome Them. *Problems of Legality*, 160, 82-99. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.271191>.

Статтю подано / Submitted: 04.01.2023

Доопрацьовано / Revised: 19.01.2023

Схвалено до друку / Accepted: 27.01.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Формування ринкових засад організації охорони здоров'я в Україні (господарсько-правовий аспект)

Дмитро Дмитрович Задихайло*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: dmzadykhaylo@gmail.com

Анна Миколаївна Савченко

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

Анотація

Статтю присвячено аналізу стану та перспектив подальшого проведення медичної реформи в Україні. Автори поставили собі за мету дослідити суть реформи охорони здоров'я, розглянули основні напрями її реалізації та визначили переваги й недоліки вже проведених змін у цій сфері. Важливість дослідження полягає в тому, що здоров'я та життя людини визнаються на конституційному рівні найвищою цінністю, а тому їх захист потребує окремої уваги з боку держави. Сприяння розвитку охорони здоров'я підвищує рівень життя населення, що в подальшому позитивно впливає на економічний розвиток країни. У роботі виокремлено чотири основні напрями реформи, серед яких: поліпшення якості медичних послуг, оптимізація фінансування системи охорони здоров'я, покращення системи управління, зміни у фармацевтичній сфері. Важливим досягненням реформи визначено запровадження ринку медичних послуг, який має специфічні особливості й ґрунтується на принципі вільної конкуренції та фінансової прозорості. Зроблено акцент саме на правовому забезпеченні регулювання суспільних відносин у сфері охорони здоров'я. Їх законодавче забезпечення розглядається як створення конкурентного ринку медичних послуг, який протипоставлено адміністративній моделі забезпечення охорони здоров'я громадян. Наголошено на інституційному характері організації такого ринку із відповідними суб'єктами надання послуг, що конкурують між собою; медичній послугі в її товарно-вартісному аспекті; запровадженні принципу споживчого вибору медичної послуги та суб'єкта, що її надає; створенні спеціальної державної агенції, що сплачує вартість наданої медичної послуги відповідному суб'єкту медичної діяльності на користь бенефіціара-споживача, який і обрав саме цього суб'єкта. Рушійною силою ринку визнано власне медичну господарську діяльність. З огляду на аналіз відповідних нормативно-правових актів дійшли висновку, що відносини у сфері охорони здоров'я трансформовано в бік господарсько-правового характеру їх регулювання. Про це свідчить використання сталих конструкцій господарського права, а саме: господарська діяльність; некомерційне господарювання; комунальне некомерційне підприємство; державне регулювання

господарською діяльністю; суб'єкт організаційно-господарських повноважень тощо. Наголошено, що продовження наукових досліджень із цієї проблематики сприятиме подальшому розвитку вітчизняної галузі охорони здоров'я, зокрема шляхом удосконалення державного управління цією складовою національної економіки.

Ключові слова: реформа охорони здоров'я; ринок медичних послуг; медична некомерційна господарська діяльність; правове забезпечення медичної реформи.

Formation of Market Foundations of Health Care Organization in Ukraine (Commercial Legal Aspect)

Dmytro D. Zadykhailo*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: dmzadykhaylo@gmail.com

Anna M. Savchenko

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

Abstract

In the article were analyzed the state and prospects of further medical reform in Ukraine. The authors set themselves the goal of conducting a study of the essence of health care reform, and during this process advantages and disadvantages of implemented changes in this area were characterized. The importance of this study lies in the fact that human health and life are recognized at the constitutional level as the highest price, and therefore their protection requires special attention from the state. Promoting the development of health care system improve the quality of life of the population, which in the future will have a positive effect on the economic development of the country. Four main directions of the reform were developed in the work, such as improving the quality of medical services, optimizing the financing of the health care system, improving the management system, and changes in the pharmaceutical sector. An important achievement of the reform is the introduction of the medical services market, which has its own specific features and base on the principle of free competition and financial transparency. The article focuses on the legal regulation of public relations in the field of health care. Legislative provision of this is considered from the point of view of creating a competitive market for medical services, which is opposed to the administrative model of ensuring citizens' health care. The institutional nature of the organization of such market with relevant entities providing services competing with each other is emphasized; medical service in its commodity-value aspect; introduction of the principle of consumer choice of medical service and the entity that provides it; creation of a special state agency that pays the cost of the provided medical service to the relevant subject of medical activity for the benefit of the beneficiary-consumer, who chose this particular subject. Accordingly, the driving force of the market is recognized the actual medical economic activity. Taking into account the above, the article, based on the analysis of the relevant legal acts, concludes that relations in the field of health care have been transformed in the direction of the economic and

legal nature of their regulation. This is evidenced by the use of stable constructions of economic law, namely: economic activity; non-commercial management; communal non-commercial enterprise; state regulation of economic activity; subject of organizational and economic powers, etc. The continuation of scientific researches on this issue will contribute to the further development of the national health sector, including by improving the public management of this component of the national economy.

Keywords: health care reform; medical services market; medical non-commercial economic activity; legal support of medical reform.

Вступ

Стан здоров'я населення є одним із важливих чинників, який визначає благополуччя цілої нації. Звичайно, слід підкреслити, що, з одного боку, стан здоров'я залежить від успадкованих, властивих лише певній людині, особливостей організму, а з іншого – визначається впливом соціальних, екологічних чинників та економіко-політичних умов, що існують у державі.

Право людини на охорону здоров'я згідно зі ст. 11 Європейської соціальної хартії зобов'язує держави створити належні умови для його реалізації [1], адже це право, як і право на життя, є одним із загально визнаних, основних, невід'ємних прав людини, що підлягає захисту з боку держави. Україна є соціальною державою, політика якої спрямована на створення умов, що забезпечують захист цих прав. Так, Конституція України встановлює, що особа, її життя і здоров'я визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3). Право на охорону здоров'я, медичну допомогу та вибір способу медичного втручання також закріплені в Основному Законі (статті 28, 49) [2]. Ці положення знаходять своє продовження в Цивільному кодексі України (статті 283, 284), Законі України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [3] та в інших спеціалізованих нормативно-правових актах.

Після відновлення незалежності в 1991 р. Україна стала на шлях перебудови системи охорони здоров'я, адже радянська система не відповідала ані реаліям ринкової економіки, ані потребам суспільства. Це призвело до того, що громадяни відмовлялися користуватися системою охорони здоров'я, часто вдаючись до самолікування, що в цілому вплинуло на погіршення стану здоров'я населення. Також ця система характеризувалася проблемами неефективного використання фінансових ресурсів та посиленням нерівності в доступі до медичної допомоги.

Погоджуємось із думкою П. Романюка та Т. Семігіної в тому, що українська система охорони здоров'я тривалий час, безсумнівно, була однією з найслабших серед посткомуністичних європейських держав, оскільки характеризувалась організаційною, фінансовою неефективністю та відсутністю будь-яких

глибоких реформ протягом перехідного періоду країни. Складна політична та економічна ситуація в країні є додатковим фактором, що створює перешкоди для підвищення ефективності функціонування медичної системи [4].

Загострення санітарно-епідеміологічної ситуації у світі у зв'язку з поширенням у 2020 р. нової хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, буквально стало ще одним індикатором того, що система охорони здоров'я України потребує модернізації й швидкого реформування, що є необхідною умовою для процесів європейської інтеграції країни.

За даними Глобального індексу безпеки здоров'я, станом на 2021 р. Україна посідала 83-тє місце зі 195 країн світу, що порівняно з 2019 р. показує прогрес у розвитку цієї сфери [5]. Однак все одно показник є не досить перспективним. Тому зміни у сфері охорони здоров'я мають бути кардинальними.

Метою статті є з'ясування економіко-правової сутності медичної реформи щодо трансформації системи відносин охорони здоров'я, а також з'ясування базової галузево-правової платформи, на якій мають ґрунтуватися медичне законодавство та правова політика в цій сфері. Хоча очевидно, що сама сфера правового регулювання в цьому разі має комплексний, полігалузевий характер.

Матеріали та методи

Проблематику медичної реформи в Україні проаналізовано у численних наукових публікаціях різних вчених. Серед них, зокрема, І. Я. Сенюта, Р. А. Майданик, С. Б. Булеца, Д. В. Задохайло, В. С. Мілаш, В. Л. Яроцький та ін. Теоретичну основу загального розуміння сфери закладено в підручниках з господарського та медичного права [6–7]. Проте слід визнати, що вивчення саме юридичного аспекту зазначених трансформацій потенційно може суттєво підвищити ефективність зроблених оцінок, висновків та пропозицій.

Мета і завдання цього дослідження полягають у розкритті особливостей проведення медичної реформи в Україні. Для цього використано такі методи: – аналізу – робота ґрунтується на аналізі нормативно-правових актів, прийнятих в умовах медичної реформи для врегулювання окремих її етапів та інститутів. Серед них: закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства з питань діяльності закладів охорони здоров'я» [8], «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» [9], Положення про Національну службу здоров'я України [10] та ін.;

– синтезу – цей метод є невід'ємною частиною дослідження, оскільки дав змогу систематизувати всі зміни, які відбувалися в чинному законодавстві

України щодо проведення реформи, підкреслити недоліки та переваги законодавчого врегулювання цієї сфери;

– діалектичний метод використано як інструмент дослідження об'єктивності та всебічності пізнання інституту охорони здоров'я, з урахуванням різних чинників, у взаємозв'язку.

Важливим інструментом є також формально-логічний метод, що допомагає в зазначеному контексті зрозуміти логіку й досконалість законодавчої техніки розбудови саме правового регулювання з використанням тих чи інших правових конструкцій і понять. Використання цього методу дає змогу з'ясувати повноту інструментально-правового забезпечення реформи, наблизитися до прогнозування подальших законотворчих зусиль держави.

У статті зроблено акцент на застосуванні системно-структурного методу наукових досліджень, адже важливо з'ясувати саме системну природу створюваного ринку медичних послуг унаслідок реформаторської політики держави. Цей метод дозволяє також установити не тільки загальні риси такої ринкової організації, а й з'ясувати її специфічні властивості.

Результати та обговорення

Нормативно-правове забезпечення медичної реформи

У серпні 2014 р. Міністерство охорони здоров'я України (далі – МОЗ) ініціювало розроблення «Національної стратегії реформування системи охорони здоров'я в Україні» [11], на основі якої прийнято низку нормативно-правових актів, на які покладалося завдання з урегулювання реформи.

Слід підкреслити, що загалом основними напрямками, передбаченими цією Стратегією, були такі: стимулювання правильних реформ, демонстрування особам, які приймають рішення, що здоров'я і сфера охорони здоров'я є потужним інструментом у політиці. Утім варто зазначити, що Україна вже понад два роки живе без стратегічного документа у сфері охорони здоров'я. Попередня Стратегія розвитку системи охорони здоров'я діяла у 2015–2020 рр., а головним її досягненням можна визнати зміну підходів до фінансування системи охорони здоров'я. На цей час прийняття нової стратегії значно ускладнюється через пандемію коронавірусу COVID-19, а також військову агресію з боку російської федерації.

Так, 25 лютого 2022 р. Кабінетом Міністрів України прийнято постанову № 157 «Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 25 квітня 2018 р. № 410 і від 29 грудня 2021 р. № 1440» [12], яка внесла необхідні поправки, що мають забезпечити стабільну роботу лікарень у період воєнного стану у зв'язку з російським вторгненням в Україну. У ній

зазначено, що на цей період під час оплати послуг Національна служба здоров'я України (далі – НСЗУ) не враховуватиме виконання умов щодо ведення інформації в Електронній системі охорони здоров'я та не рахуватиме фактичну вартість наданих медичних послуг за умовами, прописаними у відповідних пакетах послуг.

Попри це МОЗ та НСЗУ мають розробити, затвердити, а далі послідовно впроваджувати «Стратегію реформування охорони здоров'я в Україні», яка повинна містити чіткі цілі, терміни та засоби їхнього досягнення, розподіл повноважень, стимули та відповідальність виконавців; органічно поєднати адміністративні, економічні, організаційні, правові та соціально-психологічні методи громадського впливу на учасників цього процесу [13].

Як зазначає О. Машкевич, керівниця директорату медичних послуг МОЗ, робота над новою стратегією триває, і її основною метою є забезпечення доступу до необхідних медичних послуг, без фінансових або географічних бар'єрів. Інакше кажучи, кожен українець за потреби має вчасно та в повному обсязі отримати медичну допомогу належної якості в будь-якому закладі охорони здоров'я, який контрагується за кошти програми медичних гарантій. Програма медичних гарантій сьогодні охоплює екстрену, первинну, спеціалізовану медичну допомогу, медичну реабілітацію та програму «Доступні ліки» [14].

Напрями медичної реформи

Зважаючи на весь масив нормативно-правової бази, прийнятої задля досягнення цілей та спрямування процесів реформування системи охорони здоров'я, можемо сформулювати основні її напрями в Україні.

Перший напрям пов'язаний із наданням медичних послуг, адже якість їх надання, дійсно, викликає чимало питань. Для вирішення цієї проблеми потрібно створити вільний ринок медичних послуг, в якому активна роль належить не лише державним гравцям, а й приватному сектору, а медичним установам надається автономія щодо вибору організаційно-правової форми. Тобто фактично передбачено створення конкурентного ринку медичних послуг.

Відповідно до положень Господарського кодексу України, некомерційне господарювання – це самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку [15].

Отже, фактично відбувається перетворення закладів охорони здоров'я на комунальні некомерційні підприємства і нині за своїм статусом їх можна визначити як суб'єктів господарювання.

Основну роль у новій системі охорони здоров'я відведено первинній медико-санітарній допомозі, а саме сімейним лікарям. До них звертаються пацієнти, кожен зі своїм захворюванням, а вже сімейний лікар має виняткове право направляти осіб до спеціалізованих лікарів. Однак перед цим громадяни зобов'язані укласти декларацію з обраним лікарем відповідного державного або ж приватного лікувального закладу.

До речі, слід розрізняти декларації з лікарем і договір про надання медичних послуг. Як зазначає І. Я. Сенюта, за своєю правовою суттю декларація – це односторонній правочин, який створює обов'язки не лише для особи, яка його вчинила, тобто фізичної особи, а й для інших осіб, зокрема для надавача медичних послуг. Вона є передумовою виникнення нового правовідношення з іншої підстави – договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій. Декларація має подвійне юридичне значення: а) засвідчує реалізацію права на вільний вибір лікаря (хоча фізична особа ще не є пацієнтом); б) є юридичним фактом, що підтверджує виникнення у фізичної особи статусу третьої особи за договором про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій. Декларація є елементом (юридичним фактом) юридичного складу, що породжує виникнення правовідносин у сфері надання медичної допомоги [16].

Водночас за договором про надання медичних послуг – виконавець (заклад охорони здоров'я або лікар приватної практики) зобов'язується надати медичні послуги пацієнту, а замовник прийняти та оплатити їх відповідно до умов договору, закону і медичних стандартів. Як зазначає Р. А. Майданник, за своєю юридичною природою договір про надання медичних послуг є двостороннім правочином, на який поширюються положення глави 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення» (статті 901–907), якщо це не суперечить суті цього зобов'язання. За сферою медичної діяльності договори про надання медичних послуг зазвичай поділяють на такі види: договори про надання медичних послуг у сфері загальної хірургії, естетичної хірургії, договори про надання стоматологічних послуг, договори про надання послуг акушера-гінеколога, договори про надання медичної допомоги в сфері трансплантології тощо [17, с. 53]. Можна сказати, що декларація є ніби передумовою укладення договору про надання медичної послуги.

Отже, ознаками «медичної некомерційної господарської діяльності» є:

- 1) перетворення лівової частки закладів охорони здоров'я – бюджетних установ, за своєю організаційно-правовою формою як юридичних осіб у комунальні некомерційні підприємства;
- 2) пацієнти медичних закладів трансформувалися на споживачів медичних послуг, а право споживчого вибору реалізувалося через обрання лікаря та

укладення з ним договору. При цьому вони залишають за собою право розірвати декларацію та укласти її з іншим лікарем у будь-який момент;

3) дохід лікаря напряму залежить від кількості споживачів, що перебувають із ним у договірних відносинах. Сімейні лікарі, терапевти та педіатри (особливо ті, які мають 1,5–2,0 тис. декларантів) у середньому втричі підвищили свої посадові оклади);

4) спеціальна державна агенція, а саме НСЗУ, сплачує закладу і лікарю вартість надання пацієнту медичних послуг, тобто пацієнт є бенефіціаром, за якого розраховується держава.

Отже, в Україні створено модель функціонування індустрії медичних послуг на ринкових засадах. Пацієнт – вільний споживач обирає найбільш ефективний заклад (комунальне некомерційне підприємство) та відповідного фахівця, натомість заклади охорони здоров'я, перебуваючи у відносинах конкуренції, «змагаються» між собою, покращуючи якість своїх послуг для залучення якомога більшої кількості споживачів-пацієнтів. І, таким чином, утворюється доволі специфічний, але все-таки ринок медичних послуг. Остаточним результатом реалізації намічених заходів є переведення відносин у сфері охорони здоров'я з адміністративно-правових переважно в господарсько-правову площину. Завдяки цьому відбувається впровадження в систему відносин охорони здоров'я засад конкурентності, ефективності та фінансової прозорості.

Також у контексті поліпшення якості медичних послуг Урядом України у 2020 р. схвалено Концепцію розвитку електронної охорони здоров'я, метою якої є формування політичних, правових, організаційних, технологічних та ідеологічних умов і засад розвитку е-здоров'я. По факту eHealth – це база даних, яка допомагає вести облік медичних послуг, через неї лікарі можуть виписувати електронні рецепти, а також мають доступ до всієї медичної історії пацієнта, натомість громадяни мають змогу отримувати інформацію щодо їхнього лікування.

Як зазначає С. Б. Булеца, функціональні можливості електронної системи охорони здоров'я дуже широкі. Зокрема, пацієнти отримують можливість: реєстрації користувачів у центральній базі даних, у тому числі з використанням засобів електронної ідентифікації; створення, внесення, перегляду та обміну деклараціями про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу; рецептами, направленнями, медичними записами, іншою інформацією та документами через електронні кабінети відповідно до прав доступу користувачів; укладення, зміни та припинення договорів про медичне обслуговування населення і договорів про реімбурсацію за програмою

медичних гарантій; формування та подання електронних звітів, первинних, розрахункових та інших документів за договорами через центральну базу даних тощо. Електронна система охорони здоров'я передбачає існування центральної бази даних, у межах якої ведуться різні реєстри. Важливо й те, що електронна система охорони здоров'я передбачає сумісність та електронну взаємодію центральної бази даних з іншими інформаційними системами й державними інформаційними ресурсами: Єдиним державним демографічним реєстром; Єдиним державним реєстром юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань; Державним реєстром актів цивільного стану громадян та ін. [18, с. 99–100].

Другий напрям реформи пов'язаний із фінансуванням системи охорони здоров'я. Задля його забезпечення прийнято Концепцію реформи фінансування системи охорони здоров'я, згідно з якою головним завданням реформи визначено перехід від постатейного фінансування медичних послуг до фінансування за результатами діяльності, що сприятиме як підвищенню ефективності діяльності самої системи, так і вдосконаленню підходів до моделі її фінансування. Концепція встановлює такі напрями для змін:

- упровадження державного гарантованого пакета медичної допомоги;
- утворення єдиного національного замовника медичних послуг;
- створення нових можливостей для здійснення місцевою владою повноважень у сфері охорони здоров'я;
- автономізація постачальників медичної допомоги;
- запровадження принципу «гроші повинні йти за пацієнтом» [19].

У 2017 р. прийнято Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» [9], в якому визначено, що за допомогою коштів Державного бюджету України відбувається забезпечення фінансування необхідних медичних послуг та лікарських засобів у межах програми медичних гарантій. Під останніми слід розуміти пакет медичних послуг, які гарантовані державою, і включає послуги екстреної, первинної, амбулаторної, госпітальної та паліативної допомоги, медичну допомогу дітям, яким не виповнилося 18 років, та медичний супровід вагітності та пологів. Обсяги коштів, що спрямовуються на реалізацію програми медичних гарантій, визначаються Законом України про Державний бюджет України у розмірі не менше 5 % від валового внутрішнього продукту України.

У контексті цього важливо також згадати і постанову Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2022 р. № 1464, якою затверджено Порядок реалізації програми державних гарантій медичного обслуговування населення у 2023 році [20]. Згідно з нею НСЗУ на програму Медичних гарантій виді-

лила 142 млрд гривень, це на 14 млрд менше, ніж 2022 р., але цього достатньо, щоб закупити потрібну кількість послуг.

У цій постанові, незважаючи на війну в країні, продовжуючи реформу охорони здоров'я, відбулося розширення пакетів послуг. Серед нових послуг, які громадяни зможуть отримати на безоплатній основі: реабілітаційна допомога дорослим та дітям у стаціонарних та амбулаторних умовах, секційне дослідження, новий пакет «Готовність та забезпечення надання медичної допомоги населенню, яке знаходиться на території, де ведуться бойові дії», для медзакладів на тимчасово захоплених територіях передбачено пакет «Забезпечення збереження кадрового потенціалу для надання медичної допомоги населенню, яке знаходиться на території, яка перебуває в тимчасовій окупації». Цей пакет буде діяти для комунальних медзакладів, які знаходяться на тимчасово захопленій території, згідно з переліком Мінреінтеграції. Оплати цим закладам залежатимуть від кількості та категорій працівників станом на 1 грудня 2022 р., також важливим є розширення пакета психологічної підтримки на первинному рівні, що був упроваджений ще у 2022 р.

Третій напрям реформи полягає у зміні системи управління охороною здоров'я. Як слушно зазначили науковці, насамперед це стосується напряму закупівель медичних послуг та ліків, що передбачає порядок укладання договорів між Урядом та суб'єктами господарювання [21, с. 172]. У контексті цього була створена НСЗУ, про яку вже згадувалось вище. Діяльність цього органу регулюється постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2017 р. № 1101, якою затверджено Положення про Національну службу здоров'я України [10]. Це Положення встановлює, що НСЗУ є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра охорони здоров'я, який реалізує державну політику у сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення. Ця служба за своєю суттю є суб'єктом, який від імені держави укладає контракти на купівлю медичних послуг, а також контракти з медичними установами та приватними лікарями. Через цей орган здійснюється й розподіл коштів між медичними установами.

Узагалі, основною метою цього етапу є реформування системи координації на державному рівні. Так, по-перше, потрібно забезпечити централізований рівень управління медичних відносин – від МОЗ до НСЗУ, і по-друге, місцевий рівень – від НСЗУ до органів місцевого самоврядування.

У разі успішного реформування трьох попередніх напрямів четвертий буде стосуватися змін у фармацевтичній сфері. Отже, пропонується скасувати обов'язкову реєстрацію в Україні тих препаратів, які вже пройшли сертифі-

кацію в ЄС та США. Це допоможе зменшити ціни на ліки на 30–40 % [21, с. 174].

Відносини, що потребують удосконалення

Попри важливість медичної реформи і наявність позитивних результатів від її реалізації, існує низка недоліків, на які потрібно звернути увагу.

Відповідно до п. 1.4 Порядку надання первинної медичної допомоги (далі – ПМД) основним завданням такої діяльності є забезпечення населення послугами зі всебічної, безперервної і орієнтованої на пацієнта ПМД, спрямованої на задоволення потреб населення у відновленні та збереженні здоров'я, попередження розвитку захворювань, зменшення потреби у госпіталізації та покращення якості життя [22]. Проте у випадках, коли особа не виконала свій обов'язок щодо укладення договору про надання медичної допомоги із закладом охорони здоров'я або лікарем, така особа обмежується в праві на отримання первинної медичної допомоги. І звичайно постає питання: чи законно примушувати особу укласти такий договір? Оскільки, наприклад, без направлення від сімейного лікаря, з яким укладено договір, особу не зможе оглянути і провести лікування вже лікар більш вузької спеціалізації. Або ж ситуації, коли особа не уклала договір із лікарем і не має коштів для оплати медичних послуг у платній лікарні, тобто виходить, що особа не може отримати належне лікування, що є порушенням її конституційних прав щодо охорони здоров'я, принципу недискримінації. Європейська хартія прав пацієнтів у ст. 2 також встановлює, що кожен має право на доступ до медичних послуг, необхідних йому за станом здоров'я. Медичне обслуговування повинно забезпечити рівний доступ для всіх без дискримінації за фінансовими можливостями, місцем проживання, типом хвороби чи часом лікування [23].

Хоча такі ситуації є поодинокими, і більшість громадян укладають відповідні договори, все-таки на цей аспект урядовцям слід звернути увагу.

Наступним недоліком є те, що медична послуга отримала на державному рівні уніфіковану вартість, і через такий усереднений показник вартості не завжди враховуються побічні чинники, які можуть виникнути в кожному окремому випадку з пацієнтом, наприклад щодо складності встановлення діагнозу та тривалості проведення терапії. А це в подальшому впливає на ефективність використання фінансових ресурсів і заробітну платню лікарів.

Щодо останньої, то тут також є певні невідповідності, оскільки внаслідок медичної реформи систему оплати праці медичних працівників змінено не було. Кошти, за рахунок яких заробітна плата може бути збільшена, пере-

раховуються лікарням. Нових критеріїв для розрахунку заробітної плати законодавець та МОЗ у рамках медичної реформи не встановили [24, с. 132]. Також зарплати лікарів «вузьких спеціальностей», з якими не укладаються договори і які належать уже до вторинної медичної допомоги, залишилися мізерними. До речі, трапляються випадки, коли лікарня, навіть після укладення договору з НСЗУ і виконання всіх вимог законодавства, недоотримує необхідного фінансування на рік, що також впливає на рівень заробітної плати працівників.

Проблемою є й те, що НСЗУ не відшкодовує вартість лікарських засобів у стаціонарних умовах, це питання вирішується в межах місцевих бюджетів (закупівлі з Національного переліку лікарських засобів). Тому контракт із НСЗУ не гарантує, що конкретний медичний заклад зможе забезпечити пацієнта необхідними ліками в стаціонарних умовах, через що пацієнти вимушені, як і раніше, купувати ліки за власний кошт.

Залишається актуальним питання щодо фінансування спеціалізованих науково-лікувальних закладів. Як підкреслюють науковці, реформою не було враховано питання надання медичних послуг та їх оплати філіями Національної академії медичних наук України [21, с. 174]. Важливість полягає в тому, що базове фінансування Національної академії наук України, галузевих академій наук хоч і забезпечує фундаментальні наукові дослідження, розвиток інфраструктури та оновлення матеріально-технічної бази наукової та науково-технічної діяльності, навчання персоналу, наукових кадрів, але його недостатньо, наприклад, для встановлення міжнародної співпраці, яка є необхідною, адже в одній зі своїх робіт Ентоні Дж. Блінкен та Ксав'єр Бесерра, зазначають, що факти, дані та наука є найефективнішими інструментами у покращенні глобальної безпеки охорони здоров'я [25, с. 1255].

Нині програмно-цільове фінансування здійснюється на конкурсній основі у порядку, встановленому законодавством України. Однак у Концепції реформи фінансування охорони здоров'я, затвердженій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. № 013-р, не враховано особливості правового статусу діяльності державних науково-дослідних установ, їх рівень управлінської та фінансової автономії, які можуть мати власний дохід, отриманий від оплати послуг, що надаються ними відповідно до основного виду діяльності [21].

У контексті проблем, які виникають у сфері реформи охорони здоров'я, не можна не згадати про доволі скандальний законопроект № 6013 «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період» [26], яким скасовується

Господарський кодекс України, що є неприпустимим і призведе до зникнення законодавчого визначення базових для господарського права понять, а також ознак підприємницької діяльності, що, у свою чергу, вплине на інші галузі, де використовують ці терміни. Звичайно, це позначиться й на реформі охорони здоров'я, яка за своєю суттю, як вже зазначалося вище, створює ринок медичних послуг і встановлює статус закладів охорони здоров'я як комунальних некомерційних підприємств. Треба визнати, що беззаперечним доводом на користь чинного господарського законодавства є регулювання Господарським кодексом тих відносин, які мають певний публічно-правовий елемент і апріорі не можуть бути імplementовані в цивільне законодавство. Оскільки медичні правовідносини є насправді комплексними, то передбачити і врегулювати їх у межах лише однієї галузі права неможливо.

Висновки

Уже нікого не потрібно переконувати в необхідності медичної реформи в Україні, що передбачає формування «вектору» змін, серед яких: створення НСЗУ, реорганізація медичних закладів у неприбуткові комунальні підприємства, утворення ринку медичних послуг, автономізація та комерціалізація діяльності медичних закладів тощо. Важливо зазначити, що перехід системи охорони здоров'я від адміністративно-командної до ринкової моделі надання медичних послуг на економічній та правовій основі в цілому є позитивним кроком у виборі напряму реформи, але при цьому не можна забувати про особливості побудови суспільних відносин усередині країни і про досвід інших країн у цій сфері, а грамотне застосування комплексу методів державного управління, спрямованих як на збалансоване зростання галузі охорони здоров'я країни, так і на запобігання негативному впливу суміжних секторів і галузей національної економіки, гарантує його успішну реалізацію.

На тлі медичної реформи абсолютно неприйнятними виглядають пропозиції скасування Господарського кодексу України. Очевидно, що такі законодавчі пропозиції фактично знищують медичну реформу, адже виключають із правової дійсності принципово необхідні для функціонування ринку медичних послуг базові правові конструкції. Насамперед це «некомерційна господарська діяльність» та «комунальне некомерційне підприємство», а також «державне некомерційне підприємство» як організаційно-правові форми юридичних осіб. І це тільки у сфері охорони здоров'я, не кажучи про підприємства оборонно-промислового комплексу, житлово-комунального господарства тощо. Очевидно, що такі наслідки «законодавчих новацій» їх ініціаторами взагалі не усвідомлюються.

Наразі Україна перебуває на другому етапі медичної реформи. Одним із головних завдань цього етапу є розв'язання питання обов'язкового медичного страхування, в аспекті виокремлення страхових випадків за умовами договору та вартості такого страхування, оскільки громадяни України звикли до безкоштовного медичного обслуговування. Чи вдало все вдасться реалізувати, покаже час.

Список використаних джерел

- [1] Європейська соціальна хартія (переглянута). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062#Text (дата звернення: 25.10.2022).
- [2] Конституція України : офіц. текст від 28.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 25.10.2022).
- [3] Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
- [4] Romaniuk P., Semigina T. Ukrainian health care system and its chances for successful transition from Soviet legacies. *Globalization and Health*. 2018. № 14(116). <https://doi.org/10.1186/s12992-018-0439-5>.
- [5] 2021 GHS Index Country Profile for Ukraine. URL: <https://www.ghsindex.org/country/ukraine/> (дата звернення: 25.10.2022).
- [6] Задихайло Д. В. Господарське право : підручник. Харків : Право, 2012. 696 с.
- [7] Медичне право : підручник / за заг. ред. С. Б. Булеци, М. В. Менджул. Ужгород : ТОВ «РІК-У», 2021. 720 с.
- [8] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства з питань діяльності закладів охорони здоров'я : Закон України від 06.04.2017 р. № 2002-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 21. Ст. 245.
- [9] Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення : Закон України від 19.10.2017 р. № 2168-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 5. Ст. 31.
- [10] Положення про Національну службу здоров'я України : Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2017 р. № 1101. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1101-2017-%D0%BF#Text> (дата звернення: 25.10.2022).
- [11] Національна стратегія реформування системи охорони здоров'я в Україні на період 2015–2020 років. URL: <https://uoz.cn.ua/strategiya.pdf> (дата звернення: 25.10.2022).
- [12] Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 25 квітня 2018 р. № 410 і від 29 грудня 2021 р. № 1440 : Постанова Кабінету Міністрів України від 25.02.2022 р. № 157. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-2022-%D0%BF#Text> (дата звернення 28.01.2023).
- [13] Melnychenko O. A., Chovpan G. O., Udovychenko N. M., Muratov G. R., Kravchenko Zh. D., Rohova O. G., Kutuzyan Zh. M. The medical reform: realities and prospects for Ukraine. *Wiadomości Lekarskie*. 2021. № 74. С. 1208–1212. URL: <https://wiadlek.pl/wp-content/uploads/arc> (дата звернення 28.01.2023).
- [14] Стратегія охорони здоров'я 2030 дозволить громадянам отримувати якісні безкоштовні медпослуги по всій Україні. Реанімаційний пакет реформ. URL: [ISSN 2414-990X. *Problems of Legality*. 2023. Issue 160](https://trg.org.ua/news/strategiia-okhorony-zdorov-ia-2030-dozvolyt-hromadianam-otrymuvaty-</div><div data-bbox=)

- iakisni-bezkoshtovni-medposluhy-po-vsiy-ukraini-kerivnytsia-dyrektoratu-moz/ (дата звернення: 25.10.2022).
- [15] Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. № 19–20, 21–22. Ст. 144.
- [16] Сенюта І. Я. Декларація про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу: окремі нормативні недоліки. *Український медичний часопис*. 2018. URL: <https://www.umj.com.ua/article/125026/deklaratsiya-pro-vibir-likarya-yakij-nadaue-pervinnu-medichnu-dopomogu-okremi-normativni-nedoliki> (дата звернення: 25.10.2022).
- [17] Майданик Р. А. Договір про надання медичних послуг. *Медичне право*. 2010. № 5(1). С. 52–66. URL: <http://medicallaw.org.ua/uploads/media/Maydanyk.pdf> (дата звернення: 25.10.2022).
- [18] Булеца С. Б. E-health система в Україні. *Четверте покоління прав людини: особливості правового регулювання, проблеми та перспективи розвитку в сфері охорони здоров'я* : монографія / за заг. ред. С. Б. Булеци, М. В. Менджул. Ужгород : Вид-во УжНУ «Говерла», 2020. С. 97–104. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/39151/1/%D0%9C%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D1%84%D1%96%D1%8F-1-1.pdf> (дата звернення: 25.10.2022).
- [19] Концепція реформи фінансування системи охорони здоров'я : схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30.11.2016 р. № 1013-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1013-2016-%D1%80#Text> (дата звернення: 25.10.2022).
- [20] Порядок реалізації програми державних гарантій медичного обслуговування населення у 2023 році : Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2022 р. № 1464. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1464-2022-%D0%BF#Text> (дата звернення 27.01.2023).
- [21] Задихайло Д. В., Милаш В. С., Яроцкий В. Л. Современное состояние реформы здравоохранения в Украине в условиях евроинтеграции. *Georgian Medical News*. 2020. № 12(309). С. 172–176.
- [22] Порядок надання первинної медичної допомоги : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 19.03.2018 р. № 504. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0348-18#Text> (дата звернення: 25.10.2022).
- [23] Європейська хартія прав пацієнтів. URL: <https://phc.org.ua/sites/default/files/uploads/files/hartia.pdf> (дата звернення: 25.10.2022).
- [24] Шабанов Р. І., Новіков Д. О. Проблеми правового регулювання оплати праці медичних працівників в умовах медичної реформи. *Право і суспільство*. 2021. № 6. С. 132–137. <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2021.6.19>.
- [25] Antony J. Blinken, Xavier Becerra. Strengthening global health security and reforming the international health regulations. Making the world safer from future pandemics. *JAMA*. 2021. No. 326(13). P. 1255–1256. <https://doi.org/10.1001/jama.2021.15611>.
- [26] Проект Закону про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період від 09.09.2021 р. № 6013. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72707 (дата звернення: 25.10.2022).

References

- [1] European Social Charter (revised). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062#Text.
- [2] Constitution of Ukraine. (1996, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text>.
- [3] Law of Ukraine No. 2801-XII "Fundamentals of Ukrainian legislation on health care". (1992, November). (1993). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 4, art. 19.
- [4] Romaniuk, P.T., & Semigina, T. (2018). Ukrainian health care system and its chances for successful transition from Soviet legacies. *Globalization and Health*, 14(116). <https://doi.org/10.1186/s12992-018-0439-5>.
- [5] 2021 GHS Index Country Profile for Ukraine. URL: <https://www.ghsindex.org/country/ukraine/>.
- [6] Zadykhaylo, D.V. (2012). *Commercial Law*. Kharkiv: Pravo.
- [7] Buletsa, S.B., & Menjul, M.V. (Eds.). (2021). *Medical Law*. Uzhgorod: "RIK-U".
- [8] Law of Ukraine No. 2002-VIII "On the introduction of changes to some legislative acts of Ukraine regarding the improvement of the legislation on the activities of health care institutions". (2017, April). (2017). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 21, art. 245.
- [9] Law of Ukraine No. 2168-VIII "On state financial guarantees of medical care for the population". (2017, October). (2018). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 5, art. 31.
- [10] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1101 "Regulations on the National Health Service of Ukraine". (2017, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1101-2017-%D0%BF#Text>.
- [11] National strategy for reforming the health care system in Ukraine for the period 2015–2020. Retrieved from <https://uoz.cn.ua/strategiya.pdf>.
- [12] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 157 "On amendments to the resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 410 and No. 1440". (2022, February). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-2022-%D0%BF#Text>.
- [13] Melnychenko, O.A., Chovpan, G.O., Udovychenko, N.M., Muratov, G.R., Kravchenko, Zh.D., Rohova, O.G., & Kutuzyan, Zh.M. (2021). The medical reform: realities and prospects for Ukraine. *Wiadomości Lekarskie*, 74, 1208-1212. Retrieved from <https://wiadlek.pl/wp-content/uploads/arc>.
- [14] The 2030 health care strategy will allow citizens to receive high-quality free medical services throughout Ukraine. Reanimation package of reforms. Retrieved from <https://rpr.org.ua/news/stratshiiia-okhorony-zdorov-ia-2030-dozvolyt-hromadianamotrymuvat-yiakisni-bezkoshtovni-medposluhy-po-vsiy-ukraini-kerivnytsiadyrektoratu-moz/>.
- [15] The Commercial Code of Ukraine. (2003, January). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.
- [16] Senyuta, I.Ya. (2018). Declaration on the choice of a doctor who provides primary medical care: certain regulatory shortcomings. *Ukrainian medical journal*. Retrieved from <https://www.umj.com.ua/article/125026/deklaratsiya-pro-vibir-likarya-yakij-nadaye-pervinnu-medichnu-dopomogu-okremi-normativni-nedoliki>.

- [17] Maidanik, R.A. (2010). Agreement on the provision of medical services. *Medical law*, 5(1), 52-66. Retrieved from <http://medicallaw.org.ua/uploads/media/Maydanyk.pdf>.
- [18] Buletsa, S.B. (2020). E-health system in Ukraine. S.B. Buletsa, & M.V. Mendzhul (Eds.). In *The fourth generation of human rights: peculiarities of legal regulation, problems and prospects for development in the field of health care* (pp. 97-104). Uzhhorod: UzhNU «Hoverla».
- [19] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1013-p "The concept of health care financing reform". (2016, November). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1013-2016-%D1%80#Text>.
- [20] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1464 "The procedure for implementing the program of state guarantees of medical care for the population in 2023". (2022, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1464-2022-%D0%BF#Text>.
- [21] Zadykhaylo, D., Milash, V., & Yarotskiy, V. (2020). Current state of health reform in Ukraine in the conditions of European integration. *Georgian Medical News*, 12(309), 172-176.
- [22] Order of the Ministry of Health No. 504 "Order provision of primary medical care". (2018, March). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0348-18?lang=en#Text>.
- [23] European Charter of Patients' Rights. Retrieved from <https://phc.org.ua/sites/default/files/uploads/files/hartia.pdf>.
- [24] Shabanov, R.I., & Novikov, D.O. (2021). Problems of legal regulation of salaries of medical workers in the conditions of medical reform. *Law and Society*, 6, 132-137. <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2021.6.19>.
- [25] Blinken, Antony J., & Becerra, Xavier (2021). Strengthening global health security and reforming the international health regulations making the world safer from future pandemics. *JAMA*, 326(13), 1255-1256. <https://doi.org/10.1001/jama.2021.15611>.
- [26] Draft Law No. 6013 "The peculiarities of the regulation of entrepreneurial activity of certain types of legal entities and their associations in the transition period". (2019, August). Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72707.

Дмитро Дмитрович Задихайло

кандидат юридичних наук, доцент, асистент кафедри екологічного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: dmzadykhaylo@gmail.com
ORCID 0000-0002-7051-4010

Анна Миколаївна Савченко

студентка факультету прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: a.m.savchenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-8857-6829

Dmytro D. Zadykhailo

PhD in Law, Associate Professor, Assistant of the Department of Environmental Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: dmzadykhaylo@gmail.com
ORCID 0000-0002-7051-4010

Anna M. Savchenko

Student of the Faculty of Prosecutor's Office
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: a.m.savchenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-8857-6829

Рекомендоване цитування: Задихайло Д. Д., Савченко А. М. Формування ринкових засад організації охорони здоров'я в Україні (господарсько-правовий аспект). *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 100–117. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.272738>.

Suggested Citation: Zadykhailo, D.D., & Savchenko, A.M. (2023). Formation of Market Foundations of Health Care Organization in Ukraine (Commercial Legal Aspect). *Problems of Legality*, 160, 100-117. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.272738>.

Статтю подано / Submitted: 24.01.2023

Доопрацьовано / Revised: 09.02.2023

Схвалено до друку / Accepted: 15.02.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

До питання класифікації працівників ІТ-сфери

Дар'я Ігорівна Заїка*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: daria.zaika.ua@gmail.com

Анотація

Актуальність статті полягає в тому, що нові явища у сфері праці ІТ-трудівників зумовлюють необхідність адаптувати й оновити інститути трудового права з метою збереження ефективності правового регулювання трудових відносин із боку державних органів. Від початку повномасштабного вторгнення українські працівники та роботодавці роблять усе можливе, пристосовуючись до нових умов життя і праці. Воєнні реалії змусили національний бізнес стати більш гнучким і вміти швидко адаптуватися. До того ж ІТ-сектор стрімко розвивається в умовах цифровізації та диджиталізації суспільства й виробничих процесів, тому виникають нові професії та посади. Узагальнення й систематизація працівників ІТ-сфери дадуть можливість провести їх поглиблений аналіз як суб'єктів трудового права. Мета цієї статті – створити вичерпну класифікацію працівників ІТ-сфери. Задля досягнення вказаної мети роботу виконано у два етапи: 1) визначення ролі класифікації у трудовому праві; 2) виокремлення критеріїв для класифікації працівників ІТ-сфери. Для вирішення завдань статті використано метод порівняння (дає змогу порівняти ІТ-фахівців між собою за виокремленими критеріями), міждисциплінарний синтез (дає змогу синтезувати дані про структурні властивості об'єктів різних дисциплін, а саме трудового права та теорії права), метод ізолюючої абстракції (дає змогу виокремити деякі ознаки ІТ-працівників, унаслідок чого технічний ІТ-працівник буде розглядатися як окремий вид працівників цієї сфери), метод конкретизації (дозволяє перевірити правильність уявлень, отриманих у результаті абстрагування, про властивості реальних об'єктів і виокремити їхні суттєві зв'язки, властивості й відношення), узагальнення (дає змогу поширити загальні ознаки групи об'єктів на всі об'єкти множини працівників ІТ-сфери, а також виділити суттєві ознаки окремих видів працівників ІТ-сфери), телеологічний метод (дозволяє проаналізувати зміст правового припису, виявивши й розкривши цілі ухвалення правової норми та у співвідношенні з нею граматичну й логічну суті формулювань законодавця, які містяться в текстах нормативно-правових приписів), порівняльно-правовий метод (дає змогу зіставити юридичні поняття, явища і процеси, з'ясувати між ними подібності та/або відмінності). У роботі проаналізовано поняття «працівник ІТ-сфери», досліджено поняття «класифікація», виокремлено дві істотні ознаки (критерії) для класифікації працівників ІТ-сфери (за професійними групами та за кваліфікаційним рівнем), визначено види працівників ІТ-сфери відповідно до встановлених критеріїв. Крім того,

проведено розмежування поняття «працівник ІТ-сфери» із суміжними поняттями «gig-спеціаліст», «ІТ-спеціаліст», «ІТ-фахівець». Висловлено думку про доцільність розробки окремого Випуску Довідника кваліфікаційних характеристик професії під назвою «ІТ-сфера». Результати дослідження дадуть змогу надалі більш глибоко розглянути інститут охорони праці трудівників цієї галузі.

Ключові слова: працівник; ІТ-галузь; класифікація.

On the Issue of the Classification of IT Sphere Employees

Daria I. Zaika*

Yaroslav Mudrui National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: daria.zaika.ua@gmail.com

Abstract

The relevance of the article lies in the fact that new phenomena in the field of work of IT employees make it necessary to adapt and update institutions of labor law in order to preserve the effectiveness of legal regulation of labor relations by state bodies. Since the beginning of the full-scale invasion, Ukrainian workers and employers have been doing their best to adapt to new living and working conditions. The realities of war forced the national business to become more flexible and able to adapt quickly. In addition, the IT sector is rapidly developing in the conditions of digitization of society and production processes, so new professions and positions are emerging. Generalization and systematization of IT workers will make it possible to conduct an in-depth analysis of them as subjects of labor law. Therefore, the purpose of this article is to create a comprehensive classification of IT employees. In order to achieve this goal, the work was carried out in two stages: 1) determination of the role of classification in labor law; 2) identification of criteria for classification of IT workers. To solve the tasks of the article, the comparison method was used (allows you to compare IT specialists with each other according to selected criteria), interdisciplinary synthesis (allows you to synthesize data on the structural properties of objects of different disciplines, namely labor law and legal theory), the method of isolating abstraction (makes it possible to single out some characteristics of IT workers, as a result of which a technical IT worker will be considered as a separate type of worker in this field), the specification method (allows you to check the correctness of the ideas obtained as a result of abstraction about the properties of real objects and to single out their essential connections ties, properties and relations), generalization (allows to extend the general characteristics of a group of objects to all objects of the set of IT workers, as well as to highlight the essential characteristics of individual types of IT workers), teleological method (allows to analyze the content of the legal prescription, revealing and revealing the goals of the adoption of the legal norm and, in relation to it, the grammatical and logical essence the legislator's formulations contained in the texts of normative and legal prescriptions), the comparative legal method (it makes it possible to compare legal concepts, phenomena and processes, to find out similarities and/or differences between them). During the study, the concept of "IT worker" was analyzed, the concept of "classification" was studied,

two essential features (criteria) were identified for the classification of IT workers (by professional groups and by qualification level), the types of IT workers were determined in accordance with the established criteria. In addition, the concept of "IT employee" was distinguished from the related concepts of "gig specialist", "IT specialist", "IT specialist". An opinion was expressed about the expediency of developing a separate edition of the Handbook of qualification characteristics of professions called "IT sphere". The results of the study will provide an opportunity to further examine the institute of occupational health and safety of workers in this field in more depth.

Keywords: employee; IT industry; classification.

Вступ

В умовах дії правового режиму воєнного стану серед пріоритетних завдань України – утримати економіку на довоєнному рівні, створити надійний тил для фронту. Від початку повномасштабного вторгнення українські працівники та роботодавці роблять усе можливе, пристосовуючись до нових умов життя і праці. Воєнні реалії змусили національний бізнес стати більш гнучким і вміти швидко адаптуватися.

Неабиякий успіх мала ІТ-сфера: 85 % ІТ-компаній з березня 2022 р. уже працювали в нормальному бізнес-ритмі [1], а на 13 січня 2023 р. ІТ-сфера становила майже половину всього обсягу експорту послуг. Для порівняння: на кінець 2021 р. експорт ІТ-послуг становив 37 % [2].

На сьогодні ІТ-сектор – єдина галузь бізнесу, яка зросла за рік війни порівняно з довоєнними показниками [2] та має питому вагу в економіці держави. На кінець 2022 р. ІТ-послуги стали лідером національного експорту, обійшовши за показниками навіть експорт металів – одну з основних прибуткових галузей України впродовж багатьох років [2].

Ці фактори посилили зростання кількості фахівців та спеціалістів і без того великої спільноти трудівників цієї сфери. До того ж ІТ-індустрія швидко розвивається в умовах цифровізації та диджиталізації суспільства й виробничих процесів, що зумовлює появу нових ІТ-професій. За допомогою узагальнення й систематизації працівників ІТ-сфери можна провести їх поглиблений аналіз як суб'єктів трудового права.

Саме класифікація трудівників ІТ-галузі дасть змогу систематизувати ІТ-фахівців і значно полегшить подальше їх наукове дослідження як суб'єктів права. Крім того, поділ ІТ-спеціалістів на види поглибить знання про них завдяки виокремленню основних ознак і характеристик. Тому класифікація працівників ІТ-сфери є однією з актуальних проблем, що потребує розгляду.

Мета цієї статті – створити вичерпну класифікацію працівників ІТ-сфери. Для реалізації зазначеної мети поставлено такі завдання: проаналізувати поняття «працівник ІТ-сфери», дослідити поняття «класифікація», виокремити істотні ознаки (критерії) для класифікації, визначити види працівників ІТ-сфери відповідно до критеріїв.

Останніми роками дослідженню працівників ІТ-сфери присвятили праці такі вчені трудового права, як: Л. П. Амелічева [3], Е. Butkevičienė [4], Л. Ю. Величко [5], О. О. Гаврилова [6], В. Б. Дацюк [7], Н. Delagrangé [8], І. П. Жигалкін [9], В. О. Закриницька [10], Н. Collins [11], В. С. Ковригін [5], В. Л. Костюк [12], Н. О. Мельничук [6; 9], О. В. Москаленко [5], С. В. Мороз [6], А. Nakgoliėnė [4], О. Г. Серета [10; 13], С. О. Сільченко [9], А. М. Слюсар [10; 14], Ф. А. Цесарський [15], О. А. Яковлев [13], Є. П. Яригіна [6], О. М. Ярошенко [5–6; 9–10; 13] та ін. Серед них є два ґрунтовні дисертаційні дослідження: В. Л. Костюка «Правосуб'єктність у трудовому праві: проблеми теорії та практики» [12] та А. М. Слюсаря «Правовий статус суб'єктів трудового права України: теоретико-правовий аспект» [14]. Не применшуючи внеску вказаних учених, зазначимо, що, попри розроблення загального питання, класифікації працівників ІТ-сфери ані в доктрині трудового права, ані в законодавстві не було, що й зумовлює актуальність обраної теми.

Матеріали та методи

Для досягнення вказаної мети в роботі виокремлено два етапи. Першим етапом є визначення ролі класифікації у трудовому праві, на якому розкриваємо різні погляди науковців про значення класифікації в правовій доктрині. На другому етапі переходимо до критеріїв для класифікації працівників ІТ-сфери, на якому з'ясовуємо, за якими ознаками та характеристиками можна поділити трудівників цієї галузі, а також визначаємо види працівників ІТ-сфери, розподіливши таких працівників згідно з визначеними критеріями.

Відповідно до завдань наукового пошуку в роботі використано емпіричні, загальнологічні та спеціальні (специфічні) методи дослідження. Розглянемо кожен метод окремо, щоб обґрунтувати його вибір.

Зокрема, у роботі використано метод порівняння, тому що він установлює загальне, одиничне та особливе в досліджуваних об'єктах [16, с. 220]. Це дає змогу порівняти ІТ-фахівців між собою за виокремленими критеріями, тобто їх тотожність і відмінність за певними ознаками, а саме з використанням якісного й кількісного порівняння.

Для дослідження проблеми обрано міждисциплінарний синтез. Цей метод дає змогу синтезувати дані про структурні властивості об'єктів різних дисциплін, а саме: трудового права та теорії права.

Крім того, застосовано метод ізолюючої абстракції, оскільки він виокремлює деякі властивості й відношення, які починають розглядатися як самостійні індивідуальні об'єкти [16, с. 220]. Використовуючи цей метод, можна виокремити деякі ознаки ІТ-працівників, унаслідок чого технічний ІТ-працівник буде розглядатися як окремий вид працівників цієї сфери.

Для реалізації вказаної мети використано метод конкретизації, оскільки він вимагає врахування всіх реальних умов, у яких перебуває досліджуваний об'єкт. За допомогою методу конкретизації можна перевірити правильність уявлень, отриманих у результаті абстрагування, про властивості реальних об'єктів і виокремити їхні суттєві зв'язки, властивості й відношення [16, с. 220].

Наступним обраним методом є узагальнення, тому що він дає змогу поширити загальні ознаки групи об'єктів на всі об'єкти множини працівників ІТ-сфери, а також виділити суттєві ознаки окремих видів працівників ІТ-сфери за допомогою конкретно-загального узагальнення.

У роботі застосовано телеологічний метод, оскільки завдяки цьому методу можна проаналізувати зміст правового припису, виявивши й розкривши цілі ухвалення правової норми та у співвідношенні з нею граматичну й логічну суті формулювань законодавця, які містяться в текстах нормативно-правових приписів. Тобто застосовуючи цей метод, можемо з'ясувати зміст норми права за допомогою її мети [16, с. 223].

Також для цього дослідження використано порівняльно-правовий метод, тому що він дає змогу зіставити юридичні поняття, явища і процеси, з'ясувати між ними подібності та/або відмінності й установити якісний стан окремих видів працівників ІТ-сфери.

Результати та обговорення

Значення класифікації у трудовому праві та основні вимоги до неї

В умовах цифровізації та науково-технічного прогресу виникає велика кількість категорій, термінів і понять, що потребують структурованості та систематизації. Нерозуміння взаємозв'язку між поняттями, невизначеність їхніх критеріїв розмежування призводять до нездатності надалі повно та якісно досліджувати ці поняття. З огляду на це класифікація стає невід'ємною частиною будь-якої науки.

Тож потрібно обумовити, що розуміється під терміном «класифікація». Це слово має латинське походження й у дослівному перекладі українською мовою означає «classis» – розряд, «fasio» – роблю, тобто розподіл [17]. Український тлумачний словник інтерпретує зазначене поняття як «систему розподілу предметів, явищ або понять на класи, групи і таке інше за спільними ознаками, властивостями» [18]. Класифікація пов'язана з поділом цілого на частини за правилами логіки. Цілями класифікації можуть бути: а) здобуття додаткових знань про об'єкти, що поділяються, предмети; б) впорядкування; в) систематизація предметів, явищ або знань про них [17].

О. С. Адамова зробила значний внесок у тлумачення поняття «класифікація», дослідивши у своїй статті визначення цього терміна провідними економістами, філософами, юристами, а також визначення з тлумачних словників різних країн. Крім того, вчена проаналізувала у своїй роботі основоположні принципи, які мають визначальне значення для класифікації, а також базові правила її побудови [17].

Економісти, на думку вченої, виокремлюють кілька визначень цього поняття: одні автори визначають класифікацію як систему супідрядних понять (класів, об'єктів) певної галузі знань або діяльності людини, використовуювану як засіб для встановлення зв'язків між цими поняттями або класами об'єктів, інші вважають, що це особливий випадок застосування логічної операції поділу обсягу поняття, що є деякою сукупністю дій (поділ деякого класу на види, поділ цих видів та ін.). Для економістів класифікація завжди пов'язана з розмежуванням цілого на частини. Такий розподіл, розмежування здійснюється не само по собі, а на основі логічних правил. Цілями такого розподілу є: отримання додаткових знань про об'єкти, що класифікуються, предмети, впорядкування, систематизація як самих предметів і явищ, так і знань про них. Сучасні вітчизняні економічні словники і енциклопедії дають найбільш повні й точні трактування поняття «класифікація», що, як правило, виходять зі сфери його виникнення. Деякі словники звертають увагу також на бюджетну класифікацію. Їх автори говорять про її види, а так само – про класифікацію витрат на виробництво. Отже, економісти використовують два найбільш поширених підходи до визначення терміна «класифікація» як економічної категорії. Перший підхід полягає у впорядкованому розподілі елементів згідно з істотними ознаками та включенні їх до відповідних класів, підкласів або груп. Другий підхід полягає у створенні системи супідрядних понять у певній галузі знань. Ці дефініції використовуються також для класифікації інформації, класифікації конфліктів, класифікації рішень, класифікації стилів управління [17].

У філософських словниках, як зазначає О. С. Адамова, під терміном «класифікація» розуміються систематичний поділ і впорядкування понять і предметів. Інше філософське трактування класифікації пов'язано із загальнонауковими і загальнометодологічними поняттями. У такому розумінні класифікація покликана вирішити два основні завдання: подавати в надійному і зручному для розпізнавання вигляді усю сферу й містити максимально повну інформацію про її об'єкти. Слід підкреслити, що різні класифікації по-різному виконують ці завдання. Аналогічні уявлення про «класифікацію» існують і в зарубіжній філософській літературі. З тією лише відмінністю, що значна увага в процесі класифікації приділяється не лише спільності об'єктів, що класифікуються, а й їхнім особливостям. Так, під класифікацією розуміється дуже важливий логічний прийом, яким користуються при вивченні предмета і який заснований на логічному поділі понять. Класифікація як одна з методологічних проблем посідає особливе місце в сучасній філософії. Класифікація є складним механізмом, природним інструментом пізнання реальної дійсності, своєрідним джерелом знання про неї. Методологічне значення класифікації полягає в розподілі об'єкта, що вивчається, за певною ознакою на класи, здійснюваному з різною метою: кращого огляду сукупності, що вивчається, підбиття певного підсумку наукової діяльності та ін. [17].

Юристи у процесі класифікації, як вказує О. С. Адамова, пізнають закономірності, що об'єктивно існують, у яких кожен об'єкт набуває певної правової оцінки (рейтингу). За допомогою класифікації відбувається теоретичне осмислення різних правових явищ і встановлюється їх відповідність емпіричному матеріалу. З огляду на це, можна дійти висновку, що класифікація має важливе теоретичне і практичне значення, оскільки вона є одним з елементів суспільних відносин, зокрема правових. Саме тому перед юристами рано чи пізно постане питання щодо необхідності класифікації тих або інших явищ громадського життя. З іншого боку, класифікація є не лише засобом пізнання, а й методом діяльності, і в цьому сенсі її можна аналізувати у відриві від людської свідомості. Для юристів метою класифікаційної діяльності виступає підвищення ефективності правового регулювання шляхом розподілу, групування регульованих громадських відносин за необхідною ознакою в найбільш доцільні групи. Тому в правовій сфері класифікація – це поділ предметів певного роду на взаємопов'язані класи згідно з найбільш суттєвими ознаками, властивими предметам цього роду, що відрізняє їх від предметів інших родів, при цьому кожен клас займає в системі, що утворилася, певне постійне місце і, у свою чергу, ділиться на підкласи. Іншими словами, класифікація – це виявлення у деякої кількості класів об'єктів, що

утворюють певну множину, різного прояву будь-якої ознаки, ця змінювана від класу до класу ознака визнається підставою класифікації певної великої кількості [17].

Отже, правова класифікація – це класифікація, заснована на реальних суспільних відносинах, скоригована суб'єктивним розсудом законодавця. Безумовно, усі класифікації не позбавлені суб'єктивності, вибір основи класифікації, зрештою, залежить від позиції дослідника. Проте в праві законодавець формує класифікацію з огляду на цілі, які він собі ставить, багато в чому суб'єктивно, беручи за основу класифікації ті ознаки, які найбільше відповідають цілям правового регулювання. В умовах такої відносної свободи побудови класифікації законодавець має право формувати основу класифікації з двох або більше самостійних ознак, погоджена видозміна яких утворює класи об'єктів подільної великої кількості (певного суспільного відношення). Головне, щоб це була єдина і незмінна в процесі поділу основа, інакше такий прийом законодавчої техніки не можна буде визнати класифікацією [17].

Тож, у науці класифікацію визначають як: 1) засіб пізнання шляхом розподілення на класи; 2) метод діяльності шляхом розподілення на класи; 3) віднесення об'єкта на підставі порівняння його з класами об'єктів уже наявної класифікації до того чи іншого класу. Одеська школа права виокремлює своєрідний різновид класифікації – правову класифікацію, під якою розуміються «особливий метод, грамотне використання якого підвищує ефективність правового регулювання, і особливий прийом законодавчої техніки, правильне застосування якого сприяє вдосконаленню нормативних актів, і вдосконаленню правового регулювання суспільних відносин». Її мета – підвищити ефективність правового регулювання поділенням суспільних відносин за необхідною ознакою на найбільш доцільні групи [17].

За ступенем значущості розрізняють природні та штучні класифікації. Природні створюють на основі критеріїв, які визначають істотні ознаки досліджуваних предметів або явищ. Із таких класифікацій впливає багато похідних властивостей об'єктів, що упорядковуються. Штучні використовують для систематизації об'єктів за незначними їхніми ознаками. Яскравим прикладом штучної класифікації є впорядкування літератури в бібліотеці за алфавітом: алфавітні покажчики, іменні каталоги тощо [17].

Класифікація в трудовому праві має важливе теоретичне і практичне значення. Це пов'язано з тим, що законодавство про працю визначає права та обов'язки різних категорій працівників залежно від їх професійних кваліфікацій, ступеня відповідальності, обсягу робіт тощо. Для цього використову-

ються різні класифікації, які можуть бути встановлені законодавством або роботодавцем. Класифікуючи об'єкти у трудовому праві, законодавець керується цілями, що стоять перед ним, і бере за основу класифікації ті ознаки, які найбільше відповідають цілям правового регулювання [17]. Головне під час класифікування – правильно обрати критерій (підставу) поділу, щоб він був ясним і однозначним. Однією з найбільш важливих класифікацій у трудовому праві є класифікація професій та спеціальностей. Вона дає змогу визначити рівень кваліфікації працівника, його права та обов'язки на роботі. Законодавство про працю визначає певні стандарти кваліфікації для різних професій та спеціальностей, що забезпечує здійснення прав і захист прав працівників, які мають певний рівень кваліфікації та професійну підготовку. Як приклад класифікації працівників у трудовому праві можна навести класифікації працівників за рівнем відповідальності та за кількістю відпрацьованих годин. Ці класифікації визначають режим роботи та оплату праці працівників.

Отже, у трудовому праві класифікація дає змогу встановлювати права та обов'язки працівників на основі їх професійної підготовки, рівня відповідальності та інших характеристик, а також права та обов'язки інших суб'єктів трудового права. Це забезпечує захист їхніх прав та інтересів і сприяє розвитку ринку праці.

Переходимо до аналізу основних вимог до класифікації у праві. Важливу роль відіграють принципи діалектичної логіки (принцип об'єктивності, принцип зв'язку між вибраними об'єктами). Оскільки категорію «класифікація» ототожнюють із поняттям «поділ», то логічною основою її побудови є операція поділу термінів. Звідси випливає, що під час класифікування об'єктів мають виконуватися всі правила поділу, серед яких варто відзначити такі:

- 1) поділяти за однією підставою;
- 2) у членів поділу залишаються всі сутнісні ознаки основного поняття;
- 3) у членів поділу з'являються особливі ознаки, що відрізняють їх від інших членів;
- 4) члени поділу мають виключати один одного;
- 5) класифікація має бути вичерпною (обсяг подільного поняття має дорівнювати сумі обсягів членів поділу);
- 6) чітко виокремлювати основні властивості об'єкта, аналізувати взаємозв'язки з іншими об'єктами [17].

Із дотриманням зазначених правил можна пізнати закономірності, що об'єктивно існують, де кожен об'єкт отримує правову оцінку. Однак є винятки: існують успішні приклади наукових класифікацій, які здійснені на основі

поділу за двома й більше підставами. Прикладом успішної класифікації в науці з поділом за двома підставами є таблиця Менделєєва: хімічні елементи поділено за атомною вагою та за валентністю одночасно, що не стало перешкодою для створення періодичної системи цих елементів. Прикладом правової класифікації з двома підставами є поділ права на галузі, в якій підставами для поділу є одночасно предмет і метод [17]. Однак, як слушно зазначає Ф. А. Цесарський, за загальним правилом наведення видів класифікації у трудовому праві без єдиного критерію класифікації (наприклад, трудові договори поділяються на договори за сумісництвом, для надомної роботи й позаштатного працівника) суперечить правилам формальної логіки [15, с. 170].

Працівники ІТ-сфери та визначення їх видів

Передусім проаналізуємо визначення термінів «ІТ-сфера», «працівник ІТ-сфери», оскільки на законодавчому рівні ці поняття не визначені.

Л. П. Амелічева, визначаючи поняття «ІТ-сфера», звертається до словникового тлумачення: «сукупність методів, виробничих процесів, програмно-технічних і лінгвістичних засобів, інтегрованих з метою збору, обробки, зберігання, поширення, відображення і використання інформації в інтересах її користувачів» [3, с. 205]. В. Б. Дацюк зазначає, що ІТ-сфера є «віртуальним середовищем, як з використанням мережі Інтернет, так і без його використання, але з обов'язковим використанням інформаційних технологій» [7, с. 115]. У західній юриспруденції ІТ-сферу розглядають досить широко, включаючи в неї «збір, зберігання та розповсюдження електронної інформації на глобальному ринку» [7, с. 114].

Для того, щоб поняття «працівник ІТ-сфери» охоплювало загальні властивості, притаманні усім працівникам, зайнятим у цій сфері, вирізняючи їх з-поміж інших осіб, які працюють в ІТ-сфері, але не мають справи з інформаційними технологіями (наприклад, юристів, HR-спеціалістів, маркетингологів), пропонуємо таке визначення. Працівник ІТ-сфери – це особа, яка працює в галузі інформаційних технологій, трудова функція якої полягає в розробці, тестуванні, впровадженні, підтримці програмного забезпечення, створенні й обслуговуванні комп'ютерних систем та мереж, а також у іншій пов'язаній з інформаційними технологіями роботі.

Термін «працівник ІТ-сфери» слід розмежувати із суміжними поняттями «гіг-спеціаліст», «ІТ-спеціаліст», «ІТ-фахівець», які широко використовуються як у правовій доктрині, так і в повсякденному житті.

На відміну від поняття «працівник ІТ-сфери», термін «гіг-спеціаліст» закріплено на законодавчому рівні: «фізична особа, яка за гіг-контрактом

є підрядником та/або виконавцем» згідно із Законом України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» [20]. «Гіг-спеціалісти і резиденти Дія Сіті не належать до сфери дії трудового законодавства, а регулюються цивільним правом», що прямо передбачено в ч. 4 ст. 3 Кодексу законів про працю України [21]. Тобто на працівника ІТ-сфери, на відміну від гіг-спеціаліста, поширюється сфера дії трудового права. Гіг-спеціаліст діє на підставі гіг-контракту, керуючись нормами цивільного права, а працівник ІТ-сфери – на підставі трудового договору [19, с. 59]. Крім того, гіг-спеціалісти порівняно з працівниками ІТ-сфери мають значно менше соціальних гарантій. Гіг-спеціалісти законодавчо досі не захищені від безконтрольного укладення короткострокових гіг-контрактів; можливості необгрунтованого одностороннього припинення резидентом Дія Сіті гіг-контракту; неможливості гіг-спеціалістів, що працюють короткий проміжок часу, скористатися правом на щорічну відпустку. Також Закон України «Про охорону праці» не поширюється на гіг-спеціалістів, що прямо передбачено в ч. 2 ст. 2 вказаного Закону [20].

Термін «ІТ-спеціаліст» можна розглядати в широкому і вузькому значеннях. У широкому розумінні ІТ-спеціаліст включає працівників, гіг-спеціалістів, самозайнятих осіб (ФОП), які працюють у сфері інформаційних технологій – збирання, опрацювання і передання даних з метою отримання інформації нової якості й її використання на базі обчислювальної та інформаційної техніки. У такому розумінні ІТ-спеціаліст є ширшим за термін «працівник ІТ-сфери»: усі працівники ІТ-сфери належать до ІТ-спеціалістів. У вузькому значенні ІТ-спеціаліст – це особа, яка має відповідний освітньо-кваліфікаційний рівень (далі – ОКР) вищої освіти, яка на основі ОКР бакалавра здобула повну вищу освіту, спеціальні уміння та знання, достатні для виконання завдань та обов'язків (робіт) певного рівня професійної діяльності у сфері інформаційних технологій [22]. У такому розумінні поняття «працівник ІТ-сфери» і «ІТ-спеціаліст» мають як спільні елементи (особи, які отримали диплом спеціаліста в галузі знань «Інформаційні технології» (за однією зі спеціальностей: інженерія програмного забезпечення (121), комп'ютерна науки (122), комп'ютерна інженерія (123), системний аналіз (124), кібербезпека (125), інформаційні системи та технології (126)) та уклали трудовий договір із роботодавцем про виконання трудової функції у сфері збирання, опрацювання і передання даних з метою отримання інформації нової якості й її використання на базі обчислювальної та інформаційної техніки), а також відмінні елементи (для працівників ІТ-сфери – ті з них, які не здобули ОКР спеціаліста за однією зі спеціальностей, які належать до галузі знань «Інформаційні технології» (12), для ІТ-спеціалістів – ті з них, які не уклали

трудоий договір про виконання трудової функції, притаманної працівникам ІТ-сфери).

Поняття «ІТ-фахівець» також можна розглядати в широкому і вузькому значеннях. У широкому розумінні «ІТ-фахівець» ототожнюється із широким значенням поняття «ІТ-спеціаліст»: працівники, гіг-спеціалісти, самозайняті особи, які працюють у сфері інформаційних технологій, тобто включає всіх працівників ІТ-сфери. У вузькому значенні ІТ-фахівець – це працівник, який виконує трудову функцію, що відповідає професії «фахівець з інформаційних технологій» (3121) відповідно до класифікатора професій [23]. У такому значенні поняття «працівник ІТ-сфери» є ширшим, за поняття «ІТ-фахівець», і перше охоплює всіх членів другого.

Проаналізувавши поняття «працівник ІТ-сфери» та розмежувавши його з іншими суміжними поняттями, переходимо до визначення критеріїв класифікації зазначеного поняття. Оскільки одним із завдань цього дослідження є виокремлення саме істотних ознак працівника ІТ-сфери, немає потреби класифікувати досліджуване поняття за віком, статтю, станом здоров'я. Вважаємо за доцільне класифікувати ІТ-працівників за професійними групами. Це дасть можливість розмежувати трудові функції цих працівників і надалі вдосконалити класифікатор професій. Керуючись міжнародними стандартами з інформаційних технологій ISO/IEC 15288:2008 [24], ISO/IEC 12207:2008 [25], розподілимо працівників ІТ-сфери за професійними групами на технічних (фахівці з інформаційних систем, фахівці з розроблення програмного забезпечення тощо) і нетехнічних (продакт-менеджери, менеджери проєктів тощо).

Крім того, критерієм для класифікації працівників ІТ-сфери доцільно визначити їхній кваліфікаційний рівень. Це дасть змогу розуміти рівень їхніх навичок, здібностей та досвіду роботи, на основі чого більш якісно розробити їхні посадові інструкції на підприємствах, установах, організаціях. На сьогодні ДКХП враховує кваліфікацію працівників у розділі «Кваліфікаційні вимоги», а саме їх освітньо-кваліфікаційний рівень, напрям і спеціальність підготовки, підвищення кваліфікації, стаж роботи. У світовій практиці використовують такі кваліфікаційні рівні працівників ІТ-сектору: Junior, Middle, Senior. Тому за кваліфікаційним рівнем працівників цієї галузі доцільно поділити на молодших спеціалістів, спеціалістів, старших спеціалістів. Молодші спеціалісти (Junior) – це початківці в ІТ-індустрії, від яких досвід роботи не вимагається; такі працівники зазвичай займаються простими завданнями шляхом збирання, опрацювання й передання даних із метою отримання інформації нової якості, а також її використання. Спеціалісти (Middle) – це

працівники, які мають середній рівень досвіду та навичок. Вони можуть працювати з більш складними завданнями, що вимагають досвіду роботи у цій сфері. Старші спеціалісти (Senior) – це висококваліфіковані працівники, які мають значний досвід роботи і можуть вирішувати складні завдання самостійно. Вони можуть займати лідерські позиції в команді, володіють глибоким розумінням технологій та інструментів.

Зазначимо, що Міністерство освіти і науки України опублікувало п'ять проєктів професійних стандартів для працівників ІТ-сфери: менеджери продуктів у сфері інформаційних технологій, керівники проєктів у сфері інформаційних технологій, фахівці з інформаційних ресурсів, фахівці з інформаційних систем, фахівці з розроблення програмного забезпечення [26]. ІТ-професії, для яких розроблено проєкти професійних стандартів в Україні, відповідають номенклатурі професійних профілів Європейської рамки компетенцій, а саме: Information Systems Specialist, Software Developer, IT Project Manager, IT Product Manager, Information resources specialist.

Після аналізу наведених вище проєктів Міністерства освіти і науки України можна зазначити, що в ІТ-сфері згідно з ДКХП існують 16 професій і робіт менеджерів продуктів у сфері інформаційних технологій (з них шість повинні мати освіту за ОКР «бакалавр», вісім – освіту за ОКР «магістр»), 11 професій керівників проєктів у сфері інформаційних технологій (з них шість повинні мати освіту за ОКР «бакалавр», 5 – освіту за ОКР «магістр»), 13 професій фахівців з інформаційних ресурсів (з них чотири повинні мати освіту за ОКР «бакалавр», 0 – освіту за ОКР «магістр»), 83 професії фахівців з інформаційних систем (з них 31 повинен мати освіту за ОКР «бакалавр», 30 – освіту за ОКР «магістр»), 17 професій фахівців з розроблення програмного забезпечення (з них сім повинні мати освіту за ОКР «бакалавр», п'ять – освіту за ОКР «магістр»).

Отже, на сьогодні згідно з чинним ДКХП в ІТ-сфері існує 113 технічних та 27 нетехнічних професій. У зв'язку з цим доцільно було б утворити окремий Випуск ДКХП «ІТ-сфера».

Висновки

На підставі наведеного вище можна дійти висновку, що класифікація юридичних термінів відіграє важливу роль як у доктрині трудового права, так і в трудовому законодавстві.

Доведено, що досліджуване поняття «працівник ІТ-сфери» не можна ототожнювати із суміжними поняттями «гіг-спеціаліст», «ІТ-спеціаліст», «ІТ-фахівець», які широко вживаються як у правовій доктрині, так і в повсякденному

житті. Кожен із цих термінів має особливі ознаки, які були детально окреслені у статті. Враховуючи, що ІТ-сфера налічує велику кількість професій, вважаємо за доцільне розробити окремий Випуск ДКХП «ІТ-сфера» з урахуванням професійних стандартів щодо класифікацій професій, розроблених Міністерством освіти і науки України. Випуск слід побудувати відповідно до структури Класифікатора професій (ДК 003:2010). До нього мають увійти кваліфікаційні характеристики керівників, професіоналів, фахівців, технічних службовців та робітників, які є специфічними для галузі ІТ-сфери.

Працівників ІТ-сфери можна поділити за професійними групами на технічних (фахівці з інформаційних систем, фахівці з розроблення програмного забезпечення тощо) і нетехнічних (продакт-менеджери, менеджери проєктів тощо). Також за кваліфікаційним рівнем працівників ІТ-сфери можна поділити на молодших спеціалістів (що відображає рівень кваліфікації Junior), спеціалістів (що відображає рівень кваліфікації Middle), старших спеціалістів (що відображає рівень кваліфікації Senior).

Список використаних джерел

- [1] Асоціація «IT Ukraine». Ukraine IT report 2021. URL: <https://drive.google.com/file/d/1LujaT9pHEGhgprRojfnlZgQikkyiIlbE/view> (дата звернення: 01.02.2023).
- [2] ІТ стало єдиною сферою експорту, яка виросла за 11 місяців 2022 року. URL: <https://opendatabot.ua/analytics/itexport-11-22> (дата звернення: 01.02.2023).
- [3] Амелічева Л. П. Проблеми законодавчого забезпечення реалізації та захисту права на гідну працю ІТ-працівників. *Захист прав та інтересів учасників майнових відносин: питання теорії і практики* : монографія / за ред. І. Ф. Коваль. Вінниця : Твори, 2020. Розд. 4, гл. 4.3. С. 205–220.
- [4] Nakrošienė A., Butkevičienė E. Telework in Lithuania: the concept, benefits and challenges to the employees. *Filosofija. Sociologija*. 2016. Vol. 27, issue 4. P. 364–372. URL: <http://mokslozurnalai.lmaleidykla.lt/publ/0235-7186/2016/4/364-372.pdf> (дата звернення: 01.02.2023).
- [5] Yaroshenko O. M., Moskalenko O. V., Velychko L. Y., Kovrygin V. S. Property civil law liability and material liability of employees for damage caused to an employer: On the basis of civil law of Ukraine. *Asia Life Sciences*. 2019. No. 2. P. 735–748.
- [6] Yaroshenko O. M., Melnychuk N. O., Moroz S. V., Havrylova O. O., Yaryhina Y. P. Features of Remote Work in Ukraine and the European Union: Comparative Legal Aspect. *Hasanuddin Law Review*. 2021. No. 7(3). P. 136–149. <https://doi.org/10.20956/halrev.v7i3.3218>.
- [7] Дацюк В. Б. ІТ-право та економічні свободи. *Правове регулювання та економічні свободи права* : монографія / за ред. М. Савчина. Ужгород : РІК-У, 2020. Розд. 4. С. 110–142.
- [8] Delagrangé H. Teleworking and labor conditions in Belgium. *IUSLabor*. 2017. Vol. 2. P. 1–124.
- [9] Yaroshenko O. M., Melnychuk N. O., Zhygalkin I. P., Silchenko S. O., Zaika D. I. Problems of legal regulation of artificial intelligence in labor law of developed countries. *Informatologia*. 2022. Vol. 55. No. 1–2. P. 160–169. <https://doi.org/10.32914/i.55.1-2.13>.

- [10] Yaroshenko O. M., Sliusar A. M., Sereda O. H., Zakrynytska V. O. Legal relation: The issues of delineation (on the basis of the civil law of Ukraine). *Asia Life Sciences*. 2019. No. 2. P. 719–734.
- [11] Collins H. Employment rights of casual workers. *Industrial Law Journal*. 2010. Vol. 29. P. 74–76.
- [12] Костюк В. Л. Правосуб'єктність у трудовому праві: проблеми теорії та практики: монографія. Київ : Видавець Карпенко В. М., 2012. 464 с.
- [13] Yaroshenko O. M., Sereda O. H., Sereda G. P., Yakovlyev O. A. Labour migration from Ukraine: economic and legal ways of countering. *Financial and credit activity: problems of theory and practice*. 2020. V. 1. No 32. P. 556–563.
- [14] Слюсар А. М. Правовий статус суб'єктів трудового права України: теоретико-правовий аспект : монографія. Харків : ФІНН, 2011. 336 с.
- [15] Цесарський Ф. А. Визначення змісту поняття «трудоий договір» та його характерних ознак в умовах розвитку ринкової економіки. *Вісник Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого». Серія: Економічна теорія та право*. 2011. № 4(7). С. 165–172.
- [16] Данильян О. Г., Дзьобань О. П. Організація та методологія наукових досліджень : навч. посіб. Харків : Право, 2017. 448 с.
- [17] Адамова О. С. Поняття правової класифікації. *Часопис цивілістики*. 2015. Вип. 18. С. 19–24. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/8277/Chasopys%2019-24.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 01.02.2023).
- [18] Словник української мови. Т. 1–12 (А-ПІДКУРЮВАЧ) / Український мовно-інформаційний фонд НАН України. URL: <https://sum20ua.com/Entry/index?wordid=42050&page=1328> (дата звернення: 01.02.2023).
- [19] Заїка Д. І. Окремі питання визначення працівника ІТ-сфери як суб'єкта трудового права. *Право та інновації*. 2023. Вип. 1 (41). С. 56–62. [https://doi.org/10.37772/2518-1718-2023-1\(41\)-8](https://doi.org/10.37772/2518-1718-2023-1(41)-8).
- [20] Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні : Закон України від 15.07.2021 р. № 1667-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text> (дата звернення: 06.02.2023).
- [21] Кодекс законів про працю України : Закон УРСР від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text> (дата звернення: 06.01.2023).
- [22] Про вищу освіту : Закон України від 01.07.2014 р. № 1556-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18> (дата звернення: 06.02.2023).
- [23] Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників : наказ Міністерства праці від 29.12.2004 р. № 336. Розд. 1. Вип. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va024203-98> (дата звернення: 06.02.2023).
- [24] ISO/IEC 15288:2008 Systems and software engineering – System life cycle processes. URL: <https://www.iso.org/standard/43564.html> (дата звернення: 01.02.2023).
- [25] ISO/IEC 12207:2008 Systems and software engineering. URL: <https://www.iso.org/ru/standard/43447.html> (дата звернення: 01.02.2023).
- [26] Сучасна ІТ-освіта в Україні. Професійні стандарти. URL: <https://mon.gov.ua/ua/osvita/visha-osvita/suchasna-it-osvita-v-ukrayini/profesijni-standarti> (дата звернення: 01.02.2023).

References

- [1] Association "IT Ukraine". Ukraine IT report 2021. (2021). Retrieved from <https://drive.google.com/file/d/1LujaT9pHEGhgprRojfnlZgQikkyiIlbE/view>.

- [2] IT became the only export sector that grew in 11 months of 2022. (2022). Retrieved from <https://opendatabot.ua/analytics/itexport-11-22>.
- [3] Amelicheva, L.P. (2020). Problems of legislative implementation and protection of the right to decent work for IT workers. In *Protection of the rights and interests of participants in property relations: issues of theory and practice zakonodavchoho zabezpechennia realizatsii ta zakhystu prava na hidnu pratsiu IT-pratsionyktiv*. I. F. Koval (Ed.). (pp. 205-220). Vinnitsa: Writings.
- [4] Nakrošienė, A., & Butkevičienė, E. (2016). Telework in Lithuania: the concept, benefits and challenges to the employees. *Filosofija. Sociologija*, 27(4), 364-372. Retrieved from <http://mokslozurnalai.lmaleidykla.lt/publ/0235-7186/2016/4/364-372.pdf>.
- [5] Yaroshenko, O.M., Moskalenko, O.V., Velychko, & L.Y., Kovrygin, V.S. (2019). Property civil law liability and material liability of employees for damage caused to an employer: On the basis of civil law of Ukraine. *Asia Life Sciences*, 2, 735-748.
- [6] Yaroshenko, O.M., Melnychuk, N.O., Moroz, S.V., Havrylova, O.O., & Yaryhina, Y.P. (2021). Features of Remote Work in Ukraine and the European Union: Comparative Legal Aspect. *Hasanuddin Law Review*, 7(3), 136-149. <https://doi.org/10.20956/halrev.v7i3.3218>.
- [7] Datsiuk, V.B. (2020). IT law and economic freedoms. In *Legal regulation and economic freedoms of law*. M. Savchyn (Ed.). (pp. 110-142). Uzhhorod: RIK-U.
- [8] Delagrangé, H. (2017). Teleworking and labor conditions in Belgium. *IUSLabor*, 2, 1-124.
- [9] Yaroshenko, O.M., Melnychuk, N.O., Zhygalkin, I.P., Silchenko, S.O., & Zaika, D.I. (2022). Problems of legal regulation of artificial intelligence in labor law of developed countries. *Informatologia*, 55, 1-2, 160-169. <https://doi.org/10.32914/i.55.1-2.13>.
- [10] Yaroshenko, O.M., Sliusar, A.M., Sereda, O.H., & Zakrynytska, V.O. (2019). Legal relation: The issues of delineation (on the basis of the civil law of Ukraine). *Asia Life Sciences*, 2, 719-734.
- [11] Collins, H. (2010). Employment rights of casual workers. *Industrial Law Journal*, 29, 74-76.
- [12] Kostiuk, V.L. (2012). *The legal entity in labor law: problems of theory and practice*. Kyiv.
- [13] Yaroshenko, O.M., Sereda, O.H., Sereda, G.P., & Yakovlyev, O.A. (2020). Labour migration from Ukraine: economic and legal ways of countering. *Financial and credit activity: problems of theory and practice*, 1(32), 556-563.
- [14] Sliusar, A.M. (2011). *Legal status of subjects of labor law of Ukraine: theoretical and legal aspect*. Kharkiv: FINN.
- [15] Tsesarskyi, F.A. (2011). Determination of the content of the concept of «employment contract» and its characteristic features in the conditions of the development of the market economy. *Bulletin of the National Law Academy of Ukraine named after Yaroslav Mudryi. Series: Economic theory and law*, 4(7), 165-172.
- [16] Danylian, O.H., & Dzoban, O.P. (2017). *Organization and methodology of scientific research*. Kharkiv: Pravo.
- [17] Adamova, O.S. (2015). Concept of legal classification. *Journal of Civil Studies*, 18, 19-24. Retrieved from <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/8277/Chasopys%2019-24.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- [18] *Dictionary of the Ukrainian language*. T. 1-12 (A-LIGHTER). Ukrainian Language and Information Fund of the National Academy of Sciences of Ukraine. Retrieved from <https://sum20ua.com/Entry/index?wordid=42050&page=1328>.

- [19] Zaika, D.I. (2023). Separate issues of the definition of the IT-sphere employee as a subject of labor law. *Law and Innovations*, 1(41), 56-62. [https://doi.org/10.37772/2518-1718-2023-1\(41\)-8](https://doi.org/10.37772/2518-1718-2023-1(41)-8).
- [20] Law of Ukraine No. 1667-IX "On stimulating the development of the digital economy in Ukraine". (2021, July). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text>.
- [21] Law of URSR No. 322-VIII "Labor Code of Ukraine". (2022, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>.
- [22] Law of Ukraine No. 1556-VII "On Higher Education". (2014, July). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>.
- [23] Order of the Ministry of Labor No. 336 "Handbook of qualification characteristics of employees' professions". (2004, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va024203-98>.
- [24] ISO/IEC 15288:2008 Systems and software engineering – System life cycle processes. Retrieved from <https://www.iso.org/standard/43564.html>.
- [25] ISO/IEC 12207:2008 Systems and software engineering. Retrieved from <https://www.iso.org/ru/standard/43447.html>.
- [26] *Suchasna IT-osvita v Ukraini. Profesiini standarty*. Retrieved from <https://mon.gov.ua/ua/osvita/visha-osvita/suchasna-it-osvita-v-ukrayini/profesiini-standarti>.

Дар'я Ігорівна Заїка

аспірантка кафедри трудового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

e-mail: daria.zaika.ua@gmail.com

ORCID 0000-0002-9556-5148

Daria I. Zaika

Postgraduate Student of the Department of Labor Law

Yaroslav Mudrui National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

e-mail: daria.zaika.ua@gmail.com

ORCID 0000-0002-9556-5148

Рекомендоване цитування: Заїка Д. І. До питання класифікації працівників ІТ-сфери. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 118–134. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273615>.

Suggested Citation: Zaika, D.I. (2023). On the Issue of the Classification of IT Sphere Employees. *Problems of Legality*, 160, 118-134. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273615>.

Статтю подано / Submitted: 07.02.2023

Доопрацьовано / Revised: 22.02.2023

Схвалено до друку / Accepted: 07.03.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Особливості оподаткування доходів, отриманих від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період

Євген Валерійович Посторонко*

Хмельницький університет управління та права ім. Леоніда Юзькова,
Хмельницький, Україна

*e-mail: ye.postoronko@gmail.com

Анотація

Статтю присвячено особливостям оподаткування доходів, отриманих від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період. Проаналізовано зміни в оподаткуванні доходів самозайнятих осіб, що зумовлені введенням воєнного стану. Проведено порівняння трансформації в оподаткуванні двох видів самозайнятих осіб, а саме: фізичних осіб-підприємців (які перебувають на спрощеній системі оподаткування) та осіб, які провадять незалежну професійну діяльність. Метою дослідження є розгляд та аналіз особливостей оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період. Установлено, що законодавством передбачено щодо різних категорій платників податків зміну норм стосовно строків, податкового контролю, відповідальності (штрафних санкцій), звільнення від оподаткування, зменшення ставок податків та ін. Констатовано відсутність однакового підходу до оподаткування доходів таких категорій платників податків, як фізичні особи-підприємці та особи, які провадять незалежну професійну діяльність, що свідчить про порушення принципів рівності, соціальної справедливості, законності та єдиного підходу до встановлення податків та зборів, сприяє дисбалансу реалізації економічних принципів податку, формуванню обтяжливого податкового навантаження. Наголошено, що законодавцем не було створено сприятливих умов для оподаткування доходів осіб, що провадять незалежну професійну діяльність. Водночас Податковим кодексом України передбачено, що мобілізовані особи, які провадять незалежну професійну діяльність, що мали або не мали найманих працівників, призвані на військову службу під час мобілізації або залучені до виконання обов'язків щодо мобілізації за посадами, передбаченими штатами воєнного часу, на весь період їх військової служби звільняються від обов'язку нарахування, сплати та подання податкової звітності з податку на доходи фізичних осіб та воєнного збору. За цих умов такі особи за своїх найманих працівників і на строк своєї військової служби за призовом під час мобілізації уповноважують іншу особу на виплату найманім працівникам заробітної плати та/або інших доходів, і обов'язок з нарахування та утримання податку на доходи фізичних осіб та воєнного збору з таких виплат на строк військової служби не реалізується. Але не слід забувати, що ця норма існувала ще до повномасштабного вторгнення. На підставі проведе-

ного дослідження зроблено висновок, що правовий режим воєнного стану та його правові наслідки внесли корективи у правове регулювання оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності. Проте наразі спостерігається дискримінаційне регулювання оподаткування доходів осіб, які провадять незалежну професійну діяльність. Це свідчить про необхідність створення законодавцем сприятливих умов для оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності.

Ключові слова: фізичні особи; самозайняті особи; платники податків, що провадять незалежну професійну діяльність; оподаткування; податки; фізичні особи-підприємці; доходи; воєнний стан.

Features of Taxation of Income Received from Performing an Independent Professional Activity in the War Period

Yevhen V. Postoronko*

Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law

Khmelnytskyi, Ukraine

*e-mail: ye.postoronko@gmail.com

Abstract

The article analyzes the changes in income taxation of self-employed persons due to the introduction of martial law. A comparison of the transformation in taxation of two types of self-employed persons, namely: individual entrepreneurs (who are on a simplified taxation system) and persons who conduct independent professional activities. The purpose of this article is to consider and analyze the features of taxation of income from independent professional activities during the wartime period. It has been established that the legislation provides for changes in the norms regarding terms, tax control, liability (penal sanctions), exemption from taxation, reduction of tax rates, etc. for various categories of taxpayers. It was found that there is no uniform approach to the taxation of incomes of such categories of taxpayers as natural persons-entrepreneurs and persons engaged in independent professional activity, which indicates a violation of the principles of equality, social justice, legality and a unified approach to the establishment of taxes and fees, contributes to the imbalance in the implementation of economic tax principles, formation of burdensome tax burden. The legislator did not create favorable conditions for taxing the income of persons engaged in independent professional activity. At the same time, the Tax Code of Ukraine stipulates that mobilized persons who carry out independent professional activities, who had or did not have hired workers, were called up for military service during mobilization or were involved in the performance of responsibilities for mobilization in positions provided for by wartime states, for the entire period of their military service are exempted from the obligation to calculate, pay and submit tax reports on personal income tax and military levy. Under such conditions, such persons, on behalf of their employees and for

the duration of their military service under conscription during mobilization, authorize another person to pay wages and/or other income to employees, then the obligation to calculate and withhold personal income tax and military collection from such payments for the period of military service. But we must not forget that this norm existed even before the full-scale invasion. It was concluded that the legal regime of martial law and its legal consequences made adjustments to the legal regulation of taxation of income from independent professional activity. However, there is currently a discriminatory regulation of income taxation of persons engaged in independent professional activity. This indicates the need for the legislator to create favorable conditions for taxation of income from independent professional activity.

Keywords: natural persons; self-employed persons; taxpayers engaged in independent professional activity; taxation; taxes; natural persons-entrepreneurs; income; martial law.

Вступ

Двадцять четверте лютого 2022 р. змінило життя цілої країни, кожного українця... Цього дня російська федерація розпочала повномасштабну війну проти нашої держави. Тому Указом Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні» [1] (далі – Указ № 64/2022) у зв'язку з військовою агресією російської федерації проти України, на підставі пропозиції Ради національної безпеки і оборони України, відповідно до пункту 20 частини першої статті 106 Конституції України [2], Закону України «Про правовий режим воєнного стану» [3] в Україні введено воєнний стан із «05 години 30 хвилин 24 лютого 2022 року строком на 30 діб». Цей Указ Президента України було затверджено Законом України «Про затвердження Указу Президента України “Про введення воєнного стану в Україні”» № 2102-IX від 24.02.2022 р. [4]. Ураховуючи, що вже майже рік Україна та кожен її громадянин бореться проти зухвалої та загарбницької агресії російської федерації, дія правового режиму воєнного стану в нашій державі продовжується. Станом на листопад 2022 р. строк дії воєнного стану в Україні було продовжено з «05 години 30 хвилин 21 листопада 2022 року строком на 90 діб» Указом Президента України від 07.11.2022 р. № 757/2022 [5].

Наслідками військової агресії російської федерації проти України є не тільки зламані та понівечені життя, а й зміни у правовому регулюванні, які передбачає введення воєнного стану на підставі Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 12.05.2015 р. № 389-VIII [3]. Ці зміни торкнулися кожної сфери нашого життя, оподаткування не є винятком. Перед Верховною Радою України постало завдання адаптувати податкове законодавство України відповідно до умов воєнного стану так, щоб сприяти

платникам податків у продовженні ними своєї діяльності та, як результат, у наповненні державного та місцевих бюджетів. Тому такими законами України, як, зокрема, але не виключно, Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування та подання звітності у період дії воєнного стану» від 03.03.2022 р. № 2118-IX (далі – Закон № 2118-IX) [6], Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо дії норм на період дії воєнного стану» від 15.03.2022 р. № 2120-IX (далі – Закон № 2120-IX) [7], Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства на період дії воєнного стану» від 24.03.2022 р. № 2142-IX (далі – Закон № 2142-IX) [8], Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо адміністрування окремих податків у період воєнного, надзвичайного стану» від 01.04.2022 р. № 2173-IX (далі – Закон № 2173-IX) [9], Закон України «Про внесення змін до розділу VI “Прикінцеві та перехідні положення” Бюджетного кодексу України та розділу XX “Перехідні положення” Податкового кодексу України» від 14.04.2022 р. № 2192-IX (далі – Закон № 2192-IX) [10], Закон України «Про внесення зміни до пункту 165.1 статті 165 Податкового кодексу України щодо звільнення від оподаткування винагороди за добровільно передану Збройним Силам України придатну для застосування бойову техніку держави-агресора» від 21.04.2022 р. № 2214-IX (далі – Закон № 2214-IX) [11], Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо особливостей податкового адміністрування податків, зборів та єдиного внеску під час дії воєнного, надзвичайного стану» від 12.05.2022 р. № 2260-IX (далі – Закон № 2260-IX) [12] тощо, Верховна Рада України внесла, як вбачалося народним обранцям, необхідні зміни з метою адаптації податкового та іншого законодавства до умов воєнного стану. Очевидно, що ці зміни торкнулися платників податків, одними з яких є фізичні особи, які провадять незалежну професійну діяльність. Податковий тягар на вказану категорію платників податків і до війни був непомірним. Про зазначене та про неоднозначне регулювання правового статусу цих платників податків неодноразово вказували багато науковців і практиків. Серед останніх О. О. Дмитрик [13–16], Н. А. Маринів [17], О. С. Марченко [17], Л. В. Товкун [18], О. М. Ярошенко [19] та ін.

Ураховуючи наведене вище, метою статті є розгляд та аналіз особливостей оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період. Цікавим є те, чи врахував парламент важливість такої

категорії платників податків, як особи, що провадять незалежну професійну діяльність, для економіки країни. Чи подумали парламентарі про те, чи готові бухгалтери, адвокати, приватні нотаріуси, архітектори, які провадять незалежну професійну діяльність, до різких змін унаслідок повномасштабної війни, наприклад, повної відсутності роботи та засобів до існування? На ці та більшість інших питань щодо особливостей оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період, а також аналіз їх якості прагнемо знайти відповідь у цій роботі.

Матеріали та методи

Для досягнення поставленої в дослідженні мети використано комплексний підхід, що передбачає логічне обрання та поєднання, а також доцільне застосування цілої сукупності методів пізнання, які є взаємозалежними і взаємопов'язаними. При цьому серед них наявні декілька основних, а інші доповнюють і підпорядковуються їм, адже мають допоміжне, другорядне значення. Перш за все дослідження передбачає застосування емпіричних методів, які забезпечують валідність, надійність, об'єктивність, дають можливість отримати різнобічну інформацію про стан правового регулювання оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період, яка надалі стає підґрунтям для наступного теоретичного осмислення досліджуваного процесу. Такими методами стали опис, аналіз та синтез, порівняння. Вважаємо за потрібне описати стан правового регулювання оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності до 24.02.2022 р., проаналізувати та зіставити досліджувані процеси, встановити їх подібності й відмінності порівняно із тим, яким воно стало сьогодні, враховуючи останні зміни у податково-правовому регулюванні у зв'язку із введенням воєнного стану в Україні. Окрім того, шляхом застосування названих методів проведено дослідження змін в оподаткуванні двох видів самозайнятих осіб, а саме: фізичних осіб-підприємців (що перебувають на спрощеній системі оподаткування) та осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, оскільки вказані категорії платників податків віднесено до одного виду – самозайняті особи, але вони не мають однакового підходу до оподаткування. Застосування діалектичного методу передбачає проведення конкретного і всебічного розгляду упорядкування податкових відносин, однією зі сторін яких є особи, що провадять незалежну професійну діяльність, нормативно-правовими актами, що вносять зміни і доповнення до Податкового кодексу України, позначення притаманним їм характеристик та суперечностей, а також, що є вкрай корисним, дає змогу здійснити оцінку розглядуваної проблеми, встановити відповідні залежності. Органічне поєднання діалектичного методу із системним підходом зумовлює

застосування у пропонованому науковому пошуку системно-структурного та системно-функціонального методів. Безперечно, важливо застосувати формально-юридичний та логіко-юридичний методи, а також метод інтерпретації, за допомогою яких дослідимо податково-правові норми, що регулюють оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності в їхній логічній послідовності, прослідкуємо динаміку їх трансформаційних змін, акцентувавши на значенні останніх. Саме через застосування в поєднанні цих методів нами констатовано, що законодавець передбачив щодо всіх категорій платників податків зміну норм щодо строків, податкового контролю, відповідальності (штрафних санкцій), звільнення від оподаткування, зменшення ставок податків тощо. Що стосується оподаткування доходів від незалежної професійної діяльності, то для цієї категорії платників податків не передбачили пільгового податкового режиму.

Результати та обговорення

Особливості оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності до 24 лютого 2022 р.

Перш ніж розглянути особливості оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період, треба вказати, як такі доходи оподатковувалися до 24 лютого 2022 р.

Відповідно до підп. 14.1.226 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України (далі – ПК України) одним із видів самозайнятих осіб є фізичні особи, що провадять незалежну професійну діяльність [20]. Згідно з приписами абзацу другого вказаної норми, незалежна професійна діяльність – це участь фізичної особи в науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, приватних виконавців, адвокатів, арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів), аудиторів, бухгалтерів, оцінщиків, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою-підприємцем (за винятком випадку, передбаченого п. 65.9 ст. 65 ПК України) та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб [20].

Фізичні особи, що провадять незалежну професійну діяльність, стаючи на облік до контролюючих органів, отримують довідку. Здійснення незалежної професійної діяльності без такої довідки впливає на розмір оподаткованого доходу, отриманого такими особами. Оподаткування отриманого такими платниками податків доходу врегульовано статтями 167, 178–179 ПК України [20] і передбачає таке:

- оподатковуваним доходом є дохід, отриманий протягом календарного року від провадження незалежної професійної діяльності;
- оподатковуваним доходом вважається сукупний чистий дохід, тобто різниця між доходом і документально підтвердженими витратами, необхідними для провадження певного виду незалежної професійної діяльності. Але за відсутності згаданої вище довідки про взяття на облік особою, яка провадить незалежну професійну діяльність, витрати не вираховуються із фактично отриманого доходу;
- такі особи сплачують податок на доходи фізичних осіб (далі – ПДФО) у розмірі 18 % від бази оподаткування, військовий збір (далі – ВЗ) у розмірі 1,5 % від об'єкта оподаткування, яким є річний оподатковуваний дохід;
- поряд із ПДФО та ВЗ, досліджувані платники податків сплачують єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (далі – ЄСВ), який не входить до системи оподаткування, але становить 22 % від доходу (прибутку), отриманого від їх діяльності, що підлягає обкладенню податком на доходи фізичних осіб [21] і впливає на рівень податкового тягаря;
- особи, які провадять незалежну професійну діяльність, подають річну звітність до контролюючих органів, шляхом подачі декларації про майновий стан та доходи. Окрім вказаного, такі платники податків зобов'язані вести облік доходів і витрат від такої діяльності (в паперовому та/або електронному вигляді) [20];
- такі платники податків до 1 серпня року, що настає за звітним, повинні сплатити суму податкового зобов'язання, зазначену в поданій нею податкової декларації [20].

Як вбачається із наведеного вище, особи, які провадять незалежну професійну діяльність, до 24.02.2022 р. оподатковувалися, як і працівники за трудовими договорами, сплачуючи 19,5 % свого доходу, а також сплачуючи ще за себе ЄСВ у розмірі 22 % від доходу (прибутку), отриманого від їх діяльності, що підлягає обкладенню податком на доходи фізичних осіб. Безспірно, вказані дані дають підстави дійти висновку про непомірний податковий тягар на осіб, які провадять незалежну професійну діяльність. Результатом останнього є здійснення такими платниками податків своєї діяльності без реєстрації в контролюючих органах, з метою уникнення оподаткування.

Особливості оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період

Наступним кроком у цьому дослідженні буде з'ясування зазначених вище питань щодо особливостей оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період та чи мають вони місце взагалі.

По-перше, Законом № 2118-ІХ [6] підрозд. 10 розд. ХХ «Перехідні положення» ПК України було доповнено пунктом 69 [20], яким, зокрема, але не виключно, передбачено таке:

1) у випадку відсутності у платника податків можливості своєчасно виконати свій податковий обов'язок (сплата податків та зборів, подання звітності, становлення на облік тощо) платники податків звільняються від передбаченої ПК України відповідальності з обов'язковим виконанням таких обов'язків протягом *трьох місяців після припинення або скасування воєнного стану в Україні*;

2) податкові перевірки не розпочинаються, а розпочаті перевірки зупиняються;

3) платники податків, які у зв'язку з наслідками їх безпосередньої участі у воєнних діях не дотрималися визначених п. 69 підрозд. 10 розд. ХХ «Перехідні положення» ПК України термінів виконання податкових обов'язків, звільняються від відповідальності, передбаченої ПК України за невиконання податкових обов'язків, за умови виконання таких обов'язків протягом *одного місяця з дня закінчення дії наслідків, які унеможливили виконання таких обов'язків*;

4) операції з добровільної передачі або відчуження коштів, товарів, у тому числі підакцизних, надання послуг на користь Збройних Сил України та підрозділів територіальної оборони без попереднього або наступного відшкодування їх вартості *не вважаються операціями з реалізації для цілей оподаткування*;

5) для платників податків та контролюючих органів зупиняється перебіг строків, визначених податковим законодавством та іншим законодавством, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи [6].

Наступним кроком законодавчої влади нашої держави було прийняття Закону № 2120-ІХ, який передбачає таке: на період дії правового режиму воєнного, надзвичайного стану зупиняється перебіг строків, визначених ПК України, іншим законодавством, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи (ст. 102 ПК України доповнили п. 102.9); не нараховують пеню, а нарахована пеня підлягає анулюванню, зокрема, але не виключно, у випадку вчинення діяння (дії або бездіяльності) особою внаслідок введення воєнного, надзвичайного стану; до загального оподаткованого доходу платників ПДФО не включається сума благодійної допомоги виплаченої (наданої) благодійниками, у тому числі благодійниками – фізичними особами, у порядку, визначеному Законом України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» до 31 грудня включно року, наступного за роком, в якому завершено проведення антитерористичної опе-

рації та/або припинено або скасовано воєнний, надзвичайний стан в Україні, та/або завершено здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії російської федерації; також до загального оподаткованого доходу платників ПДФО не включається сума (вартість) благодійної допомоги, яка виплачена (надана) міжнародними благодійними організаціями (їх філіями, представництвами), перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України; тощо [7].

Також Законом № 2120-IX у ПК України в розд. XX «Перехідні положення» підрозд. 1 доповнили пунктом 22 такого змісту: «Установити, що за результатами податкових (звітних) періодів за 2022 р. у складі витрат від провадження певного виду незалежної професійної діяльності, а також у складі витрат фізичної особи-підприємця від провадження господарської діяльності, крім осіб, які обрали спрощену систему оподаткування, можуть враховуватися документально підтвержені витрати у вигляді вартості майна, в тому числі грошові кошти, що добровільно перераховані (надані, передані) Збройним Силам України, Національній гвардії України, Службі безпеки України, Службі зовнішньої розвідки України, Державній прикордонній службі України, Міністерству внутрішніх справ України, Управлінню державної охорони України, Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації України, добровольчим формуванням територіальних громад, іншим утвореним відповідно до законів України військовим формуванням, їх з'єднанням, військовим частинам, підрозділам, установам або організаціям, що утримуються за рахунок коштів державного бюджету, для потреб забезпечення оборони держави, а також на користь центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері цивільного захисту, сил цивільного захисту та/або закладам охорони здоров'я державної, комунальної власності, та/або структурним підрозділам з питань охорони здоров'я обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій, та/або грошові кошти, перераховані на спеціальні рахунки, відкриті Національним банком України для збору коштів» [7].

Поряд із цим Законом № 2120-IX підп. 69.5 п. 69 підрозд. 10 розд. XX «Перехідні положення» ПК України розширили, додавши суб'єктів (Збройні Сили України та добровольчі формування територіальних громад, Національна гвардія України, Служба безпеки України, Служба зовнішньої розвідки України, Державна прикордонна служба України, Міністерство внутрішніх справ України, Управління державної охорони України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України тощо), операції з добровільної передачі товарів / надання послуг яким не вважаються операціями з реалізації для цілей оподаткування [7].

Щодо роботи електронних сервісів та обміну документами з контролюючими органами, то Законом № 2120-IX було додано підп. 69.18 п. 69 підрозд. 10 розд. XX «Перехідні положення» ПК України, який вказує, що тимчасово, на період до припинення або скасування воєнного, надзвичайного стану на території України, з метою захисту прав платників, збереження та захисту даних надання електронних сервісів та приймання електронних документів від платників податків здійснюються у робочі дні з 8 години до 18 години [7].

Для більш глибокого дослідження змін податкового законодавства щодо осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, у зв'язку із воєнним станом в Україні вбачається доцільним розглянути й наступні зміни. Наприклад, Законом № 2142-IX було змінено *тримісячний* строк виконання податкових обов'язків після припинення або скасування воєнного стану в Україні на *шестимісячний* [8].

Законом № 2214-IX до доходів, які не включаються до розрахунку загального місячного (річного) оподатковуваного доходу, додано суму винагороди за добровільно передану Збройним Силам України придатну для застосування бойову техніку держави-агресора відповідно до Закону України «Про встановлення винагороди за добровільно передану Збройним Силам України придатну для застосування бойову техніку держави-агресора» [11].

Щодо звітності, то вона має бути подана особами, які провадять незалежну професійну діяльність, за 2021 звітний рік з 24.02.2022 р. до 01.06.2022 р. [20].

Щодо сплати податку на доходи фізичних осіб та воєнного збору, то вони мають бути сплачені не пізніше 31.12.2022 р. [20].

Стосовно податкового контролю ситуація з березня 2022 р. до осені 2022 р. змінилася. Податкові перевірки не розпочинаються, а розпочаті зупиняються, окрім, камеральних, фактичних, документальних позапланових перевірок (виключний перелік підстав). Як бачимо, відбувається повернення до довоєнних норм щодо податкового контролю, відповідальності тощо.

Також важливо з'ясувати, як під час воєнного стану в Україні особи, які провадять незалежну професійну діяльність, мають сплачувати єдиний соціальний внесок. Законом № 2120-IX внесено зміни до Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 08.07.2010 р. № 2464-VI (далі – Закон № 2464-VI) [21], а саме передбачено, що тимчасово, з 01.03.2022 р. до припинення або скасування воєнного стану в Україні та протягом дванадцяти місяців

після припинення або скасування воєнного стану, особи, зазначені у пп. 4, 5 (особи, які провадять незалежну професійну діяльність) та 5¹ ч. 1 ст. 4 Закону № 2464-VI, мають право не нараховувати, не обчислювати та не сплачувати єдиний внесок за себе. При цьому платник ЄСВ не може сам визначити базу нарахування ЄСВ у разі неотримання доходу у звітному періоді, що передбачено положеннями абзацу другого п. 2 ч. 1 ст. 7 цього Закону № 2464-VI [7].

Що стосується звітності, то розрахунок єдиного внеску у складі податкової декларації не заповнюється за період, в якому відповідно до вказаного вище єдиний внесок не нараховувався, не обчислювався та не сплачувався [7].

Поряд із вказаним Законом № 2120-IX щодо сплати єдиного соціального внеску передбачили таке: на період дії правового режиму воєнного, надзвичайного стану та протягом трьох місяців після припинення або скасування воєнного, надзвичайного стану штрафні санкції не застосовуються; пеня не нараховується, а нарахована пеня за ці періоди підлягає списанню; встановлено мораторій на проведення документальних перевірок правильності нарахування, обчислення та сплати єдиного соціального внеску. Документальні перевірки правильності нарахування, обчислення та сплати цього внеску, розпочаті до 24.02.2022 р. та не завершені, зупиняються по останній календарний день третього місяця з дня припинення (скасування) воєнного, надзвичайного стану [7].

Убачається цілком важливим звернути увагу на те, що такі самозайняті особи, як фізичні особи-підприємці, що обрали спрощену систему оподаткування (I та II група), отримали можливість з 01.04.2022 р. не сплачувати єдиний податок. При цьому декларація платника єдиного податку не заповнюється за період, в якому відповідно єдиний податок не сплачувався [7]. Це суттєво впливає на податкове навантаження таких суб'єктів.

Важливо, що Законом № 2120-IX встановлено, що на період воєнного стану платниками єдиного податку III групи можуть бути фізичні особи-підприємці та юридичні особи – суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми, у яких протягом календарного року обсяг доходу не перевищує 10 мільярдів гривень [7]. При цьому Законом № 2173-IX було виключено вимогу про граничний обсяг доходу [9]. Також платникам єдиного податку III групи на період воєнного стану парламентарі передбачили пільговий податковий режим, який передбачає можливість сплати єдиного податку за ставкою – 2 % доходу [7].

Невипадковим є порівняння змін в оподаткуванні двох видів самозайнятих осіб, а саме: фізичних осіб-підприємців (що перебувають на спрощеній системі

оподаткування) та осіб, які провадять незалежну професійну діяльність. Бо вказані категорії платників податків, на жаль, не мають однакового підходу до оподаткування, при цьому будучи самозайнятими особами, як перша, так і друга категорія. Це свідчить про порушення принципів рівності, соціальної справедливості, законності та єдиного підходу до встановлення податків та зборів, сприяє певному дисбалансу реалізації економічних принципів оподаткування, формуванню несправедливого податкового навантаження.

Висновки

На підставі наведеного вище можна дійти висновку щодо особливостей оподаткування доходів від незалежної професійної діяльності. Проаналізовані закони та, відповідно, передбачені ними зміни показують, що законодавець передбачив щодо всіх категорій платників податків зміну норм щодо строків, податкового контролю, відповідальності (штрафних санкцій), звільнення від оподаткування, зменшення ставок податків тощо. Що стосується оподаткування доходів від незалежної професійної діяльності, то для цієї категорії платників податків не передбачили пільгового податкового режиму. Отже, з 24 лютого 2022 р. такі платники податків зобов'язані сплачувати податок на доходи фізичних осіб у розмірі 18 % від бази оподаткування, воєнний збір у розмірі 1,5 % від об'єкта оподаткування, яким є річний оподатковуваний дохід та єдиний соціальний внесок у розмірі 22 % від доходу (прибутку), отриманого від їх діяльності, що підлягає обкладенню податком на доходи фізичних осіб.

Звісно, на таких платників податків поширюються проаналізовані вище норми щодо зупинення перебігу строків; відстрочення виконання податкового обов'язку у разі неможливості його виконання через воєнний стан; мораторію на перевірки; включення певного переліку операцій до списку тих, що не вважаються операціями з реалізації для цілей оподаткування та, відповідно, не оподатковуються.

Однак ані зменшення ставки податку на доходи фізичних осіб, ані звільнення від сплати щодо цього податку не було передбачено для осіб, які провадять незалежну професійну діяльність. Останнє є дуже показовим, ураховуючи суперечність в оподаткуванні двох видів самозайнятих осіб та у більшому сприянні законодавця саме фізичним особам-підприємцям. Якщо ти особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, то ти не можеш обрати спрощену систему оподаткування, яка під час воєнного стану зазнала якісних змін щодо пом'якшення тиску та створення сприятливих умов для таких платників податків. Чого, аналізуючи усе вищезазначене, не вбачається щодо осіб, які провадять незалежну професійну діяльність.

Має важливе значення те, що парламентарі все-таки зменшили на певні суми (що вважаються витратами) оподатковуваний податком на доходи фізичних осіб та воєнним збором дохід від провадження незалежної професійної діяльності. Позитивним, звісно, є й те, що під час воєнного стану такі особи звільнені від сплати єдиного соціального внеску за себе.

Також ПК України передбачено, що мобілізовані особи, які провадять незалежну професійну діяльність, що мали або не мали найманих працівників, призвані на військову службу під час мобілізації або залучені до виконання обов'язків щодо мобілізації за посадами, передбаченими штатами воєнного часу, під час особливого періоду, визначеного Законом України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» [22], на весь період їх військової служби звільняються від обов'язку нарахування, сплати та подання податкової звітності з податку на доходи фізичних осіб та воєнного збору [20].

За цих умов такі особи за своїх найманих працівників і на строк своєї військової служби за призовом під час мобілізації уповноважують іншу особу на виплату найманим працівникам заробітної плати та/або інших доходів, і обов'язок з нарахування та утримання податку на доходи фізичних осіб та воєнного збору з таких виплат на строк військової служби не реалізується [20]. Але не треба забувати, що ця норма існувала ще до повномасштабного вторгнення.

Отже, правовий режим воєнного стану та його правові наслідки внесли корективи в правове регулювання оподаткування доходів від здійснення незалежної професійної діяльності. Проте ми спостерігаємо дискримінаційне регулювання оподаткування доходів осіб, які провадять незалежну професійну діяльність. Законодавці не створили сприятливих умов для оподаткування такого виду доходів, що було проілюстровано вище.

Список використаних джерел

- [1] Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#top> (дата звернення: 27.12.2022).
- [2] Конституція України від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (дата звернення: 27.12.2022).
- [3] Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 р. № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (дата звернення: 27.12.2022).
- [4] Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» : Закон України від 24.02.2022 р. № 2102-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2102-20#Text> (дата звернення: 27.12.2022).
- [5] Про продовження строку дії воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 07.11.2022 р. № 757/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/757/2022#Text> (дата звернення: 27.12.2022).

- [6] Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування та подання звітності у період дії воєнного стану : Закон України від 03.03.2022 р. № 2118-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2118-20#top> (дата звернення: 27.12.2022).
- [7] Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо дії норм на період дії воєнного стану : Закон України від 15.03.2022 р. № 2120-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2120-20#Text> (дата звернення: 27.12.2022).
- [8] Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства на період дії воєнного стану : Закон України від 24.03.2022 р. № 2142-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2142-20#top> (дата звернення: 27.12.2022).
- [9] Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо адміністрування окремих податків у період воєнного, надзвичайного стану : Закон України від 01.04.2022 р. № 2173-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2173-20#Text> (дата звернення: 27.12.2022).
- [10] Про внесення змін до розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України та розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України : Закон України від 14.04.2022 р. № 2192-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2192-20#top> (дата звернення: 27.12.2022).
- [11] Про внесення зміни до пункту 165.1 статті 165 Податкового кодексу України щодо звільнення від оподаткування винагороди за добровільно передану Збройним Силам України придатну для застосування бойову техніку держави-агресора : Закон України від 21.04.2022 р. № 2214-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2214-20#n2> (дата звернення: 27.12.2022).
- [12] Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо особливостей податкового адміністрування податків, зборів та єдиного внеску під час дії воєнного, надзвичайного стану : Закон України від 12.05.2022 р. № 2260-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2260-20#Text> (дата звернення: 27.12.2022).
- [13] Dmytryk O. O., Kostenko Y. O., Monaienko A. O., Riadsnaka V. O., Soldatenko O. V. State Legal Forms of Interaction with Debt Obligations and State Losses. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. mar. 2020. Vol. 11. No. 2. P. 342–348. URL: <https://journals.aserspublishing.eu/jarle/article/view/5102> (дата звернення: 27.12.2022). [https://doi.org/10.14505/jarle.v11.2\(48\).07](https://doi.org/10.14505/jarle.v11.2(48).07).
- [14] Dmytryk O., Makukh O. Economic principles of taxation: problems of definition and embodiment in the tax legislation of Ukraine and the European states. *Baltic Journal of Economic Studies*. 2020. Vol. 6. No. 2 MARCH. P. 32–38. <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2020-6-2-32-38>.
- [15] Дмитрик О. О., Котенко А. М., Смичок Є. М. Вплив принципів податкового законодавства на ведення бізнесу в Україні. *Фінансово-кредитна діяльність: проблеми теорії та практики*. 2019. № 29. Т. 1. С. 95–104. <https://doi.org/10.18371/fcaptr.v1i28>.
- [16] Dmytryk O., Kobylnik D., Sereda O., Isaiev A., Kotenko A. Improving the governance and legal framework for implementing financial and fiscal innovation in a digitalized environment. *Eastern-European Journal of Enterprise Technologies*. 2022. Vol. 5, issue 13 (119). P. 108–116. <https://doi.org/10.15587/1729-4061.2022.265780>.

- [17] Maryniv N., Marchenko O., Yarmak O. Innovation as a Factor of the Socio-Economic Efficiency of Tax Consulting. *Baltic Journal of Economic Studies*. 2018. Vol. 4, issue 4. P. 238–243. <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-4-238-243>.
- [18] Shulga, T., Tovkun, L., Perepelytsia, M., Duravkin, P. Introduction of International Financial Reporting Standards in Ukraine: Problems and Prospects. *Amazonia Investiga*. 2019. Vol. 8, issue 21. P. 341–354. URL: [file:///C:/Users/user/Desktop/111-Article%20Text-279-1-10-20190902%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user/Desktop/111-Article%20Text-279-1-10-20190902%20(2).pdf) (дата звернення: 27.12.2022).
- [19] Yaroshenko O. M., Kutomanov D. Ye., Maryniv N. A., Dudenko T. V. Features of corporate liability for violation of competition law. *International Journal of Criminology and Sociology*. 2020. Vol. 9. P. 1517–1525. <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2020.09.172>.
- [20] Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#n1519> (дата звернення: 27.12.2022).
- [21] Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування : Закон України від 08.07.2010 р. № 2464-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17#Text> (дата звернення: 27.12.2022).
- [22] Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію : Закон України від 21.10.1993 р. № 3543-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3543-12#Text> (дата звернення: 27.12.2022).

References

- [1] Decree of the President of Ukraine No. 64/2022 "On the introduction of martial law in Ukraine". (2022, February). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#top>.
- [2] Constitution of Ukraine. (1996, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.
- [3] Law of Ukraine No. 389-VIII "On the legal regime of martial law". (2015, May). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>.
- [4] Law of Ukraine No. 2102-IX "On the Approval of the Decree of the President of Ukraine "On the introduction of martial law in Ukraine". (2022, February). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2102-20#Text>.
- [5] Decree of the President of Ukraine No. 757/2022 "On the extension of martial law in Ukraine". (2022, November). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/757/2022#Text>.
- [6] Law of Ukraine No. 2118-IX "On amendments to the Tax Code of Ukraine and other legislative acts of Ukraine regarding the specifics of taxation and reporting during the period of martial law". (2022, March). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2118-20#top>.
- [7] Law of Ukraine No. 2120-IX "On making changes to the Tax Code of Ukraine and other legislative acts of Ukraine regarding the effect of norms during the period of martial law". (2022, March). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2120-20#Text>.
- [8] Law of Ukraine No. 2142-IX "On amendments to the Tax Code of Ukraine and other legislative acts of Ukraine regarding the improvement of legislation for the period of martial law". (2022, March). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2142-20#top>.

- [9] Law of Ukraine No. 2173-IX "On making changes to the Tax Code of Ukraine and other legislative acts of Ukraine regarding the administration of certain taxes during the period of war and state of emergency". (2022, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2173-20#Text>.
- [10] Law of Ukraine No. 2192-IX "On making changes to Section VI "Final and Transitional Provisions" of the Budget Code of Ukraine and Section XX "Transitional Provisions" of the Tax Code of Ukraine". (2022, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2192-20#top>.
- [11] Law of Ukraine No. 2214-IX "On the amendment of Clause 165.1 of Article 165 of the Tax Code of Ukraine regarding the exemption from taxation of remuneration for the military equipment of the aggressor state that is voluntarily transferred to the Armed Forces of Ukraine". (2022, April). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2214-20#n2>.
- [12] Law of Ukraine No. 2260-IX "On amendments to the Tax Code of Ukraine and other laws of Ukraine regarding the specifics of the tax administration of taxes, fees and a single contribution during the state of war and state of emergency". (2022, May). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2260-20#Text>.
- [13] Dmytryk, O.O., Kostenko, Y.O., Monaienko, A.O., Riadsnaka, V.O., & Soldatenko, O.V. (2020). State Legal Forms of Interaction with Debt Obligations and State Losses. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, 11(2), 342-348. [https://doi.org/10.14505/jarle.v11.2\(48\).07](https://doi.org/10.14505/jarle.v11.2(48).07).
- [14] Dmytryk, O., & Makukh, O. (2020). Economic principles of taxation: problems of definition and embodiment in the tax legislation of Ukraine and the European states. *Baltic Journal of Economic Studies*, 6(2), 32-38. <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2020-6-2-32-38>.
- [15] Dmytryk, O.O., Kotenko, A.M., & Smychok, E.M. (2019). The influence of the principles of tax legislation on conducting business in Ukraine. *Financial and credit activity: problems of theory and practice*, 29(1), 95-104. <https://doi.org/10.18371/fcactp.v1i28>.
- [16] Dmytryk, O., Kobylnik, D., Sereda, O., Isaiev, A., & Kotenko, A. (2022). Improving the governance and legal framework for implementing financial and fiscal innovation in a digitalized environment. *Eastern-European Journal of Enterprise Technologies*, 5(119), 108-116. <https://doi.org/10.15587/1729-4061.2022.265780>.
- [17] Maryniv, N., Marchenko, O., & Yarmak, O. (2018). Innovation as a Factor of the Socio-Economic Efficiency of Tax Consulting. *Baltic Journal of Economic Studies*, 4(4), 238-243. <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-4-238-243>.
- [18] Shulga, T., Tovkun, L., Perepelytsia, M., & Duravkin, P. (2019). Introduction of International Financial Reporting Standards in Ukraine: Problems and Prospects. *Amazonia Investiga*, 8(2), 341-354. Retrieved from file:///C:/Users/user/Desktop/111-Article%20Text-279-1-10-20190902%20(2).pdf.
- [19] Yaroshenko, O.M., Kutomanov, D.Ye., Maryniv, N.A., & Dudenko, T.V. (2020). Features of corporate liability for violation of competition law. *International Journal of Criminology and Sociology*, 9, 1517-1525. <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2020.09.172>.
- [20] Tax Code of Ukraine No. 2755-VI. (2010, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#n1519>.

- [21] Law of Ukraine No. 2464-VI "On the collection and accounting of a single contribution to mandatory state social insurance". (2010, July). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17#Text>.
- [22] Law of Ukraine No. 3543-XII "On mobilization training and mobilization". (1993, October). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3543-12#Text>.

Євген Валерійович Посторонко

аспірант кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права
Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова
29013, вул. Героїв Майдану, 8, Хмельницький, Україна
e-mail: ye.postoronko@gmail.com
ORCID 0009-0007-4628-6154

Yevhen V. Postoronko

PhD Student of the Constitutional, Administrative and Financial Law Department
Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law
29013, 8 Heroes of the Maidan Str., Khmelnytskyi, Ukraine
e-mail: ye.postoronko@gmail.com
ORCID 0009-0007-4628-6154

Рекомендоване цитування: Посторонко Є. В. Особливості оподаткування доходів, отриманих від здійснення незалежної професійної діяльності у воєнний період. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 135–151. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.274226>.

Suggested Citation: Postoronko, Ye.V. (2023). Features of Taxation of Income Received from Performing an Independent Professional Activity in the War Period. *Problem of Legality*, 160, 135-151. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.274226>.

Статтю подано / Submitted: 19.02.2023
Доопрацьовано / Revised: 07.03.2023
Схвалено до друку / Accepted: 10.03.2023
Опубліковано / Published: 25.03.2023

Особливості застосування інституту звільнення від відповідальності до адміністративних правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксованих в автоматичному режимі

Юрій Валентинович Георгієвський*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

**e-mail: yurval110@gmail.com*

Вікторія Олександрівна Спасенко

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

Марина Іванівна Белікова

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

Анотація

Актуальність теми зумовлено відсутністю консолідованих поглядів на визначення малозначності адміністративного правопорушення. У дослідженні проаналізовано актуальний стан адміністративно-правового регулювання інституту звільнення від відповідальності при малозначності адміністративного проступку. Констатовано наявність низки проблемних аспектів застосування Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) у досліджуваній сфері, що пояснюється невизначеністю юридичної природи малозначності адміністративного правопорушення. Відсутність законодавчого закріплення терміна «малозначність правопорушення», критеріїв відмежування такого діяння від інших, впорядкування проступків, які підпадають під ознаки малозначності, спричиняють проблеми правозастосовчого характеру. Метою статті є з'ясування недоліків правового регулювання порядку звільнення від відповідальності особи за вчинення адміністративного правопорушення, зафіксованого в автоматичному режимі, через малозначність правопорушення та формування пропозицій з удосконалення чинного законодавства в цій сфері. Методологічну основу дослідження становлять формально-юридичний, порівняльно-правовий та логіко-юридичний методи. Задля досягнення зазначеної мети проведено аналіз законодавства, яке регулює порядок звільнення суб'єктів правопорушення, визначений у ст. 14² КУпАП, у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. У результаті встановлено, що незважаючи на додаткове закріплення виключних підстав звільнення від відповідальності у ст. 279³ КУпАП, зазначена вище категорія осіб перебуває у більш несприятливому становищі, аніж інші суб'єкти

адміністративних проступків. Хоча загальна підстава звільнення від адміністративної відповідальності, яка визначена у ст. 22 КУпАП, і полягає в малозначності діяння, не містить обмежень щодо її застосування до автоматично зафіксованих правопорушень, проте неможливість її реалізації зумовлено особливостями приписів статей 33, 268, 280 КУпАП. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання застосування ст. 22 КУпАП до правопорушень у цій сфері, що становитимуть основу подальших наукових напрацювань.

Ключові слова: звільнення від відповідальності; малозначність; система автоматичної фіксації; адміністративні правопорушення.

Peculiarities of Application of the Institution of Exemption from Liability to Administrative Offenses in the Field of Road Safety, Recorded Automatically

Iurii V. Georgiievskiy*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: yurval110@gmail.com

Viktoriia O. Spasenko

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

Maryna I. Bielikova

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

Abstract

The article analyzes the current state of administrative and legal regulation of the institute of exemption from liability for minor administrative offenses. The author notes that there are a number of problematic aspects of application of the Code of Ukraine on Administrative Offenses (hereinafter – CUAO) in the area under study, which is explained by the uncertainty of the legal nature of minority of an administrative offense. The lack of legislative definition of the term "minority offense", the criteria for distinguishing such an act from others, and the lack of regulation of misdemeanors which fall under the signs of minority cause problems of a law enforcement nature. The purpose of the article is to determine the shortcomings of the legal regulation of the procedure for exempting a person from responsibility for committing an administrative offense recorded in the automatic mode, due to the insignificance of the offense and formulating proposals for improving the current legislation in this area. In order to achieve the specified goal, the authors analyze the legislation which regulates the procedure for dismissal of offenders referred to in Art. 14² of the CUAO in the field of road traffic safety. As a result, it has been established that despite the additional enshrinement of exceptional grounds for exemption from liability in Article 279³ of the CUAO, the above category of persons is in a more unfavorable position than other subjects of administrative offenses. Although the general ground for exemption from administrative liability set out in Article 22 of the CUAO, which is the insignificance

of an act, does not contain any restrictions on its application to automatically recorded offenses, the impossibility of its implementation is due to the specifics of the provisions of Articles 33, 268, 280 of the CUAO. The author formulates proposals for improving the legal regulation of application of Article 22 of the CUAO to offenses in this area, which will form the basis for further developments.

Keywords: exemption from liability; insignificance; automatic recording system; administrative offenses.

Вступ

До важливих повноважень органів (посадових осіб), що уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення, законодавець відніс їхнє право за наявності певних правових підстав звільняти від адміністративної відповідальності особу, яка до неї притягається.

Так, за загальним правилом, закріпленим у ст. 22 КУпАП, орган (посадова особа), який уповноважений вирішувати справу про адміністративне правопорушення, може звільнити від адміністративної відповідальності особу, яка до неї притягається, і обмежитись усним зауваженням за умови малозначності такого правопорушення [1].

З іншого боку, таке повноваження певним чином розвинуто в положеннях статей 33–35, 245, 252, 280 КУпАП, за якими уповноважений орган (посадова особа) має право звільнити порушника від адміністративної відповідальності, враховуючи характер вчиненого правопорушення, особу порушника, ступінь його вини, майновий стан, обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність, оцінивши докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному й об'єктивному дослідженні всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом і правосвідомістю.

При цьому в чинному КУпАП відсутні як визначення поняття «малозначність правопорушення» з його ознаками, так і чіткий механізм реалізації повноваження органу (посадової особи), що вирішує справу про адміністративне правопорушення, зі звільнення особи від відповідальності через малозначність адміністративного правопорушення, зафіксованого в автоматичному режимі.

Наявний стан правової невизначеності, з одного боку, дає підстави оцінювати положення ст. 22 КУпАП як доволі декларативні та недостатньо дієві, а в практичній площині свідчить про відмінності в правовому статусі осіб, яких може бути звільнено від відповідальності залежно від застосованого режиму виявлення та фіксації адміністративних правопорушень.

На нашу думку, за таких обставин виявляється очевидною недосконалість чинного порядку притягнення до відповідальності за порушення правил дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі, запровадження якого мало на меті запобігання порушенням правил дорожнього руху на аварійно-небезпечних ділянках автомобільних доріг.

Слід зазначити, що відповідно до звіту Національної поліції України, у 2022 р. підрозділами патрульної поліції, за результатами роботи системи фіксації порушень правил дорожнього руху в автоматичному режимі, винесено 2 млн постанов, з яких виконано 1,6 млн, що становить 80 % від загальної кількості. При цьому за виконаними постановами сплачено штрафів на суму 375 млн грн [2].

У 2021 р. кількість таких постанов становила 2,6 млн, з яких було виконано 2,3 млн, що становить 88 % від загальної кількості. При цьому за виконаними постановами сплачено штрафів на суму 505,7 млн грн [3].

Не заперечуючи проти доречності запровадження системи автоматичної фіксації для забезпечення безпеки учасників дорожнього руху, зазначимо, що Національна поліція України у своїх звітах не поширює статистику рішень про звільнення осіб від відповідальності за правопорушення, зафіксовані в автоматичному режимі, через малозначність правопорушень. Така ситуація може пояснюватися невизначеністю цієї категорії, яка зводить роботу цього правоохоронного органу із запобігання правопорушенням у сфері дорожнього руху виключно до притягнення осіб до адміністративної відповідальності.

Очевидно, за таких умов юридична сутність оціночного поняття «малозначність адміністративного правопорушення» набуває ключового значення для розуміння природи інституту звільнення від відповідальності. У цьому контексті ми погоджуємося з О. П. Хамходерою, який наголошує на важливості теоретичного окреслення критеріїв задля подальшого нормативного визначення малозначності, їх гармонізації зі складом та видом проступку, моменту встановлення малозначності та ін. [4].

Отже, відсутність законодавчого визначення поняття малозначності адміністративного правопорушення, його критеріїв і конкретного переліку проступків, щодо яких може бути застосовано інститут звільнення від адміністративної відповідальності у зв'язку з малозначністю правопорушення, а також наділення органів (посадових осіб), що вирішують справи про адміністративні правопорушення, зафіксовані в автоматичному режимі, повноваженнями діяти при застосуванні ст. 22 КУпАП на власний розсуд, у сукупності становлять умови для порушення прав осіб, які притя-

гаються до відповідальності, через неможливість звільнити їх від такої відповідальності.

Така ситуація не може оцінюватися як прийнятна, що актуалізує необхідність унормування як поняття малозначності адміністративного правопорушення, так і законодавчого вдосконалення порядку звільнення на цій підставі особи від відповідальності за порушення правил дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі.

Огляд літератури

Вивченню питання відносно-визначених та оціночних норм КУпАП, до яких належить поняття «малозначність» адміністративних деліктів, присвячено значну кількість праць вітчизняних науковців. Роз'ясненню окремих проблемних питань звільнення від відповідальності через малозначність адміністративного правопорушення, що виникають у правозастосовній практиці, приділено увагу і в інформаційних листах центральних органів виконавчої влади.

Основними здобутками в дослідженні цієї проблеми та інституту звільнення особи від адміністративної відповідальності є праці таких вчених, як О. М. Бандурка, О. Бачун, Ю.П. Битяк, С. В. Веремієнко, І. П. Голосніченко, С. Т. Гончарук, Є. В. Додін, В. В. Доненко, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпаков, А. Т. Комзюк, Д. М. Лук'янець, І. Д. Пастух, Д. В. Приймаченко, С. О. Резнік, О. П. Хамходера, В. К. Шкарупата ін. Водночас питання можливості звільнення особи від відповідальності за адміністративні правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі, окремо не досліджувалося, що видається нам досить актуальним з огляду на кількісні показники правопорушень такого виду та гуманістичний вектор розвитку національного законодавства.

Досліджуючи «малозначне правопорушення», С. О. Резнік визначив його як діяння з формальними ознаками адміністративного проступку, що вчинене з необережності або за обставин, які пом'якшують відповідальність. Воно не є шкідливим для державного або громадському порядку, а розмір шкоди фізичним/юридичним особам не повинен перевищувати розміру мінімальної санкції, передбаченої законодавством за таке правопорушення [5].

Міністерство юстиції України стосовно малозначності адміністративного правопорушення надавало роз'яснення положень КУпАП, наведені в інформаційному листі від 02.08.2013 р. № 6802-0-4-13/11, які зводяться до того, що в кожному конкретному випадку орган (посадова особа), уповноважений вирішувати справу, вирішує питання про визнання діяння малозначним самостійно [6].

На продовження підходу, запропонованого С. О. Резніком, Державна фіскальна служба України в листі від 11.09.2015 р. № 33814/7/99-99-17-03-01-17 рекомендувала кваліфікувати правопорушення у сфері оподаткування як малозначне, якщо сума, яка є предметом об'єкта складу правопорушення, не перевищує 10 грн [7].

У свою чергу, О. Л. Жильцов, розвиваючи зазначений підхід, запропонував вважати малозначним «адміністративне правопорушення, яке не становить великої суспільної шкоди та не завдає значних збитків інтересам особи, державним або суспільним інтересам і за вчинення якого санкцією статті передбачено попередження або штраф у розмірі не більше трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» [8, с. 97].

Не погодившись із такими поглядами, В. К. Грищук, Н. Є. Маковецька, В. О. Рибалко заперечували необхідність врахування поведінки особи після вчинення правопорушення, а також пом'якшуючих обставин задля констатації малозначності правопорушення [9, с. 64].

Отже, відсутність консолідованих поглядів на визначення малозначності адміністративного правопорушення обумовлює актуальність продовження дослідницьких розвідок у цьому напрямі задля удосконалення чинного законодавства та забезпечення єдності правозастосовчої практики.

Матеріали та методи

Методологічну основу дослідження становлять формально-юридичний, порівняльно-правовий та логіко-юридичний методи, які було використано в комплексі для з'ясування особливостей звільнення осіб від відповідальності за адміністративні правопорушення, зафіксовані в автоматичному режимі. Формально-юридичний метод дослідження було застосовано для дослідження категорії малозначності правопорушення як підстави для звільнення від адміністративної відповідальності, повноважень органу (посадової особи) із застосування до особи «усного зауваження», видів адміністративних правопорушень, до яких за чинним законодавством України застосовується автоматична фіксація, та порядку притягнення особи до відповідальності за адміністративні правопорушення, зафіксовані в автоматичному режимі. За допомогою порівняльно-правового методу виявлено розбіжності між загальним порядком звільнення особи від адміністративної відповідальності на підставі малозначності адміністративного правопорушення та спеціальним порядком звільнення від такої відповідальності за малозначні правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі. Логіко-юридичний метод пізнання дав змогу сформулювати пропозиції з удосконалення чинного законодав-

ства України про адміністративні правопорушення в напрямі застосування категорії «малозначності адміністративного правопорушення» як підстави для звільнення від відповідальності за порушення у сфері дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі.

Результати та обговорення

Визначення малозначності

Зважаючи на теоретичні підходи та позиції органів, які ми навели для окреслення підходів до розуміння малозначності адміністративних правопорушень, та аналізуючи положення ст. 22 КУпАП, варто наголосити, що визначення малозначності адміністративного правопорушення, яке стає підставою для звільнення особи від відповідальності із застосуванням до неї усного зауваження, здійснюється на підставі дискреційних повноважень органу (посадової особи), яка уповноважена вирішувати справу про адміністративне правопорушення.

Таким органом (посадовою особою) за статтями 213, 222 КУпАП є відповідно до покладених на нього повноважень працівник органу чи підрозділу Національної поліції, який має спеціальне звання [1].

Передбачене ст. 22 КУпАП право зазначеного суб'єкта звільнити особу від адміністративної відповідальності через малозначність правопорушення і обмежитись усним зауваженням, на нашу думку, має реалізовуватися з урахуванням затверджених Урядом України Правил дорожнього руху [10].

Так, відповідно до п. 1.5 Правил дорожнього руху дії або бездіяльність учасників дорожнього руху та інших осіб не повинні створювати небезпеку чи перешкоду для руху, загрожувати життю або здоров'ю громадян, завдавати матеріальних збитків. Особа, яка створила такі умови, зобов'язана негайно вжити заходів до забезпечення безпеки дорожнього руху на цій ділянці дороги та вжити всіх можливих заходів до усунення перешкод, а якщо це неможливо, попередити про них інших учасників дорожнього руху, повідомити уповноважений підрозділ Національної поліції, власника дороги або уповноважений ним орган.

З огляду на викладене визначення поліцейським малозначності адміністративного правопорушення має відбуватися у разі відсутності значної суспільної шкоди та значних збитків державним або суспільним інтересам; припинення порушення правила дорожнього руху чи усунення порушником наслідків вчиненого ним правопорушення, незначного за розмірами штрафів, передбачених санкціями за їх вчинення, тощо.

Застосування усного зауваження

У контексті нашого дослідження варто звернути увагу також на те, що усне зауваження, яким відповідно до положень ст. 22 КУпАП може обмежитися суб'єкт, що притягає особу до адміністративної відповідальності, звільнивши таку особу від відповідальності через малозначність правопорушення, як один із поліцейських заходів Законом України «Про Національну поліцію» прямо не встановлено.

Так, із пп. 1, 2 ч. 1 ст. 23 зазначеного Закону вбачається, що поліція відповідно до покладених на неї завдань, зокрема, здійснює превентивну та профілактичну діяльність, спрямовану на запобігання вчиненням правопорушень, вживає у межах своєї компетенції заходів для їх усунення [11].

Не передбачено таке повноваження працівників органів та підрозділів поліції ані в Правилах дорожнього руху [10], ані в Порядку звернення особи, яка допустила адміністративне правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, до уповноваженого підрозділу Національної поліції [12].

Зважаючи на вимоги ч. 2 ст. 19 Конституції України [13], відповідно до якої органи державної влади та органи місцевого самоврядування зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, зазначена вище особливість ставить під сумнів можливість суворого дотримання положень ст. 22 КУпАП і правомірність застосування усного зауваження поліцейським до особи, яку він може звільнити від адміністративної відповідальності через малозначність правопорушення. Такий висновок, на наше переконання, насамперед указує на недоліки відносно нового Закону України «Про Національну поліцію», а вже потім – на прогалини застарілого КУпАП.

Звільнення від відповідальності (винятки)

Примітка до ст. 22 КУпАП містить винятки щодо можливості її застосування до правопорушень, передбачених ч. 4 ст. 121, ч. 5 ст. 122, статтями 122², 122⁴, ч. 3 ст. 123, частинами 2–5 ст. 126 та статтями 130 та 161¹ цього Кодексу [1].

Адміністративна відповідальність осіб за правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі, встановлена ст. 142 КУпАП. Склади відповідних проступків конкретизуються в особливій частині Кодексу, зокрема у положеннях частин 1–4 ст. 122 (перевищення встановлених обмежень швидкості руху транспортних засобів, проїзду на заборонний сигнал світлофора, порушення правил зупинки, стоянки, порушення установленної для транспортних засобів заборони рухатися смугою для маршрутних транспортних засобів, тротуарами чи пішохідними

доріжками, виїзду на смугу зустрічного руху), а також ч. 1 ст. 123 (порушення правил руху через залізничний переїзд, крім в'їзду на залізничний переїзд у випадках, коли рух через переїзд заборонений) КУпАП [1].

Цьому списку повною мірою відповідає також перелік правопорушень, що встановлюються за допомогою системи фіксації адміністративних правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі, функціонування якої регламентовано однойменним Порядком, затвердженим Урядом України 10.11.2017 р. [12].

У свою чергу, зі змісту примітки до ст. 22 КУпАП вбачається, що з переліку адміністративних правопорушень, за вчинення яких особу не може бути звільнено від адміністративної відповідальності через малозначність правопорушення, лише декілька підлягають відповідно до чинного Порядку фіксації в автоматичному режимі, а саме: зупинка чи стоянка транспортних засобів на місцях, що позначені відповідними дорожніми знаками або дорожньою розміткою, на яких дозволено зупинку чи стоянку лише транспортних засобів, якими керують водії з інвалідністю або водії, які перевозять осіб з інвалідністю (крім випадків вимушеної стоянки), а так само створення перешкод водіям з інвалідністю або водіям, які перевозять осіб з інвалідністю, у зупинці чи стоянці керованих ними транспортних засобів (ч. 5 ст. 122 КУпАП), а також в'їзд на залізничний переїзд у випадках, коли рух через переїзд заборонений, вчинений під час надання послуг з перевезення пасажирів або під час перевезення небезпечних вантажів (ч. 3 ст. 123 КУпАП) [1].

Інших прямих обмежень щодо застосування положень ст. 22 КУпАП про звільнення від відповідальності через малозначність правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксованого в автоматичному режимі, законом не встановлено.

Отже, склади адміністративних правопорушень, передбачених як частинами 1–4 ст. 122, ч. 1 ст. 123 КУпАП, так і п. 7 зазначеного Порядку, цілком можуть оцінюватися уповноваженою посадовою особою, яка розглядає справи про адміністративні правопорушення, зафіксовані в автоматичному режимі, як малозначні. До таких складів адміністративних порушень, приміром, можна віднести перевищення встановлених обмежень швидкості руху транспортних засобів та порушення правил запинки і стоянки автотранспортних засобів, дії щодо вчинення яких слід кваліфікувати, зважаючи на об'єктивні обставини адміністративного правопорушення.

Наслідки звільнення

Варто зазначити, що згідно з ч. 1 ст. 284 КУпАП орган (посадова особа) виносить одну з постанов про: 1) накладення адміністративного стягнення;

2) застосування заходів впливу, передбачених ст. 24¹ Кодексу; 3) закриття справи.

За ч. 2 ст. 284 КУпАП постанова про закриття справи виноситься при оголошенні усного зауваження (ст. 22 КУпАП), а також при наявності обставин, передбачених ст. 247 цього Кодексу [1].

Отже, при застосуванні загальних положень ст. 22 КУпАП, що, як ми вже встановили, не містить винятків щодо її застосування до правопорушень, зафіксованих в автоматичному режимі, при звільненні особи від адміністративної відповідальності за малозначністю діяння та оголошенні усного зауваження має дотримуватися вимога про обов'язковість закриття справи.

Хоча, як слушно наголошено В. О. Невядовським, підставою для закриття справи, за змістом ч. 2 ст. 284 КУпАП, є не малозначність діяння і не звільнення особи від адміністративної відповідальності відповідно до ст. 22 КУпАП, а оголошення усного зауваження. Вчений вважає, що встановлення під час розгляду малозначності діяння є доказом відсутності складу адміністративного правопорушення, а тому закриття провадження у справі про адміністративне правопорушення має відбуватися на підставі п. 1 ч. 1 ст. 247 КУпАП, що, і на наш погляд, є більш юридично прийнятним [14, с. 215].

Стосовно справ про адміністративні правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі, законодавець визначив для вказаної категорії деліктів виключні підстави звільнення від відповідальності, які впорядкував у положеннях ст. 279³ КУпАП та сформулював у вигляді двох окремих умов:

1) якщо особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, надала документ, який підтверджує, що до моменту вчинення правопорушення транспортний засіб (номерний знак) вибув з її володіння внаслідок протиправних дій інших осіб;

2) якщо особа, яка керувала транспортним засобом на момент вчинення зазначеного правопорушення, звернулася особисто до уповноваженого органу із заявою про визнання зазначеного факту та надала докази сплати штрафу.

Такий порядок деталізовано в згаданому нами раніше Порядку звернення особи, яка допустила адміністративне правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, до уповноваженого підрозділу Національної поліції [12], згідно з яким передбачено зменшення розміру штрафу за вчинене правопорушення, зафіксоване в автоматичному режимі, а не звільнення від відповідальності за нього через встановлену малозначність.

І. Д. Пастух, аналізуючи зазначений вище диференційований підхід законодавця щодо визначення умов звільнення від адміністративної відповідальності, дійшов висновків, що таке звільнення може відбуватися у двох формах:

- 1) диспозитивній – коли звільнення від відповідальності залежить від адміністративного розсуду уповноважених осіб, оскільки підстави для цього законодавчо чітко не визначені;
- 2) імперативній – коли особа формально вчиняє адміністративний проступок, але підлягає звільненню від відповідальності за певних обставин, навіть коли справу щодо такого проступку вже розглянуто. До таких правопорушень вчений відніс і проступки у сфері дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі [15, с. 47–48].

Однак ми такі погляди поділяємо лише частково, саме зважаючи на згадані нами приписи ч. 2 ст. 19 Конституції України.

При цьому за правовим висновком Верховного Суду вирішення питання про звільнення порушника від адміністративної відповідальності та закриття провадження по справі про адміністративне правопорушення належить до компетенції органу, що приймав рішення про притягнення особи до адміністративної відповідальності, або органу, який розглядає скаргу на постанову по справі про адміністративне правопорушення, відповідно до положень КУпАП (п. 32 постанови Верховного Суду від 12.12.2019 р. у справі № 678/568/17) [16].

Згідно з Інструкцією з оформлення поліцейськими матеріалів про адміністративні правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксовані не в автоматичному режимі [17], положення якої узгоджені із приписами згаданої вище ст. 279³ КУпАП, у разі звільнення відповідальної особи, зазначеної у ч. 1 ст. 14² Кодексу, або особи, яка ввезла транспортний засіб на територію України, від адміністративної відповідальності:

- 1) у першому випадку, коли особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, надала документ на підтвердження протиправних дій інших осіб щодо її транспортного засобу (номерного знаку), винесена постанова про притягнення до адміністративної відповідальності скасовується тим органом (посадовою особою), який її виніс;
- 2) у другому – у разі надходження заяви про визнання факту вчинення адміністративного правопорушення та надання згоди на притягнення до адміністративної відповідальності від реального винуватця, до винесеної постанови вносяться зміни щодо визначення суб'єктом правопорушення особи, яка фактично керувала транспортним засобом у момент вчинення правопорушення, зафіксованого в автоматичному режимі або в режимі фотозйомки (відеозапису).

Водночас, скасування постанови є одним із можливих результатів розгляду скарги на постанову по справі про адміністративне правопорушення за наслідками її оскарження, що повною мірою відповідає положенням статей 288 та 293 КУпАП, та не може бути наслідком звільнення особи від адміністративної відповідальності. Тим більше, за наслідками застосування такого інституту, юридично неприйнятною нам видається ініціатива законодавця щодо можливості внесення змін до постанови про адміністративне правопорушення в частині визначення суб'єкта правопорушення. Більш логічним у такому випадку вважаємо застосування положень п. 1 ч. 1 ст. 247 КУпАП щодо закриття справи за відсутності складу адміністративного правопорушення.

На нашу думку, вирішення завдання із запобігання порушенням правил дорожнього руху не може зводитися виключно до притягнення до відповідальності «відповідальних осіб», визначення яких наведено в ст. 142 КУпАП (власник транспортного засобу, належний користувач, особа, яка ввезла транспортний засіб на територію України, тощо).

Як слушно зауважила Г. Стрикайте-Латушинська, при застосуванні будь-яких технологій у державному секторі передусім має бути забезпечене верховенство права, зокрема належний захист прав людини [18, с. 40].

Т. Слинко та інші науковці наголошують на тому, що саме принцип пропорційності, як складова частина принципу верховенства права, є основним для визначення меж прав людини. Зміст цього основоположного принципу виявляється у пропорційно розумному співвідношенні між метою обмеження певного права людини та засобами, що використовуються державою для його обмеження [19, с. 176].

Зауважимо, чинний порядок не лише не забезпечує дотримання прав усіх учасників дорожнього руху, а й, зокрема, обмежує права осіб, яких органи патрульної поліції притягають до відповідальності за адміністративні правопорушення, зафіксовані в автоматичному режимі.

Натомість побудова демократичної, правової держави та входження України до європейської системи захисту прав людини повинні мати місце в реальності, а також підтримуватися відповідною внутрішньою та зовнішньою політикою країни щодо прав людини, гармонізованою системою законодавчих актів та реальними механізмами гарантій основних свобод [20, с. 9].

Варто резюмувати, що особливості застосування інституту звільнення осіб від відповідальності за адміністративні правопорушення, зафіксовані в автоматичному режимі, не можуть оцінювати його як такий, що повною

мірою відповідає завданням Кодексу України про адміністративні правопорушення, визначеним у його ст. 1, адже запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції і законів України, поваги до прав, честі і гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством має зводитися не лише до притягнення особи до адміністративної відповідальності, а навпаки – звільнення від неї за встановленими законом підставами та у визначеному ним порядку. Тим більш, таке твердження актуалізується особливостями порядку притягнення до відповідальності особи за порушення правил дорожнього руху, зафіксовані в автоматичному режимі, коли такою особою за загальним правилом визнається «відповідальна особа», а не особа, яка безпосередньо вчинила адміністративне правопорушення.

Висновки

У загальному розумінні наявність низки проблем законодавства про адміністративні правопорушення у досліджуваній сфері передусім пояснюється невизначеністю юридичної природи малозначності адміністративного правопорушення.

Хоча обмеження застосування положень ст. 22 КУпАП до адміністративних правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксованих в автоматичному режимі, прямо не передбачено Законом, реалізація уповноваженим органом адміністративного розсуду щодо визначення малозначності такого діяння обмежена винятком, який встановлено у статтях 33 «Загальні правила накладення стягнення за адміністративне правопорушення», 268 «Права особи, яка притягається до адміністративної відповідальності», 280 «Обставини, що підлягають з'ясуванню при розгляді справи про адміністративне правопорушення» КУпАП. За відсутності в уповноваженого органу (посадової особи) обов'язку щодо з'ясування всіх обставин, які мають значення для правильного вирішення справи, а в особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, права надати особисті пояснення щодо цих обставин, можливість звільнення останньої від адміністративної відповідальності у порядку ст. 22 КУпАП нівелюється. Водночас Кодексом про адміністративні правопорушення і Законом України «Про Національну поліцію» застосування уповноваженим працівником органу чи підрозділу поліції усного зауваження при звільненні особи від відповідальності за адміністративні правопорушення, зафіксовані в автоматичному режимі, чітко не передбачено, що дозволяє оцінювати ст. 22 цього Кодексу як декларативну.

Виключні підстави звільнення порушника від відповідальності за вчинення адміністративних правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксованих в автоматичному режимі, не відповідають правовій природі інституту звільнення від адміністративної відповідальності, адже фактично залежать від спроможності особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, довести свою невинуватість, зокрема, шляхом вчинення активних дій відносно фактичних правопорушників.

Крім того, вважаємо, що застосування інституту звільнення від відповідальності до адміністративних правопорушень, які зафіксовані в автоматичному режимі, не повинно мати лише винятковий характер, а має бути реалізоване і на загальних засадах, передбачених ст. 22 КУпАП, у зв'язку із малозначністю правопорушення.

Список використаних джерел

- [1] Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон УРСР від 07.12.1984 р. № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/80732-10> (дата звернення: 10.02.2023).
- [2] Звіт Національної поліції України про результати роботи у 2022 році. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/zvit-natsionalnoi-politsii-ukrainy-pro-rezultaty-roboty-u-2022-rotsi> (дата звернення: 10.02.2023).
- [3] Звіт Національної поліції України про результати роботи у 2021 році. URL: https://media-www.npu.gov.ua/npu-pre-prod/sites/1/Docs/Dialnist/Richni_zvity/Zvit_NPU_2021_.pdf (дата звернення: 10.02.2023).
- [4] Хамходера О. П. Малозначність адміністративних проступків, що пов'язані з корупцією. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 18 травня 2018 р.) : у 2-х т. Т. 2 / від. ред. Г. О. Ульянова. Одеса : Гельветика, 2018. С. 48–52.
- [5] Резнік С. О. Малозначність правопорушення як підстава звільнення від адміністративної відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. Дніпропетровськ, 2011. 280 с.
- [6] Щодо надання роз'яснення положень Кодексу України про адміністративні правопорушення : лист Міністерства юстиції України від 02.08.2013 р. № 6802-0-4-13/11. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v6802323-13#Text> (дата звернення: 10.02.2023).
- [7] Про надання роз'яснення : лист Державної фіскальної служби України від 11.09.2015 р. № 33814/7/99-99-17-03-01-17. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3814872-15#Text> (дата звернення: 10.02.2023).
- [8] Жильцов О. Л. Правова регламентація правозастосовного розсуду у сфері адміністративної відповідальності (за Кодексом України про адміністративні правопорушення). *Юридичний бюлетень*. 2020. № 12. С. 92–97. <https://doi.org/https://doi.org/10.32850/LB2414-4207.2020.12.13>.
- [9] Гришук В. К., Маковецька Н. Є., Рибалко В. О. Оцінне поняття «малозначність» як підстава для звільнення від адміністративної відповідальності за керування транспортним засобом у стані сп'яніння. *Legal Bulletin*. 2022. № 5. С. 59–65. <https://doi.org/2708-339X-2022-5-59-65>.

- [10] Правила дорожнього руху : Постанова Кабінету Міністрів України від 10.10.2001 р. № 1306. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1306-2001-%D0%BF#n16>. (дата звернення: 18.02.2023).
- [11] Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text> (дата звернення: 10.02.2023).
- [12] Про функціонування системи фіксації адміністративних правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в автоматичному режимі : Постанова Кабінету Міністрів України від 10.11.2017 р. № 833. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/833-2017-%D0%BF#Text> (дата звернення: 18.02.2023).
- [13] Конституція України : офіц. текст від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 10.02.2023).
- [14] Невядовський В. О. Особливості звільнення від адміністративної відповідальності при малозначності правопорушення. *Підготовка охоронців правопорядку в Харкові (1917–2017 рр.)* : зб. наук. ст. і тез доп. на наук.-практ. конф. до 100-річчя підготовки охоронців правопорядку в Харкові (м. Харків, 25 листоп. 2017 р.). Харків: ХНУВС, 2017. С. 214–215.
- [15] Пастух І. Д. Звільнення від відповідальності при малозначності адміністративного проступку. *Juris Europensis Scientia*. 2022. № 4. С. 46–50. <https://doi.org/10.32782/chern.v4.2022.10>.
- [16] Постанова Верховного Суду від 12.12.2019 р. у справі № 678/568/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86305715> (дата звернення: 10.02.2023).
- [17] Про затвердження Інструкції з оформлення поліцейськими матеріалів про адміністративні правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксовані не в автоматичному режимі : наказ МВС України від 07.11.2015 р. № 1395. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/re27853?an=1&ed=2018_04_13 (дата звернення: 22.02.2023).
- [18] Goda Strikaite-Latušinskaja. The Rule of Law and Technology in the Public Sector. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2023. Issue 1(18). P. 28–41. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-6.1-a000104>.
- [19] Slinko T., Letnianchyn L., Bairachna L., Tkachenko Ye. The Rule of Law in the Legal Positions of the Constitutional Court of Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. Issue 1(13). P. 165–177. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.1-n000099>.
- [20] Muraviov V., Mushak N. Legal Issues of the Implementation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 in Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2021. Issue 1(9). P. 8–22. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-4.1-n000044>.

References

- [1] Law of the Ukrainian SSR No. 8073-X "Code of Ukraineon Administrative Offenses". (1984, December). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/go/80732-10>.
- [2] Report of the National Police of Ukraine on the results of work in 2022. Retrieved from <https://www.kmu.gov.ua/news/zvit-natsionalnoi-politsii-ukrainy-pro-rezultaty-roboty-u-2022-rotsi>.
- [3] Report of the National Police of Ukraine on the results of work in 2021. Retrieved from: https://media-www.npu.gov.ua/npu-pre-prod/sites/1/Docs/Dialnist/Richni_zvity/Zvit_NPU_2021_.pdf.

- [4] Khamkhodera, O.P. (2018, May 18). Insignificance of administrative offenses related to corruption. In G.O. Ulyanov (Ed.). *Legal and institutional mechanisms for ensuring the development of Ukraine in the conditions of European integration: materials of the International scientific and practical conference*. (Vols. 1-2). Vol. 2. Odesa (pp. 48-52). Odesa: Helvetica.
- [5] Reznik, S.O. (2011). *The insignificance of the offenses as a basis for exemption from administrative responsibility*. PhD Thesis. Dnipropetrovsk: Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs.
- [6] Letter of the Ministry of Justice of Ukraine No. 6802-0-4-13/11. (2013, August). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v6802323-13#Text>.
- [7] Letter of the State Fiscal Service of Ukraine No. 33814/7/99-99-17-03-01-17. (2015, September). Retrieved from: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3814872-15#Text>.
- [8] Zhiltsov, O.L. (2020). Legal regulation of law enforcement discretion in the sphere of administrative responsibility (according to the Code of Ukraine on Administrative Offenses). *Legal Bulletin*, 12, 92-97. <https://doi.org/https://doi.org/10.32850/LB2414-4207.2020.12.13>.
- [9] Hryshchuk, V.K., Makovetska, N.E., & Rybalko, V.O. (2022). Evaluation Concept of "Insignificance" as a Basis for Exemption from Administrative Responsibility for Driving under the Influence. *Legal Bulletin*, 5, 59-65. <https://doi.org/2708-339X-2022-5-59-65>.
- [10] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1306 "Traffic rules". (2001, January). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1306-2001-%D0%BF#n16>.
- [11] Law of Ukraine No. 580-VIII "On the National Police". (2015, July). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>.
- [12] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 833 "On the functioning of the system for fixing administrative offenses in the field of ensuring road safety in automatic mode". (2017, November). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/833-2017-%D0%BF#Text>.
- [13] Constitution of Ukraine. (1996, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.
- [14] Nevyadovsky, O.V. (2017, November). Peculiarities of exemption from administrative responsibility in the case of a minor offence. In *Training of law enforcement officers in Kharkiv (1917-2017): materials of the science and practice conf. to the 100th anniversary of the training of law enforcement officers in Kharkiv* (pp. 215-215). Kharkiv: KhNUVS.
- [15] Pastukh, I.D. (2022). Exemption from responsibility for minor administrative offenses. *Juris Europensis Scientia*, 4, 46-50. <https://doi.org/10.32782/chern.v4.2022.10>.
- [16] Resolution of the Supreme Court of December 12, 2019 in case No. 678/568/17. Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86305715>.
- [17] Order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine No. 1395 "On the approval of the Instructions for the preparation by the police of materials on administrative offenses in the field of ensuring road traffic safety, recorded not in automatic mode". (2015, November). Retrieved from https://ips.ligazakon.net/document/view/re27853?an=1&ed=2018_04_13.

- [18] Goda Strikaitė-Latušinskaja. (2023). The Rule of Law and Technology in the Public Sector. *Access to Justice in Eastern Europe*, 1(18), 28-41. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-6.1-a000104>.
- [19] Slinko, T., Letnianchyn, L., Bairachna, L., & Tkachenko, Ye. (2022). The Rule of Law in the Legal Positions of the Constitutional Court of Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*, 1(13), 165-177. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.1-n000099>.
- [20] Muraviov, V., & Mushak, N. (2021). Legal Issues of the Implementation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 in Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*, 1(9), 8-22. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-4.1-n000044>.

Юрій Валентинович Георгієвський

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри адміністративного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: yurval110@gmail.com
ORCID 0000-0001-8014-7827

Вікторія Олександрівна Спасенко

кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри адміністративного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: v_spasenko@ukr.net
ORCID 0000-0002-3260-2001

Марина Іванівна Белікова

кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри адміністративного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: cold1871@gmail.com
ORCID 0000-0003-3967-1250

Iurii V. Georgiievskiy

Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Administrative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: yurval110@gmail.com
ORCID 0000-0001-8014-7827

Viktoriia O. Spasenko

PhD of Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Administrative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: v_spasenko@ukr.net
ORCID 0000-0002-3260-2001

Maryna I. Bielikova

PhD of Law, Lecturer of the Department of Administrative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: cold1871@gmail.com
ORCID 0000-0003-3967-1250

Рекомендоване цитування: Георгієвський Ю. В., Спасенко В. О., Белікова М. І. Особливості застосування інституту звільнення від відповідальності до адміністративних правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксованих в автоматичному режимі. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 152–169. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.275719>.

Suggested Citation: Georgiievskiy, Iu.V., Spasenko,V.O, & Bielikova, M.I. (2023). Peculiarities of Application of the Institution of Exemption from Liability to Administrative Offenses in the Field of Road Safety, Recorded Automatically. *Problems of Legality*, 160, 152-169. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.275719>.

Статтю подано / Submitted: 11.03.2023

Доопрацьовано / Revised: 17.03.2023

Схвалено до друку / Accepted: 21.03.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Енергетична безпека Європейського Союзу в умовах російської агресії проти України

Іван Васильович Яковюк*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: yakoviuk@ukr.net

Максим Павлович Цвеліх

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

Анотація

Актуальність розвідки полягає в дослідженні енергетичної політики Європейського Союзу (ЄС) з огляду на російську агресію проти України. Зазначено, що протягом останніх десятиліть постачання, володіння і контроль над енергоресурсами використовуються росією як інструмент своєї зовнішньої політики для посилення політичного впливу не лише на пострадянському просторі, а й на держав-членів ЄС. Під час неспровокованої російської агресії щодо України енергетична політика використовується московією як енергетична зброя (вимога платити рублями за газ; зупинення газопостачання до окремих держав-членів ЄС, зокрема Польщі, Болгарії, Фінляндії; зменшення обсягів постачання «Північним потоком»; ігнорування потужностей української ГТС; провокування зростання цін на газ), наслідком застосування якої стала гостра енергетична криза в ЄС. Це спонукало ЄС і національні уряди держав-членів вдатися до суттєвого корегування своєї енергетичної політики задля подолання кризи і унеможливлення газового шантажу європейських держав як маніпуляції для обходу антиросійських санкцій і політичного тиску з метою відмови від підтримки України. Мета статті полягає в дослідженні проблем забезпечення енергетичної безпеки ЄС та його держав-членів за умов енергетичної кризи, спричиненої російською агресією проти України. Дослідження спрямовано на вивчення впливу російської агресії на енергетичну безпеку ЄС, оцінку стану Енергетичного союзу в 2022 р., а також аналіз короткострокових і довгострокових стратегій під час розроблення відповідної наднаціональної і національної енергетичної політики, переважно з європейської точки зору. Розглянуто сучасні європейські національні й наднаціональні енергетичні та кліматичні стратегії, що передбачають відтермінування поступової відмови від вугілля, нафти, газу та атомної енергетики з одночасним прискоренням розгортання відновлюваної енергетики, підвищення енергоефективності та обов'язкове зобов'язання щодо збільшення накопичення енергії. Наголошено, що подолання наслідків енергетичної кризи ЄС та держави-члени здійснюють розробленням й реалізацією національних стратегій, плану REPowerEU,

a також за допомогою низки інших заходів щодо зниження цін на енергоносії та забезпечення надійності постачання. План REPowerEU повністю відповідає Європейській зеленій угоді та включає заходи щодо енергозбереження, диверсифікації й забезпечення безпеки постачання, прискорення впровадження відновлюваних джерел енергії та розумного поєднання інвестицій і реформ. Модернізація енергетичної політики ЄС узгоджується з його довгостроковими цілями у галузі клімату. ЄС також підтримує нові партнерські відносини з країнами-сусідами, зокрема з Україною, для прискорення глобального переходу до зеленої та справедливої енергетики.

Ключові слова: енергетичний суверенітет; енергетична безпека; національні інтереси; енергетичний ринок; енергетична зброя; війна; ЄС; Україна; росія.

Energy Security of the European Union in the Context of Russian Aggression Against Ukraine

Ivan V. Yakoviyk*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

**e-mail: yakoviyk@ukr.net*

Maksym P. Tselikh

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

Abstract

Over the past decades, Russia has used the supply, ownership and control of energy resources as an instrument of its foreign policy to strengthen its political influence not only in the post-Soviet space, but also in the EU member states. During the unprovoked Russian aggression against Ukraine, Moscow used energy policy as an energy weapon (demanding to pay for gas in rubles; stopping gas supplies to certain EU member states, including Poland, Bulgaria, and Finland; reducing the volume of supplies through the Nord Stream pipeline; ignoring the capacities of the Ukrainian GTS; provoking an increase in gas prices), which resulted in an acute energy crisis in the European Union. This prompted the EU and national governments of its member states to make significant adjustments to their energy policies in order to overcome the crisis and prevent gas blackmail by European states as a manipulation to circumvent anti-Russian sanctions and political pressure to withdraw support for Ukraine. The purpose of the article is to study the problems of ensuring the energy security of the European Union and its member states in the context of the energy crisis caused by Russia's aggression against Ukraine. The article is aimed at studying the impact of Russian aggression on the EU's energy security, assessing the state of the Energy Union in 2022, and analyzing short-term and long-term strategies in the development of relevant supranational and national energy policies, mainly from a European perspective. Modern European national and supranational energy and climate strategies envisage postponing the phase-out of coal, oil, gas and nuclear power, while accelerating the deployment of renewable energy, improving energy efficiency and a mandatory commitment to increase energy storage. The European Union and its member

states are overcoming the consequences of the energy crisis by developing and implementing national strategies, the REPowerEU plan, as well as a number of other measures to reduce energy prices and ensure security of supply. The REPowerEU plan is fully in line with the European Green Deal and includes measures to save energy, diversify and ensure security of supply, accelerate the deployment of renewable energy sources and a reasonable mix of investment and reform. The modernization of the EU's energy policy is aligned with the EU's long-term climate goals. The EU also supports new partnerships with neighboring countries, including Ukraine, to accelerate the global transition to green and fair energy.

Keywords: energy sovereignty; energy security; national interests; energy market; energy weapons; war; EU; Ukraine; Russia.

Вступ

Енергія – рушій прогресу та розвитку будь-якого суспільства. Упродовж століть людство вдосконалювало виробництво за допомогою кінетичної, теплової, а згодом і електричної енергії, створюючи тим самим цивілізаційні блага. У сучасному світі майже кожна сфера діяльності для забезпечення підтримки досягнутого рівня благополуччя потребує значних витрат енергії. Оскільки енергія за своєю природою є обмеженим ресурсом, постає комплекс проблем, пов'язаних з її виробництвом, забезпеченням енергоефективності промисловості та домогосподарств, створенням нових, економічно вигідних способів її генерації. Не дивно, що як окремі держави, так і інтеграційні економічні об'єднання, насамперед ЄС, прагнуть використовувати всі види енергії раціонально й економічно для себе, зважаючи на їх вартість та доступність. Це є запорукою забезпечення енергетичного і економічного суверенітету та конкурентоздатності європейської економіки [1–2].

Надійне й доступне енергопостачання життєво важливе для економіки ЄС. Однак держави-члени ЄС не мають достатньої кількості власних енергоресурсів для задоволення своїх потреб [3]. Історично так склалося, що ще з часів СРСР і до сьогодні значний відсоток імпорту газу і нафти надходить з росії, яка має складні відносини з ЄС. Залежність від імпорту енергоносіїв є найнебезпечнішою зовнішньою вразливістю ЄС, і це довела російська агресія проти України. Політика ЄС, що спрямована на пом'якшення енергетичної вразливості й має як внутрішні, так і зовнішні виміри, є актуальним і практично значущим напрямом досліджень, особливо зважаючи на прискорення процесу інтеграції України до ЄС.

Огляд літератури

Проблематика енергетичної безпеки України традиційно є одним із пріоритетів вітчизняних дослідників (О. А. Шевченко [4], О. М. Суходолі [5–6] та ін.), що тісно пов'язана з економічним (М. Leonard, J. Pisani-Ferry [7],

І. В. Яковюк, А. Ю Туренко [8–9]) та енергетичним (Р. Dolata [10], J. Hakes [11], К. Huhta [12], С. Schelly, D. Bessette [13]) суверенітетом. Інтеграція України до ЄС спонукає українських правників вивчати підходи до забезпечення енергетичної безпеки, які розробляють і реалізують в об'єднаній Європі (К. І. Matsumoto, М. Doumpos [3], F. Gökgöz, М. Т. Güvercin [14] та ін.), та формулювати пропозиції стосовно оновлення вітчизняного законодавства в цій сфері відповідно до загальноєвропейських правових стандартів (В. Лір [15], І. Манжул [16], І. В. Яковюк [17]). Водночас російська агресія проти України 2022–2023 рр., яка стала найнебезпечнішою загрозою як національній, так і енергетичній безпеці України, спричинила гостру енергетичну кризу і в ЄС, що змусило його оперативнo та інноваційно реагувати на її наслідки. Зважаючи на це, слід зазначити, що дослідження нової енергетичної політики ЄС набувають особливої актуальності та практичної значущості. Це дослідження продовжує наукову дискусію з означеної проблематики, в якій беруть участь як зарубіжні (М. Mišik [18], L. Rodriguez-Fernandez, А. В. F. Carvajal [19], Р. Žuk, Р. Žuk [20]), так і вітчизняні (Т. Wołowiec, S. Kolosok [21], І. В. Перезова [22], Я. Турчин, О. Івасечко [23], І. В. Яковюк, К. В. Єфремова [1]) дослідники.

Матеріали та методи

Потрясіння, яке переживає ЄС протягом 2022–2023 рр. у енергетичній сфері, мають наслідком зміну сприйняття росії: якщо раніше вона вважалася одним із ключових торгових і ділових партнерів європейських країн¹, то нині перетворилася на реальну загрозу економічній та енергетичній безпеці як ЄС, так і його держав-членів. Як наслідок, Європа поетапно робить кроки, аби мінімізувати економічну залежність від москви, принаймні в стратегічних галузях, таких як енергетика². З огляду на це дослідники

¹ Йдеться передусім про характер економічних відносин росія – Німеччина. Зважаючи на вагу Німеччини в ЄС, сприйняття офіційним Бонном москви як ключового партнера в політиці енергозабезпечення країни (так, у 2019 р. у Німеччині було 164 контрольованих підприємства росії. На них працювало понад 8100 чоловік, а оборот становив 31,6 млрд євро; німецькі інвестори контролювали 472 підприємства в росії, на яких працювало майже 129 000 чоловік, а річний оборот становив понад 38,1 млрд євро) позначалося на енергетичній політиці ЄС у цілому [24]. Після того, як обсяг торгівлі Німеччини з росією зріс більш ніж на третину в 2021 р., Німецький комітет зі східноєвропейських економічних відносин у лютому 2021 р. закликав уряд підтримувати добрі економічні відносини з росією. Німеччина декілька років ігнорувала заклики держав-членів ЄС, зокрема Польщі і країн Балтії, щодо припинення будівництва Північного потоку-2, переконуючи що цей проєкт зміцнить енергетичну безпеку ЄС. Схоже ставлення до росії досі зберігається Угорщиною.

² Вторгнення росії в Україну суттєво погіршило ситуацію з безпекою постачань і підвищило ціни в Європі на енергоносії до безпрецедентного рівня. У березні Європейська Комісія почала розробляти і у травні 2022 р. затвердила план (Концепція REPowerEU), метою якого є зробити Європу незалежною від російських викопних видів палива, починаючи з газу, задовго до 2030 р. [25–27].

мають аналізувати, по-перше, реакцію енергетичної політики ЄС на поточну енергетичну кризу, її обсяг, очікуваний вплив і послідовність; по-друге, динамічну зміну державами-членами ЄС своїх національних енергетичних стратегій; по-третє, прогрес, досягнутий на рівні ЄС щодо втілення цілей Енергетичного союзу, включаючи цілі Союзу до 2030 р. щодо енергетики та клімату. Також слід зважати на те, що аналіз стану енергетичної безпеки охоплює три аспекти: соціально-економічний, інноваційно-технологічний та геополітичний (і геоeкономічний).

Результати та обговорення

Доступність і надійність постачання енергоносіїв як основа енергетичного суверенітету і безпеки

Енергія є багатозначним поняттям з точки зору його розуміння. Уперше термін «енергія» було вжито ще в працях Аристотеля, який позначав ним дію чи реалізацію дії на противагу її можливості [28, с. 353]. З часом, завдяки дослідженням цього явища Хюгенсом, Лейбніцем, Берноуллі та інших авторів, підходи до визначення його змісту поступово змінювалися. Сучасне розуміння цього слова пов'язане з кінетичною енергією і означає накопичену роботу або здатність виконувати роботу [29, с. 496–497].

Енергія має багато джерел, але в контексті цього дослідження слід звернути увагу саме на виробництво електричної та теплової енергій, які є невід'ємним компонентом для життєдіяльності кожної людини («енергетична бідність»¹ домогосподарств створює проблеми з опаленням, освітленням, гарячою водою, а отже, негативно впливає на безпеку кожної людини). Виробництво енергії пов'язане з використанням природних ресурсів: вода, кам'яне вугілля, нафта, газ, повітря, сонячне світло тощо.

Відкритою чи прихованою метою всіх світових війн було здійснення глобального перерозподілу доступу на видобуток природних, зокрема енергетичних, ресурсів. Як людському організму потрібно отримувати енергію з їжі, так і державі, її економіці необхідно підтримувати свою життєдіяльність (а армії – боєздатність), використовуючи свій ресурсний потенціал і згодом створюючи національний продукт за допомогою енергії. Інакше кажучи, надійне отримання енергоносіїв за доступною ціною є питанням виживання держави на геополітичній та геоeкономічній шахівниці. Тож, стабільне виробництво та забезпечення користувачів енергією є стратегічним

¹ А. К. N. Reddy трактує «енергетичну бідність» як відсутність достатнього вибору в доступі до адекватних, доступних, надійних, високоякісних, безпечних та екологічно чистих енергетичних послуг для підтримки економічного та людського розвитку. Енергетична бідність властива не лише слаборозвинутим державам, до певної міри вона виявляється і у Великій Британії, Японії, Китаї, Іспанії та інших розвинутих країнах [30].

питанням національної безпеки кожної держави, що потребує особливого підходу до управління енергетичною сферою.

Питання енергетичної безпеки європейських держав, зокрема України, тісно пов'язане з енергетичною безпекою ЄС. За даними Офісу з розвитку підприємництва та експорту, серед десяти найбільших торговельних партнерів України 2022 р., вісім країн є державами-членами ЄС (безумовним лідером є Польща (\$ 6,6 млрд) та Румунія (\$ 3,8 млрд)) [31]. Україна провела консультації стосовно постачання електроенергії з української енергосистеми до Румунії та Молдови, а також Польщі [32].

2022 рік став роком випробувань не лише для України, а й для об'єднаної Європи, яка надає Києву воєнну, фінансову і економічну допомогу та застосовує санкції до країни-агресора, інколи навіть на шкоду власним економічним інтересам. Російська воєнна агресія зумовила значні зміни у функціонуванні європейських економік через найбільшу за останні 15 років енергетичну кризу. За даними осіннього економічного прогнозу ЄС [33], значно зріс рівень інфляції (до 9,3 %). Різке зростання інфляції під впливом енергетичного шантажу росії, що зумовив зростання цін на енергоносії, продукти харчування та інші сировинні товари, завдає шкоди регіональній і світовій економіці, які все ще долають економічні наслідки кризи, спричиненої пандемією COVID-19. Попри свій економічний потенціал, ЄС є однією з найбільш вразливих економік світу через свою географічну близькість до зони бойових дій та значну залежність від імпорту викопних видів палива.

Україна, стратегічний курс якої полягає в інтеграції до ЄС та НАТО, попри воєнні дії, досягла значного прогресу на шляху до європейської інтеграції, отримавши 23 червня 2022 р. статус країни-кандидатки на вступ до ЄС. Відповідно до статей 337, 338 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом [34], сторони розвивають енергетичне співробітництво, імплементацію енергетичних стратегій, створення ефективних механізмів протидії кризовим ситуаціям в енергетиці, модернізацію енергетичної інфраструктури тощо. Поряд з отриманими перевагами від цього статусу, Україна також стає чи не повноцінним учасником європейського суспільства. Це означає, що проблеми Євросоюзу – це питання і України, і для цього потрібно докладати спільних зусиль задля подолання викликів сучасності.

Поняття енергетичної безпеки

Що означає поняття «енергетична безпека»? Для відповіді на це питання слід звернутися до визначення, сформульованого Міжнародним енергетичним агентством (IEA): «Енергетична безпека – це здатність безперебійного доступу до джерел енергії за доступною ціною» [35].

Енергетична безпека має багато аспектів: якщо її розглядати в довгостроковому плані, то вона стосується своєчасних вкладень у сферу постачання енергії для адаптації до темпів економічного розвитку, а в короткостроковому – здатність швидко та оперативно реагувати на зміни на енергетичному ринку відповідно до балансу попиту та пропозиції. Отже, в енергетичній безпеці присутня економічна складова, яка безпосередньо впливає на рівень забезпечення енергією сучасної держави.

Міжнародне енергетичне агентство розглядає енергетичну безпеку як систему, що складається з трьох компонентів: нафтова, газова та електрична безпеки (oil security, natural gas security, electricity security). Це пов'язано з тим, що саме зазначені вище ресурси сьогодні є ключовими джерелами енергії; через їх важливість енергетичні ринки є дуже чутливими до різного роду факторів, починаючи від кліматичних змін, природних катаклізмів і закінчуючи воєнними конфліктами. Так, у випадку з нафтовим ринком це підтверджується численними енергетичними кризами 1970-х рр. (Ісламська революція в Ірані), 1980-х рр. (падіння цін від збільшення Саудівською Аравією видобутку нафти), 1990 р. (вторгнення Садама Гуссейна в Кувейт), 2005 р. (ураган «Катріна»), російська агресія проти України 2022 р. тощо.

Безпека постачання електроенергії є вкрай важливим питанням для нормального функціонування сучасних суспільств та економік. Цифрові технології, комунікаційна структура і промислова діяльність залежать від стабільного та ефективного постачання електроенергії. Ринок газу заслуговує на аналогічну увагу, тому що за його допомогою вирішуються побутові питання загального благополуччя населення, також він допомагає функціонувати енергоємним галузям економіки, таким як харчова та хімічна промисловість. Отже, підтверджується важливість формування енергетичної безпеки як інструменту стабільного функціонування держав та світової спільноти в цілому.

Енергетична безпека ЄС

Енергетична безпека є предметом нормативно-правового регулювання як на національному, так і наднаціональному рівнях. Енергетична безпека ЄС має глибшу і складнішу історію, оскільки інтеграційний процес започатковано на основі Договору про Європейське співтовариство вугілля та сталі (1951) – організації, що об'єднувала стратегічні галузі промисловості шести країн Західної Європи, серед яких була кам'яновугільна промисловість. Р. Шуман – один із «батьків європейської інтеграції», активно сприяв створенню цієї організації задля попередження нового воєнного конфлікту між Францією та Німеччиною за контроль над вугільним басейном Саар та Рур. Договір про заснування Європейської спільноти з атомної енер-

гії (1957) регламентував співробітництво держав-членів у сфері мирного використання ядерної енергії, яка розглядалася як перспективний інструмент зняття гостроти енергетичної кризи, від якого страждали насамперед малі західноєвропейські держави [36]. Зрештою, економічні вигоди перетворили суперництво держав на співробітництво з питань виробництва електроенергії в Західній Європі. Це заклало фундамент енергетичної безпеки всього регіону.

Незважаючи на досягнуті успіхи, європейська інтеграція у сфері енергетичної політики розвивалася не надто гладко. Це було зумовлено тим, що, по-перше, важливість вугілля в енергозабезпеченні зменшувалася, оскільки основним джерелом енергії стала нафта; по-друге, відмінності в енергетичних балансах, транспортних маршрутах і структурі енергетичних ринків призвели до того, що різні національні інтереси держав-членів перешкоджали співпраці в енергетичній політиці. Наступними десятиліттями завдяки зусиллям зроблено кілька незначних кроків для того, щоб поставити європейську енергетичну політику на більш формальну основу, оскільки найамбітніші плани Європейської Комісії щодо узгодженої енергетичної політики зазнавали невдачі через опозицію з боку держав-членів, які стояли на позиції збереження за собою реалізації суверенних прав в означеній сфері правового регулювання.

Поточна політика ЄС, як зазначено в останніх документах Європейської Комісії стратегічного характеру, передбачає, що Союз покладається на такі елементи, як висока частка відновлюваних джерел енергії, висока енергоефективність, енергозбереження, уловлювання та зберігання вуглецю, ядерна енергетика, щоб трансформувати європейський енергетичний ринок. Довгостроковою метою ЄС є реструктуризація економіки до низьковуглецевої економіки.

Енергетична політика ЄС

Енергетична безпека ЄС ґрунтується на його енергетичній політиці, основою якої слід вважати розд. 21 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС) [37]. Так, ст. 122 ДФЄС передбачає заходи ЄС¹, доречні в економічній ситуації, зокрема у випадку серйозних ускладнень у постачанні у сфері енергетики. У ст. 194 ДФЄС закріплюється принцип солідарності в галузі енергетичної політики, зусилля держав-членів на

¹ Відповідно до п. 2 ст. 122 ДФЄС, «Якщо держава-член перебуває у складному становищі або їй загрожують серйозні ускладнення, спричинені природним стихійним лихом або надзвичайними обставинами поза її контролем, Рада за пропозицією Комісії може за певних умов надати відповідній державі-члену фінансову допомогу Союзу. Голова Ради повідомляє Європейському Парламенту про прийняте рішення» [37].

енергетичному ринку мають бути спрямовані на забезпечення його функціонування, безпеки енергопостачання в ЄС, сприяння енергоефективності та енергозбереженню, а також розвитку альтернативних форм енергетики, сприяння об'єднанню енергетичних мереж. Європейський Парламент і Рада, діючи відповідно до звичайної законодавчої процедури, встановлюють заходи, які необхідні для досягнення цілей енергетичної політики Союзу. Такі заходи не повинні впливати на право держави-члена ЄС визначати умови експлуатації своїх енергетичних ресурсів, вибір між різними джерелами енергії та загальну структуру енергопостачання. Отже, держави мають сприяти забезпеченню загального енергетичного добробуту ЄС, але вони не обмежені нормативно-правовими актами у виборі інструментів забезпечення енергетичної безпеки, що дає змогу ефективно і у своїх інтересах використовувати власні природні ресурси у сфері енергогенерації. Щоправда, у практиці ЄС існують прецеденти, коли держава-член була змушена відмовитися від експлуатації власних енергетичних потужностей (припинення Литвою експлуатації Ігналінської АЕС¹), що породило негативні наслідки для забезпечення енергетичної безпеки не тільки самої держави, а й окремого регіону.

Литва приєдналася до ЄС у період (2004), коли репутація атомної енергетики була вкрай низькою. Однією з ключових вимог, яку Вільнюсу необхідно було виконати для набуття членства в ЄС, було закриття Ігналінської АЕС. Ця АЕС виробляла майже 80 % електроенергії, яку споживала Литва. У період з 2010 р. по 2020 р. ЄС виділив 450,8 млн євро на закриття станції, а в цілому до 2038 р. буде витрачено 3,4 млрд євро [39]. Після закриття Ігналінської АЕС Литва з енергопрофіцитної держави перетворилася на енергодефіцитну і уряду довелося шукати нові джерела постачання енергії, зокрема купувати її у росії.

Законодавче регулювання енергетичного ринку ЄС сформовано на основі Третього енергетичного пакета (2009–2014), що передбачає вирішення таких питань, як: реорганізація активів енергетичних компаній, створення національних незалежних регуляторів, співпраця держав, чесні роздрібні ринки енергії.

Відповідно до Стратегії створення Енергетичного Союзу [40], ухваленої у 2015 р., головними цілями енергетичної політики Союзу є:

– диверсифікація джерел генерації електроенергії в Європі, реалізація енергопостачання на засадах кооперації та солідарності між державами-членами Союзу;

¹ Вважалось, що атомні реактори, які були побудовані за часів СРСР, є потенційно небезпечними, особливо вищезгадана АЕС, яка мала аналогічний Чорнобильській АЕС тип реактора [38].

- повне забезпечення інтеграції внутрішнього енергетичного ринку Союзу, налаштування вільного переміщення енергії територією Союзу без установа-лення регуляторних бар'єрів;
- покращення енергоефективності та зменшення залежності від імпорту енергоресурсів із третіх країн, зменшення викидів, забезпечення робочими місцями спеціалістів у галузі енергетики;
- декарбонізація економіки та рух у напрямі виконання Паризької кліматичної угоди;
- просування досліджень щодо декарбонізації економіки та інновації у сфері енергетики.

Повністю інтегрований і належно функціонуючий внутрішній енергетичний ринок має забезпечити доступні ціни на енергоносії, надати необхідні цінові сигнали для спрямування інвестицій у «зелену» енергетику, гарантувати енергопостачання і відкрити найменш витратний шлях до кліматичної нейтральності.

Розвиток енергетичної політики ЄС відбувався в рамках Четвертого та П'ятого енергетичних пакетів (2015–2021). У лютому 2021 р. Європейська Комісія розпочала процес консультацій щодо реорганізації газового ринку ЄС. Нова структура газового ринку – це перший серйозний перегляд правил газового ринку ЄС із часу прийняття Третього енергетичного пакета. Він має забезпечити оновлення нормативно-правової бази ЄС для конкурентних декарбонізованих газових ринків, що буде досягнуто шляхом внесення змін як до Газової директиви (2009/73/ЄС) [41], так і до Регламенту про газ (ЄС № 715/2009) [42].

Як і у всіх сферах політики ЄС, енергетична політика формується низкою суб'єктів, найвпливовішими з яких є Європейська Комісія, Європейський Парламент і Рада. Іншими важливими учасниками є національні уряди, яким належить визначальна роль при формуванні енергетичного балансу та енергетичної зовнішньої політики¹, а з боку приватного сектору – національні енергетичні компанії та неурядові організації.

Стан енергетичної безпеки ЄС на фоні російської агресії стосовно України

Концепція енергетичної безпеки ЄС упродовж останніх 20 років будувалася на принципах «чотирьох А» – availability, affordability, accesibility and acceptability (наявність, економічна спроможність, доступність, прийнят-

¹ Національні уряди впливають на європейську енергетичну політику через міністрів енергетики у складі відповідної конфігурації Ради ЄС; глави держав, у свою чергу, визначають загальний напрям енергетичної політики на рівні Європейської Ради.

ність) [43]. Європейські держави позбавлені значних запасів природних ресурсів, а тому вимушені імпортувати вугілля, нафту та газ з інших держав. За даними Євростату за 2021 р., загальний ринок Євросоюзу сягає 14,5 трлн євро, що робить його другим за розміром у світі [44]; він потребує значних обсягів енергоресурсів, насамперед нафти і газу. Єдиним дослідженим нафтогазозосним регіоном є Північне море, яке знаходиться у виключній економічній зоні Великої Британії та Норвегії. Останні дотримуються протекціоністської політики в питаннях обсягів експорту нафти і газу до ЄС.

Альтернативними шляхами постачання нафти і газу є побудовані ще Радянським Союзом у 1960-ті рр. магістральні нафто- та газогони «Дружба» для доставляння нафти і газу в країни, що входили до Ради економічної взаємодопомоги (Польща, НДР, Угорщина, Чехословаччина). Після розпаду СРСР Німеччина та Італія почали налагоджувати співпрацю з російською федерацією щодо поставок газу та нафти. З цією метою російською стороною були додатково побудовані трубопроводи «Ямал-Європа», «Північний потік-1, 2» і «Турецький потік». Як наслідок, роль росії на енергетичному ринку ЄС постійно зростала. Станом на 2020 р. майже третина (29 %) імпорту нафтопродуктів ЄС становила російська нафта, тоді як імпорт із США – 9 %, Норвегії – 8 %, Саудівської Аравії та Великої Британії – по 7 % [45]. Отже, ЄС не дотримувався вимоги щодо диверсифікації власного нафтогазового ринку, що робило його вразливим та доступним для цінових маніпуляцій із боку учасників ринку.

Від початку російської агресії проти України питання закупівлі нафти в росії набуло насамперед морального сенсу, адже подальша паливна співпраця означала б підтримку та фінансування агресії проти України. ЄС досяг єдності в тому, що держава, яка розв'язала війну і має занадто великий вплив на ринок, повинна бути суттєво обмежена в участі в торгівлі.

Відмова від російських енергоносіїв, а також ціновий шантаж з боку москви спричинили гостру енергетичну кризу в ЄС. Як наслідок, ЄС змушений був шукати нових постачальників, налаштовуючи нові шляхи поставки енергоресурсів¹, а також розширити перелік антиросійських

¹ Так, скраплений природний газ насамперед із США і Катару під час кризи став ключовим джерелом постачання, на його частку припадає 32 % від загального чистого імпорту газу ЄС. Забезпечення доступу всіх держав-членів ЄС до ринків зрідженого газу є ключовим завданням Стратегії енергетичного союзу. Скраплений природний газ може сприяти підвищенню енергетичної безпеки в ЄС. Сьогодні країни Європи, які мають доступ до терміналів із приймання скрапленого природного газу та ринків зрідженого газу, більш стійкі до можливих перебоїв у постачанні, ніж країни, що залежать від одного постачальника газу. Наприкінці березня 2022 р. ЄС та США ухвалили спільну декларацію про збільшення торгівлі скрапленим природним газом.

санкцій. Так, ЄС упроваджує пакети санкцій в енергетичній сфері, серед яких слід виокремити граничну ціну на купівлю російського барелю нафти, банківські санкції, заборону громадянам РФ та російським компаніям брати участь у діяльності критичної інфраструктури ЄС [46]. Другого вересня 2022 р. голова Єврокомісії, Урсула фон дер Ляєн, висловила з приводу маніпуляцій Росії на нафтогазовому ринку: «Ми зіткнулися з надзвичайною ситуацією не лише тому, що Росія є ненадійним постачальником <...> а й тому, що Росія активно маніпулює газовим ринком <...> І ми за останні півроку, під час цієї війни, дуже сильно підвищили нашу готовність і послабили хватку, яку Росія тримала на нашій економіці й на нашому континенті» [47].

Вважаємо, що до перерахованих вище принципів енергетичної безпеки («чотирьох А») сьогодні слід додати ще одну літеру «А» – політична доцільність (*political advisability*). Розвиток подій протягом 2022–2023 рр. продемонстрував, до яких небезпечних наслідків призводить ситуація, коли один недобросовісний учасник енергетичного ринку домогся панівного становища і завдяки цьому фінансує міждержавні конфлікти. Такі суб'єкти мають бути відлучені від цивілізованого енергетичного ринку, як це було зроблено свого часу з Іраном, Венесуелою та Північною Кореєю.

Для того, щоб оцінити сучасний стан енергетичного ринку ЄС, потрібно звернутися до аналізу статистичних даних стосовно імпорту енергоносіїв, а також рівня енергетичної залежності європейських країн від російських нафти та газу.

За даними Євростату за 2020 р., 10 країн Європи мали російську частку понад 75 % в імпорті природного газу, з них сім – країни ЄС (Чехія, Словаччина, Естонія, Латвія, Фінляндія, Болгарія, Угорщина) [48]. У галузі імпорту нафти та нафтопродуктів три країни мають більш ніж 75 % російської нафти на ринку – це Словаччина, Литва та Фінляндія) [49]. Дані щодо імпорту енергоносіїв з російської федерації в Європу 2021 р. наведено на рис. 1 [50].

Оскільки ЄС ухвалив рішення стосовно виділення найближчими роками понад 21 млрд євро на водень (із механізму «Важливі проекти, що становлять загальноєвропейський інтерес» і Фонду відновлення та забезпечення стійкості), європейські виробники електролізерів узяли на себе зобов'язання збільшити свої потужності з виробництва електролізерів у десять разів до 2025 р.

Також слід указати на диверсифікацію маршрутів постачання газу до ЄС. Південний газовий коридор забезпечує трубопровідну інфраструктуру, яка доставляє газ до ЄС із Каспійського басейну. ЄС також займається створенням середземноморського газового вузла, що також допоможе диверсифікувати постачальників енергоносіїв та маршрути. ЄС веде активний енергетичний діалог із країнами з Північної Африки та Східного Середземномор'я.

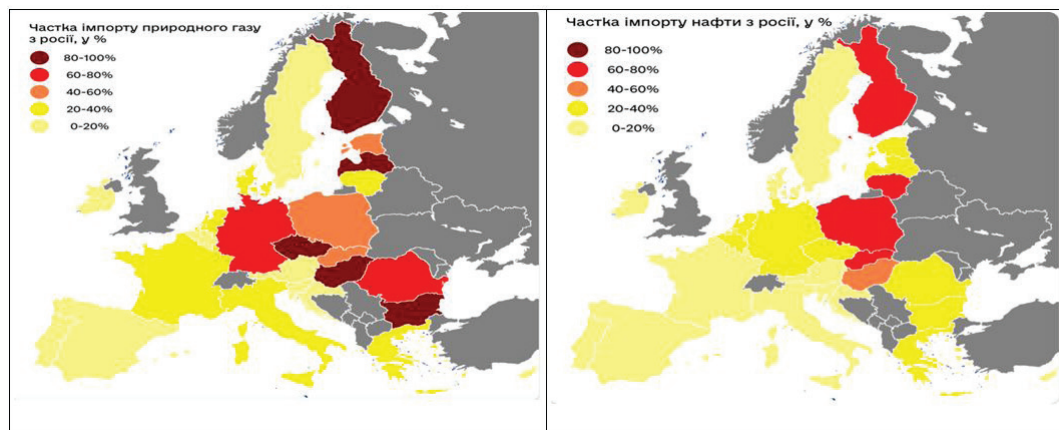


Рис. 1. Картограма імпорту енергоносіїв з російської федерації за 2021 р.

Відповідно до цих даних російський природний газ напередодні російської агресії домінував на європейському ринку, причому в окремих країнах частка імпорту сягала майже 100 % (Фінляндія, Чехія, Угорщина, Латвія). Найбільшим покупцем газу в ЄС була Німеччина, яка споживала 10,716 млн т у 2021 р. [51]; 66 % спожитого газу було закуплено з російської федерації. Така ситуація пояснюється наявністю спільної енергетичної інфраструктури – через територію колишніх постсоціалістичних країн (Польща, Словаччина, Румунія, Болгарія) ще з радянських часів прокладено магістральні газопроводи, а на території Німеччини і Болгарії було прокладено додатково нові трубопроводи. Як наслідок, споживання російських газу і нафти було економічно вигідним. Країни Західної Європи традиційно імпортують природний газ із країн Перської затоки (Греція, Кіпр), Північної Африки (Італія, Франція, Іспанія, Португалія), Норвегії та Великої Британії (Ірландія, Бельгія, Нідерланди).

У випадку з нафтою ситуація дещо відрізняється. Головними покупцями в 2021 р. були Литва (1,662 млн т), Польща (211 млн т), Словаччина (3,165 млн т) та Фінляндія (140 млн т). В інших країнах частка імпорту російських нафтопродуктів не перевищувала 50 %.

З початку російсько-української війни частка російських енергоресурсів на енергетичному ринку ЄС (див.: рис. 2) різко скоротилася між першим і другим кварталом 2022 р.; тенденція до зниження продовжилася і далі: загальна частка Росії в енергетичному імпорті ЄС скоротилася між першим і третім кварталом 2022 р. – з 25,5 % до 15,1 % [52]. Ця тенденція, очевидно, буде продовжуватись і в 2023 р. у зв'язку із запровадженням нових пакетів санкцій.

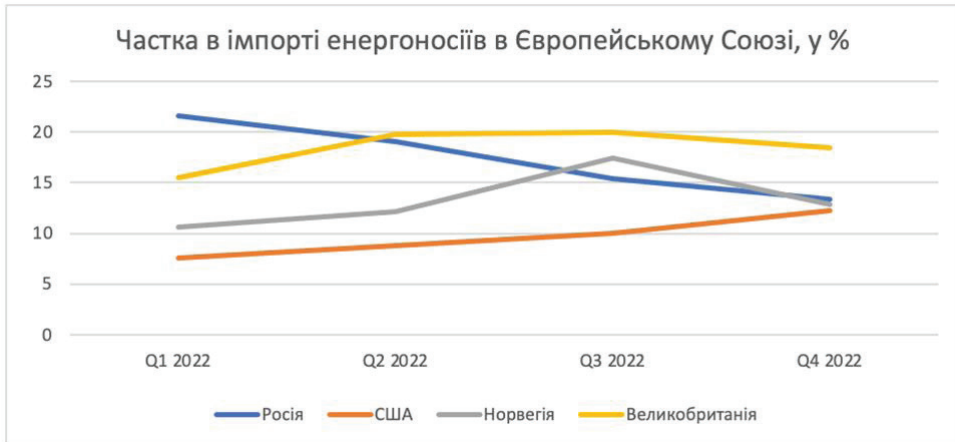


Рис. 2. Скорочення частки російських енергоресурсів на енергетичному ринку ЄС у 2022 р.

Стосовно генерації електроенергії слід зазначити, що загальна кількість виробленої електроенергії ЄС у 2020 р. сягнула 2 644 терават на годину (TWh), тобто на 4 % менше ніж минулого року. Рівень електрогенерації в ЄС знизився на 6 % порівняно з досягнутим піком у 2008 р., коли загальна видача енергії сягала 2 884 TWh. 41,3 % електроенергії вироблено з корисних копалин – кам'яне вугілля, горючі сланці, газ тощо; 24,3 % – згенеровано ядерною енергетикою; 34,2 % електроенергії вироблено з альтернативних джерел енергії – вітрова, сонячна, гідроенергетика, геотермальна енергетика тощо [53].

Зниження рівня виробництва електроенергії пояснюється намаганням ЄС реалізувати стратегію нульового викиду вуглецю в атмосферу, оскільки енергетика є одним з основних джерел накопичення парникових газів. Стратегія ЄС «The Green Deal» покликана перетворити Європу на перший «зелений» континент. Це обумовило відмову від неекологічних та потенційно небезпечних джерел енергетики, таких як теплові, сланцеві, газові, твердопаливні та атомні електростанції. Як наслідок, Німеччина, Естонія, Литва та Чехія вимушені були ліквідувати свої енергетичні потужності в обмін на модернізацію та екологічний перехід на відновлювану енергетику. Але темпи переходу виробництва електроенергії повільніші за рівень зростання використання електрики в країнах ЄС, тому електрика стає менш доступним ресурсом.

Актуальним питанням залишається доля ядерної енергетики в ЄС. Багато центристських і консервативних депутатів Європейського Парламенту

виступають за «ядерний ренесанс». Вони стверджують, що неможливо задовольнити всі енергетичні потреби держав-членів ЄС, покладаючись лише на відновлювані джерела енергії. Інший аргумент полягає в тому, що ядерна енергія дешевша за вітрову та сонячну, а тому її слід розглядати як прийнятний варіант на столі переговорів поряд із відновлюваними джерелами енергії [54].

На думку критиків Стратегії, грошей, гарантованих для «зеленого» переходу, недостатньо. За даними Європейської Комісії, для досягнення енергетичних цілей 2030 р. уся Європа потребує щорічних інвестицій у розмірі 260 млрд євро, що вдвічі перевищує поточні інвестиції в розмірі 100 млрд євро на рік. Фонд «Справедливого переходу» страждає від тієї самої проблеми: хоча 4,8 млрд євро за сім років звучить суттєво, це лише 0,3 % багаторічного бюджету ЄС, або лише 1 % ВВП ЄС.

Енергетична криза в ЄС спонукала до перегляду ставлення до атомної енергії. Нещодавно європейські регулятори запропонували включити ядерну енергетику та природний газ у групу енергоресурсів, що запобігає появі парникових газів, поряд із вітровою, сонячною та іншими видами альтернативної енергетики. Європейський Парламент 06.07.2022 р. проголосував за збереження деяких специфічних видів використання природного газу та ядерної енергії у своїй таксономії сталих джерел енергії [55]. Це не означає, що ядерна енергетика буде вважатись альтернативним джерелом енергії, але може вважатися таким, що допоможе досягнути плану впливу ЄС на клімат до 2050 р.

ЄС вкотре у своїй історії переживає критичний момент. Маючи амбітні цілі стати першим регіоном із нульовими викидами в атмосферу, перед державами-членами постають виклики щодо шляхів їх реалізації. Знадобляться роки, щоб повністю відмовитися від постачання енергоносіїв із російської федерації. Гарною новиною щодо цього є готовність інших країн поставляти енергоресурси в Європу. Так, Азербайджан здійснює поставку газу в Грецію з 2007 р., а з 2011 р. запущений проєкт Південного газового коридору, яким азербайджанський газ буде доставлятися в Італію [56]. Транзит газу з великого родовища Шахданіз-2 через двосторонній коридор, що складається з Трансанатолійського трубопроводу (TANAP) і Трансадриатичного трубопроводу (TAP), до Албанії, Болгарії, Греції та Італії розпочався наприкінці 2020 р. Частка Азербайджану в загальному обсязі імпорту газу до ЄС у 2021 р. становила трохи більше за 2 %, тоді як 45 % надходило з росії. Вісімнадцятого липня 2022 р. Європейська Комісія підписала угоду з урядом Азербайджану щодо подвоєння імпорту природного газу до 2027 р. Цей

договір передбачає транспортування більше ніж 20 млрд м³ газу до Європи з Азербайджану, сприяючи диверсифікації постачання енергоносіїв [57].

Ще одним впливовим гравцем на європейському енергетичному ринку стає Катар. У листопаді 2022 р. Німеччина підписала 15-річний контракт із Катаром на поставку 2 млн т зрідженого газу, будуючи для цього спеціальні газові портові термінали для приймання газу морським шляхом [58].

Слід також вказати на поставки зрідженого газу зі Сполучених Штатів Америки. За даними Міжнародного енергетичного агентства, у липні 2022 р. поставки газу із США вперше перевищили рівень російських [59].

Отже, ЄС активно трансформує і диверсифікує свій енергетичний ринок – центральну складову енергетичної безпеки організації. Будуючи свою політику на принципах доступності, наявності та прийнятності, не слід забувати про забезпечення рівності всіх учасників енергетичного ринку, а також проведення моніторингу діяльності партнерів – постачальників енергоресурсів.

Висновки

Забезпечення енергетичної безпеки є критичним питанням для гарантування економічного суверенітету держави, конкурентоздатності, а отже, розвитку її економіки. Цей висновок стосується й інтеграційних об'єднань, насамперед ЄС. Грамотне формування енергетичної політики, що базується на принципах законності, відкритості, сталого розвитку та доступності, є визначальним пунктом забезпечення добробуту ЄС і його держав-членів.

Тривала співпраця держав-членів ЄС з російською федерацією поставили енергетичний ринок об'єднаної Європи в залежне становище. Продовження закупівлі енергоресурсів у країни-агресора підірвало б зовнішньополітичний імідж ЄС як організації, що заснована на системі цінностей, навколо яких об'єднуються європейські країни з метою побудови демократичної, цивілізованої та безпечної Європи. Тому ЄС проводить політику диверсифікації джерел постачання енергії та постачальників енергоносіїв до ЄС, гарантування енергетичної безпеки на основі принципів солідарності, кооперації і взаємної довіри між державами-членами ЄС.

У сучасному світі енергетична політика тісно переплетена з кліматичною політикою. Якщо ЄС не посяде центральне місце в глобальній кліматичній політиці і не забезпечить безпечне постачання енергетичних ресурсів за доступними цінами, його роль у геополітиці та геоekonomіці опиниться під серйозною загрозою. Держави, які розвивають свою економіку на основі відновлюваних джерел енергії, матимуть значну перевагу над країнами, які долучаться до цього шляху із запізненням або не зроблять цього взагалі [60].

Тому, попри енергетичну кризу, спричинену агресивною зовнішньою політикою росії, ЄС продовжує реалізацію положень Паризької кліматичної угоди, трансформуючи і модернізуючи власні енергетичні потужності та надаючи перевагу альтернативним джерелам енергії. З цією метою ЄС змінює своє ставлення до ядерної енергетики, яка є альтернативою в генерації енергії з мінімальним впливом на навколишнє середовище. Включення атомної енергетики в список «зелених видів» змінить у середньостроковій перспективі статус АЕС в Європі. Це питання також є стратегічним для України, яка генерує більше ніж 50 % електроенергії з атомних електростанцій, і є активним учасником європейського енергетичного ринку, надійним постачальником електроенергії до держав-членів ЄС. Ефективне і безпечно функціонування ядерної енергетики може стати запорукою стабільної роботи енергосистеми України, забезпечення енергетичної безпеки ЄС.

References

- [1] Yakoviyk, I.V., Yefremova, K.V., & Novikov, Y.A. (2022). Energy security in conditions of geopolitical instability. *Law and innovation*, 4(40), 37-44. [https://doi.org/10.37772/2518-1718-2022-4\(40\)-6](https://doi.org/10.37772/2518-1718-2022-4(40)-6).
- [2] Bytyak, Y., Yakovyuk, I., Tragniuk, O., Komarova, T., & Shestopal, S. (2017). The State Sovereignty and Sovereign Rights: The Correlation Problem. *Man in India*, 97(23), 577-588. Retrieved from https://dSPACE.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/13482/1/Bytyak_Yakovyuk_Tragniuk_Komarova_Shestopal_577-588.pdf.
- [3] Matsumoto, K.I., Doumpos, M., & Andriosopoulos, K. (2018). Historical energy security performance in EU countries. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 82, 1737-1748. <https://doi.org/10.1016/j.rser.2017.06.058>.
- [4] Shevchenko, O.A. (2021). Energy security as an integral element of ensuring the economic security of the state in the strategies of the National Security of Ukraine. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University. Series: Law*, 67, 163-168. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.67.32>.
- [5] Sukhodolia, O.M. (Ed.). (2020). *Energy security of Ukraine: methodology of system analysis and strategic planning: analyst. report*. Kyiv: NISD. Retrieved from https://niss.gov.ua/sites/default/files/2020-12/sukhodolia_energy_security_sayt-1.pdf.
- [6] Sukhodolia, O.M. (2019). The problems of defining the scope of energy security regulation. *Strategic priorities*, 1, 5-17.
- [7] Pisani-Ferry, J., Guntram B. Wolff, Shapiro, J., Ribakova, E., & Leonard, M. (2019). *Redefining Europe's economic sovereignty*. Brussels: Bruegel. Retrieved from <https://www.bruegel.org/policy-brief/redefining-europes-economic-sovereignty>.
- [8] Yakoviyk, I.V., & Turenko, A.Yu. (2021). Economic security of Ukraine as a prerequisite for ensuring its sovereignty. *Problems of legality*, 154, 8-36. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238747>.
- [9] Yakoviyk, I.V., Chyzhov, D.A., Karpachova, N.I., Hlushchenko, S.V., & Chaliuk, Y.O. (2020). National security policy in Ukraine: a change in the system of power relations of the modern world. *Revista san gregorio*, 42, 224-235. Retrieved from <https://revista.sangregorio.edu.ec/index.php/REVISTASANGREGORIO/article/view/1555/22-IVAN>.

- [10] Dolata, P. (2017). The end of the energy security paradigm under Obama–Trump and energy security: Revival of an old concept? *Journal of Military and Strategic Studies*, 17(3), 92-106. Retrieved from URL: <https://jmss.org/article/view/58240/pdf>.
- [11] Hakes, J. (2015). *A Declaration of Energy Independence: How Freedom from Foreign Oil Can Improve National Security, Our Economy, and the Environment*. Wiley.
- [12] Huhta, K. (2021). The scope of state sovereignty under article 194(2) TFEU and the evolution of EU competences in the Energy sector. *International and Comparative Law Quarterly*, 70(4), 991-1010. <https://doi.org/10.1017/S0020589321000269>.
- [13] Schelly, C., Bessette, D., Brosemer, K., Gagnon, V., Arola, K.L., Fiss, A., Joshua M. Pearce & Halvorsen, K.E. (2020). Energy policy for energy sovereignty: Can policy tools enhance energy sovereignty? *Solar Energy*, 205, 109-112. Retrieved from <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0038092X20305478>.
- [14] Gökgöz, F., & Güvercin, M.T. (2018). Energy security and renewable energy efficiency in EU. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 96, 226-239. Retrieved from <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1364032118305549>.
- [15] Lear, V. (2016). Energy policy of sustainable development as a vector of Ukraine-EU integration. *Scientific Bulletin of Odesa National Economic University*, 4, 158-176. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nv_2016_4_15.
- [16] Manzhul, I. (2016). Ensuring EU energy security. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*, 17(1/1), 96-101.
- [17] Yakoviyk, I.V., & Tsyppshchuk, K.V. (2021). Energy security of the European Union and its importance for Ukraine. *Legal scientific electronic journal*, 10, 627-629. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-10/163>.
- [18] Mišik, M. (2022). The EU needs to improve its external energy security. *Energy Policy*, 165, 112930.
- [19] Rodriguez-Fernandez, L., Carvajal, A.B.F., & Fernández de Tejada, V. (2022). Improving the concept of energy security in an energy transition environment: Application to the gas sector in the European Union. *The Extractive Industries and Society*, 9, 101045. <https://doi.org/10.1016/j.exis.2022.101045>.
- [20] Žuk, P., & Žuk, P. (2022). National energy security or acceleration of transition? Energy policy after the war in Ukraine. *Joule*, 6(4), 709-712.
- [21] Wołowiec, T., Kolosok, S., Vasylieva, T., Artyukhov, A., Skowron, Ł., Dluhopolskyi, O., & Sergiienko, L. (2022). Sustainable Governance, Energy Security, and Energy Losses of Europe in Turbulent Times. *Energies*, 15(23), 8857. <https://doi.org/10.3390/en15238857>.
- [22] Perevozova, I.V., Hryniv, P.M., Dubovytskyi, I.S., Hrabatyn, A.V., & Lastovets, O.I. (2022). Impact of Russian invasion in Ukraine on EU energy security. *Scientific notes of Lviv University of Business and Law. Series: Business. Series: Law*, 34, 19-29. <http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.7057469>.
- [23] Turchyn, Ya., & Ivasechko, O. (2020). Energy Security of the EU and the Baltic States in the Context of Polyhybression of the Russian Federation's Foreign Policy. *Bulletin of the Lviv Polytechnic National University. Political sciences*, 6(1), 1-6. <https://doi.org/10.23939/shv2020.01.001>.
- [24] *Facts on trade with Russia*. Press release N 010 of 24 February 2022. URL: https://www.destatis.de/EN/Press/2022/02/PE22_N010_51.html.
- [25] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the

- Committee of the Regions. REPowerEU Plan. COM(2022) 230 final. *EUR-Lex.Europa.EU*. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A230%3AFIN>.
- [26] Joint communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. EU external energy engagement in a changing world. JOIN(2022) 23 final. *EUR-Lex.Europa.EU*. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022JC0023>.
- [27] REPowerEU: Joint European action for more affordable, secure and sustainable energy. Retrieved from https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_1511.
- [28] McKeon, R. (1941). *The Basic Works of Aristotle*. New York: RandomHouse.
- [29] Hecht, Eugene. (2019). Understanding energy as a subtle concept: A model for teaching and learning energy. *American Journal of Physics*, 87, 495-503. <https://doi.org/10.1119/1.5109863>.
- [30] Reddy, A.K.N. (2015). Energy and social issues. In *World Energy Assessment: Energy and the Challenge of Sustainability. United Nations Development Programme*, 39-60. Retrieved from <https://web.mit.edu/D-Lab/Readings/energy2.pdf>.
- [31] Hvozdyova, O. (2022, October 24). Exports from Ukraine during the war: how the structure of the supply of Ukrainian products abroad changed. *Economic truth*. Retrieved from <https://www.epravda.com.ua/columns/2022/10/24/692959/>.
- [32] Halushchenko, H. (2022, September 15). Ukraine, Moldova and Romania will cooperate to strengthen the region's energy security. *Government portal*. Retrieved from <https://www.kmu.gov.ua/news/ukraina-moldova-ta-rumuniia-spivpratsiuvatyutudlia-posylennia-enerhetychnoi-bezpeky-rehionu-herman-halushchenko>.
- [33] Autumn 2022 Economic Forecast. *European Commission. Economy and Finance*. Retrieved from https://economy-finance.ec.europa.eu/economic-forecast-and-surveys/economic-forecasts/autumn-2022-economic-forecast-eu-economy-turning-point_en.
- [34] Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, on the other hand. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011/conv#n2176.
- [35] International Energy Agency. Energy Security. Retrieved from <https://www.iea.org/topics/energy-security>.
- [36] Yakoviyk, I.V. (2003). Historical prerequisites and main stages of European integration. *Journal of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 4(35), 82-92.
- [37] Treaty of the Functioning of the European Union. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.
- [38] Mite, Valentinas. (2002, April 03). Lithuania: EU Urges Closure of Ignalina Nuclear Plant. *Radio Free Europe/Radio Liberty*. Retrieved from <https://www.rferl.org/a/1099288.html>.
- [39] Ignalina Nuclear Power Plant Decommission. Located near Ignalina, Lithuania, the Ignalina nuclear power plant originally featured two 4,800MW units. (2019, September 19). *Power Technology*. Retrieved from <https://www.power-technology.com/projects/ignalina-nuclear-power-plant-decommissioning/>.
- [40] Energy Union. New impetus for coordination and integration of energy policies in the EU. *Tracking European Commission priority initiatives in 2015 – Number 1*. (2015, March 5). Retrieved from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/551310/EPRS_BRI\(2015\)551310_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/551310/EPRS_BRI(2015)551310_EN.pdf).

- [41] DIRECTIVE 2009/73/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC. (2009, July 14). *Official Journal of European Union*. Retrieved from https://insat.org.ua/files/nav/law/3/dir_2009_73_uk.pdf.
- [42] Regulation (EC) No. 715/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the natural gas transmission networks and repealing Regulation (EC) No. 1775/2005 (Text with EEA relevance). (2009, July 14). OJ L 211, 36-54. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009R0715>.
- [43] Cherp, A., & Jewell, J. (2014). The concept of energy security: Beyond the four As. *Energy Policy*, 75, 415-421. <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2014.09.005>.
- [44] Facts and figures on the European Union economy. *Principles, countries, history*. Retrieved from https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/key-facts-and-figures/economy_en.
- [45] From where do we import energy? *Eurostat*. Retrieved from <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/energy/bloc-2c.html>.
- [46] Zharikova, A. (2023, February 13). Four banks, in particular, Alfa Bank, will be included in the 10th package of EU sanctions against Russia – Politico. *Economic truth*. Retrieved from <https://www.epravda.com.ua/news/2023/02/13/696983/>
- [47] Statement by President von der Leyen on energy. *European Commission*. Retrieved from https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_5389.
- [48] Natural gas dependency of countries from the country of origin (Russia). *Eurostat*. Retrieved from https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/NRG_IND_IDOGAS/default/table?lang=en&category=nrg.nrg_quant.nrg_quanta.nrg_ind.nrg_ind.
- [49] Oil dependency of countries from the country of origin (Russia). *Eurostat*. Retrieved from https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/NRG_IND_IDOOIL/default/bar?lang=en&category=nrg.nrg_quant.nrg_quanta.nrg_ind.nrg_ind.
- [50] Imports of natural gas 2021. *Eurostat*. Retrieved from https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/energy_trade/entrade.html?geo=PL&year=2021&language=EN&trade=imp&siac=G3000&filter=top5&fuel=gas&unit=TJ_GCV&defaultUnit=TJ_GCV&detail=1&chart=pie.
- [51] Annual consumption of natural gas by services. *Eurostat*. Retrieved from https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/TEN00128/default/table?lang=en&category=nrg.nrg_quant.nrg_quanta.nrg_bal.
- [52] EU27 trade by product group. Petroleum. *Eurostat*. Retrieved from https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/EXT_ST_EU27_2020SITC__custom_4949972/default/table?lang=en.
- [53] Electricity production, consumption and market overview. *Eurostat*. Retrieved from https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Electricity_production_consumption_and_market_overview.
- [54] de Sousa, Bruno. (2022, Janvier 24). Europe's Green Deal: a dream or a goal? *Eyes of Europe*. Retrieved from <https://www.eyes-on-europe.eu/europes-green-deal-a-dream-or-a-goal/>.
- [55] Taxonomy: MEPs do not object to inclusion of gas and nuclear activities. *European Parliament*. Retrieved from <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press->

- room/20220701IPR34365/taxonomy-meps-do-not-object-to-inclusion-of-gas-and-nuclear-activities.
- [56] The Southern Gas Corridor. *The Ministry of Energy of the Azerbaijan*. Retrieved from https://minenergy.gov.az/en/layiheler/cenub-qaz-dehlizi_2196.
- [57] EU agrees deal with Azerbaijan to double gas exports by 2027. *Euronews*. Retrieved from <https://www.euronews.com/my-europe/2022/07/18/von-der-leyen-heads-to-azerbaijan-to-secure-new-gas-import-deal>.
- [58] Germany agrees 15-year liquid gas supply deal with Qatar. *The Guardian*. Retrieved from <https://www.theguardian.com/world/2022/nov/29/germany-agrees-15-year-liquid-gas-supply-deal-with-qatar>.
- [59] Shiraevskaya, A. (2022). US is sending more gas to Europe than Russia. *Bloomberg*. Retrieved from <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-07-01/us-lng-supplies-to-europe-overtake-russian-gas-iea-says>.
- [60] Proedrou, F. (2016). A new framework for EU energy security: putting sustainability first. *European Politics and Society*, 18(2), 1-17. <http://dx.doi.org/10.1080/23745118.2016.1215374>.

Іван Васильович Яковюк

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри права Європейського Союзу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: yakoviyk@ukr.net
ORCID 0000-0002-8070-1645
Scopus Author ID: 57200072341

Максим Павлович Цвеліх

студент міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: tsvelikhwork@gmail.com
ORCID 0000-0002-7693-8535

Ivan V. Yakoviyk

Doctor of Law, Professor, Professor of the European Union Law Department
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: yakoviyk@ukr.net
ORCID 0000-0002-8070-1645
Scopus Author ID: 57200072341

Maksym P. Tselikh

Student of the International Law Faculty
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: tsvelikhwork@gmail.com
ORCID 0000-0002-7693-8535

Рекомендоване цитування: Яковюк І. В., Цвеліх М. П. Енергетична безпека Європейського Союзу в умовах російської агресії проти України. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 170–191. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.274518>.

Suggested Citation: Yakoviyk, I.V., & Tselikh, M.P. (2023). Energy Security of the European Union in the Context of Russian Aggression Against Ukraine. *Problem of Legality*, 160, 170-191. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.274518>.

Статтю подано / Submitted: 26.02.2023

Доопрацьовано / Revised: 09.03.2023

Схвалено до друку / Accepted: 15.03.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Європеїзація правової культури: дослідницький нарис

Вікторія Сергіївна Ломака*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: lomviktoriya@gmail.com

Анотація

Метою статті є визначення змісту правової культури та її ролі в розвитку й модернізації української правової системи і державності на етапі прискорення процесу інтеграції до складу Європейського Союзу, і це обумовлює актуальність дослідження. Наголошено, що поняття «правова культура» є предметом академічних правових досліджень протягом останнього пів століття. Особливу увагу воно привернуло в постмодерному дослідницькому полі, яке більше зацікавлене в подоланні меж позитивістського правового аналізу і значно краще підготовлене до викликів міждисциплінарності. Зазначено, що поняття «правова культура», попри притаманну йому розпливчастість, цінується в академічному середовищі за його здатність розширювати і поглиблювати уявлення про національні й регіональні правові системи та їхні складники, виступати, з одного боку, доказом правової однаковості, а з другого – культурної відмінності, підкреслювати правову самобутність і постулювати правову ідентичність окремих людських спільнот. Сприйняття права в його культурній детермінації виводить дослідників за межі виключно юридичних текстів і робить їх чутливим до різних моделей правового мислення, припущень, поведінки і практик, притаманних певним людським спільнотам. Поняття «правова культура» акцентує увагу на специфічних культурних зв'язках, що лежать в основі певної правової спільноти. Очевидною перевагою виокремлення правокультурної однаковості певної групи є її інтегративні функції: правові системи (субнаціональні, національні, інтеграційні чи міжнародні), в основу яких покладено відмінні правові концепції, правила, інститути та процедури, що можуть бути пов'язані на правокультурному рівні. Наголошено на важливості проведення правокультурного аналізу, що обумовлена не лише визнанням існування різних рівнів правокультурної єдності, а й необхідністю спостереження за правокультурною динамікою, що існує всередині та між різними правовими культурами. Це зумовлено тим, що правову культуру можна конструювати, деконструювати і реконструювати, вона має значний потенціал для еволюції. Кордони правової культури зазвичай є відкритими для змін (справедливість цього висновку доводить процес європеїзації), хоча цей процес відбувається нешвидко і його важко визнати легко контрольованим. Правові традиції як стрижень національних правових культур після Другої світової війни зазнають суттєвих змін під впливом процесів модернізації, індустріалізації, глобалізації та регіональної інтеграції. Успіх європейської правової інтеграції і процесу європейського об'єднання в цілому зале-

життя не лише від штучного, «від верху до низу», гармонізованого або уніфікованого законодавства, а й від успішності процесу формування загальноєвропейської правової культури внаслідок європеїзації 27 національних правових культур і, зокрема, національних професійних правових культур. Зроблено висновок, що для того, щоб був сформований значущий і дійсно єдиний європейський правопорядок, в його основу має бути покладена європейська правова культура. Ефективна правова європеїзація безпосередньо залежить, по-перше, від формування і сприйняття суспільствами усіх 27 держав-членів системи спільних цінностей, принципів, ідей, ідеалів, моделей правової аргументації, доктрин, теорій, концепцій, поведінки та практики; по-друге, від повного дотримання принципів права ЄС і прямого застосування права ЄС у правових системах держав-членів, шляхом узгодження національного законодавства з положеннями законодавства Європейського Союзу, а також шляхом формальної судової гармонізації. Ефективне та однакове застосування права ЄС безпосередньо обумовлене формуванням європейської судової культури.

Ключові слова: правова культура; право; правова система; європеїзація; європейська інтеграція; право ЄС; Європейський Союз; Україна.

Europeanization of Legal Culture: an Exploratory Essay

Victoria S. Lomaka*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: lomviktoriya@gmail.com

Abstract

The concept of "legal culture" has been the subject of academic legal research over the past half century. It has attracted special attention in the postmodern research field, which is more interested in overcoming the limits of positivist legal analysis and is much better prepared for the challenges of interdisciplinarity. The concept of "legal culture", despite its inherent vagueness, is valued in the academic environment for its ability to broaden and deepen the understanding of national and regional legal systems and their components, to act, on the one hand, as evidence of legal uniformity and, on the other hand, of cultural difference, to emphasize legal identity and postulate the legal identity of individual human communities. The perception of law in its cultural determination takes researchers beyond the scope of exclusively legal texts and makes them sensitive to different models of legal thinking, assumptions, behavior and practices inherent in certain human communities. The concept of "legal culture" emphasizes the specific cultural ties that underlie a particular legal community. The obvious advantage of highlighting the legal and cultural uniformity of a certain group is its integrative functions: legal systems (subnational, national, integration or international) based on different legal concepts, rules, institutions and procedures can be linked at the legal and cultural level. The importance of legal and cultural analysis stems not only from the recognition of the existence of different levels of legal and cultural unity, but also from the need to observe the legal and cultural dynamics that exist within and between different legal cultures. This is due to the fact that

legal culture can be constructed, deconstructed and reconstructed, and has a significant potential for evolution. The borders of legal culture are usually open to change (the process of Europeanization proves the validity of this conclusion), although this process is not fast and difficult to recognize as easily controlled. Legal traditions, as the core of national legal cultures, have undergone significant changes since the Second World War under the influence of modernization, industrialization, globalization and regional integration. The success of European legal integration and the process of European unification as a whole depends not only on artificial, top-down, harmonized or unified legislation, but also on the success of the process of forming a common European legal culture as a result of the Europeanization of 27 national legal cultures and, in particular, national professional legal cultures. In order for a meaningful and truly unified European legal order to be formed, it must be based on a European legal culture. Effective legal Europeanization directly depends, first, on the formation and perception by the societies of all 27 Member States of a system of common values, principles, ideas, ideals, models of legal argumentation, doctrines, theories, concepts, behavior and practice; second, on full compliance with the principles of EU law and direct application of EU law in the legal systems of the Member States, through the harmonization of national legislation with the provisions of EU law, as well as through formal judicial harmonization. Effective and equal application of EU law is directly conditioned by the formation of European judicial culture.

Keywords: legal culture; law; legal system; Europeanization; European integration; EU law; European Union; Ukraine.

Вступ

Питання формування та розвитку правової культури тривалий час перебуває в центрі наукових досліджень та інтересів як практиків, так і науковців-теоретиків у різних галузях знань. Це пов'язано, зокрема, з тим, що політична і правова культура є «попередніми» в онтологічному сенсі, а тому суттєво впливають на формування певних інституційних механізмів як на рівні держави, так і інтеграційного об'єднання (хоча в дослідженнях Європейського Союзу цьому приділяється менше уваги) та іноді надають їм сенсу [1, с. 678].

Розбудова Української держави і права перебуває в діалектичній єдності з розвитком правової культури суспільства. На етапі модернізації української державності та права, їх інтеграції в сім'ю європейських цивілізованих націй надзвичайно важливого значення набуло оновлення саме правової культури суспільства, її вивільнення від впливу російської правової культури, яка сприйняла і розвинула багато що з радянських недемократичних доктрин, концепцій і підходів, а також ідеології «русского миру»¹.

¹ Імперську за своєю сутністю російську державну традицію слід розглядати в нерозривному зв'язку з російським правовим мисленням; укоріненим позитивістським підходом до права, який демонструє здатність зберігатися і відновлюватися у правовій свідомості суспільства навіть після того, як на початку 1990-х рр. у державі та суспільстві начебто відбулися революційні

Демократія в її західному (класичному) розумінні потребує відходу від формалістського, цілковито позитивістського розуміння верховенства права та заміни його на таке, що включало б, зокрема, джерело і процедуру здійснення влади, авторство правових норм і процедур як невід'ємні компоненти розуміння верховенства права. Правовий режим, який не підтверджений демократичною практикою і не поважає права людини, не може вважатися проявом верховенства права [1, с. 680–681].

Огляд літератури

Проблематика правової культури посідала важливе місце в наукових пошуках радянських правників. Однак радянська, як свого часу і німецька, юридична наука опинилася за «товстими стінами самодостатності» у стані певної ізоляції, а її правова думка заблукала в «сухому позитивізмі», який заплющував очі на юридичний світ за межами своїх національних та ідеологічних кордонів [2].

Від часу здобуття Україною незалежності вітчизняні правознавці (В. Бабкін, О. Ганзенко, О. Зайчук, Є. Назаренко, Н. Оніщенко, О. Петришин, В. Тацій, Ю. Шемшученко та ін.) активно розробляли проблему модернізації правової системи, важливе місце в якій відводилося правовій культурі та правовій доктрині. Сформульовані ними теоретичні положення і висновки стали основою для подальших наукових пошуків Ю. Битяка, Л. Вовк, О. Макарова, А. Овчиннікової, В. Тернавської, Р. Шай, І. Яковюка та ін.

Надзвичайно позитивною щодо цього є діяльність Президії Національної академії правових наук України, за ініціативою якої у 2008 р. було опубліковано п'ятитомне видання «Правова система України: історія, стан та перспективи»¹, а в 2013 р. – «Правова доктрина України»² (видано також англійські версії цих фундаментальних наукових праць).

Прискорення процесу європейської інтеграції, що дає поштовх європейзації політичного і правотворчого процесів в Україні³, а також розв'язана росією війна обумовлюють потребу у звільненні вітчизняної юридичної науки від впливу доктринальних підходів країни-агресора при розкритті змісту

перетворення. На це вказує стрімке відродження у російського політичного класу і суспільства в цілому імперських, тоталітарних та мілітаристських амбіцій, становлення нацистської ідеології (рашизм), практичне втілення якої набуло свого вияву в агресії росії щодо України, геноциді української нації.

¹ Авторський колектив видання налічував 112 науковців, серед яких 88 докторів наук, професорів.

² До авторського колективу видання увійшло 174 науковці з усіх провідних наукових закладів вищої освіти України.

³ Слід зазначити, що правова культура стала предметом обговорення у правових дискусіях протягом останніх двадцяти років також через європеїзацію приватного права.

і сутності базових юридичних явищ і процесів, її подальшого розвитку в фавораті європейських доктринальних підходів¹. Це засвідчує актуальність і практичну спрямованість подальших наукових розробок проблематики правової системи, правової культури і правової доктрини українського суспільства.

Матеріали та методи

Попри те, що правовій культурі присвячено чимало монографічних досліджень, наукових статей, ця проблематика привертає увагу дедалі нових поколінь дослідників. Політична і правова культура, як і культура в цілому, ніколи не буває статичною: вона може не тільки інформувати конкретні інституційні механізми, впливати на їх розвиток, але й, у свою чергу, сама інформується, формується і модифікується цими механізмами в безперервному циклі взаємодії [1, с. 678–679]. Таке бачення підходу до оновлення наукового знання відповідає позиції Постійного комітету з гуманітарних наук (SCH), який висловлює віру в постійний перегляд і оновлення ідей та підходів², що є візитною карткою того набору дисциплін, які становлять європейську гуманітарну науку. На це вказує ухвалення в 2007 р. SCH «A Manifesto for the Humanities in Europe», девізом якого є «In varietate concordia» [5].

З моменту появи терміна «правова культура» (L. M. Friedman, 1975) дискусії точаться з приводу: різних значень цього терміна; визначення кола суб'єктів, до яких доречно його застосовувати; контексту, в якому доцільно його вживати; визначення чинників, під впливом яких правова культура зазнає змін; взаємодії між національною державою та її правом, з одного боку, та імперативами глобалізації – з іншого; формування правової культури інтеграційних міждержавних об'єднань, насамперед Європейського Союзу, та її співвідношення з правовою культурою держав-членів³.

¹ Потрібно пам'ятати, що юридична доктрина у традиції континентального права формує бачення майбутніх правознавців та юристів-практиків стосовно правильного розуміння відповідних правових інститутів, транслює та вкорінює у професійній свідомості норми професійної правової культури [3, с. 384].

² В іншому випадку ми матимемо культурну стагнацію. Таке явище спостерігається в суспільстві, в якому процес означування повністю автоматизований і немає місця для нових значень; отже, зменшується здатність суб'єкта відображати або вибірково реагувати на нескінченне розмаїття інформації в навколишньому середовищі [4].

³ Слід зважати на те, що підтримка культурного розмаїття, включаючи розмаїття правових культур, є надзвичайно важливою для забезпечення життєздатності Європейського Союзу. Невипадково девізом Європейського Союзу став вислів «In varietate concordia». Цей девіз переміг на конкурсі, проведеному в 1999–2000 рр. серед європейських школярів. У 2000 р. він не був визнаний Європейською радою як офіційне гасло Європейського С. Проект Договору про Конституцію для Європи у статтях 1–8 згадував це гасло серед офіційних символів Союзу. Починаючи з 2005 р. це гасло використовують на Дні Європи. У Декларації № 52 до Лісабонського договору 16 держав-членів підтвердили визнання символів ЄС, зазначивши, що прапор, гімн,

Серед дослідників також існують розбіжності в поглядах щодо питання, чи справді правова культура є більш корисним терміном порівняно з таким усталеним поняттям, «як правова ідеологія» [6]. Іноді термін «правова культура» розглядається також як синонім правової сім'ї [7] або правової традиції [8], або ним позначають внутрішню логіку розвитку національної чи регіональної (наприклад, правопорядку ЄС) правових систем [9; 10]. На думку Husa Jaakko, використовуючи поняття «правова культура», окремі автори прагнуть вийти за межу простого «law in books» і помістити право в більш широкий соціокультурний контекст [8, с. 5–6].

R. Cotterrell вважає, що поняття «правова культура» марне у порівняльно-правовій соціології, а тому може бути замінене поняттям «правова ідеологія» [11]. Д. Вовк, у свою чергу, зазначає, що правова традиція посідає центральне місце у характеристиці права як цивілізаційного явища і складової культури певного соціуму. Він указує на складність теоретичного визначення правової традиції як правого феномену, велику абстрактність, схематичність і навіть її метафоричність [12]. На думку С. С. Павлова, правова традиція є невід'ємним елементом правової культури, який існує в межах конкретної національної правової культури [13, с. 5, 9]. За такого підходу до співвідношення цих двох категорій стає зрозумілим, що правова традиція за змістом не еквівалентна правовій культурі, а отже, це не взаємозамінні поняття.

Правову культуру в найбільш загальному розумінні можна розглядати як один зі способів опису відносно стійких зразків правової поведінки і відносин у суспільстві. Елементи, що утворюють структуру правової культури, доволі різні й варіюються від: фактів про кількість ув'язнених осіб у суспільстві; визначення ролі суддів і адвокатів у його житті¹; характеру юридичної освіти; механізму відбору і призначення суддів, суб'єктів і форм контролю за їх діяльністю; характеру судових процесів; ролі арбітражу і посередництва як альтернативи судового розгляду і до правових ідей, концепцій, доктрин, цінностей, менталітету.

Як і культура в цілому, правова культура, підкреслює D. Nelken, відповідає на запитання, хто ми є, а не тільки про те, що ми робимо [15, с. 1]. Сьогодні,

девіз («Об'єднані в різноманітності»), євро та День Європи залишаються для них символами для вираження відчуття спільності людей в Європейському Союзі та їхньої відданості йому. В інтерпретації Європейської комісії це гасло означає, що європейці єдині у спільній праці на користь миру й добробуту, і що багато різноманітних культур, традицій і мов Європи є позитивним чинником для цього континенту.

¹ L. M. Friedman зазначав, що юристи та судді в багатьох суспільствах становлять елітарну та впливову групу. Їхня правова культура справляє суттєвий вплив на правову культуру суспільства. Але не менш значущою в демократичних країнах є правова культура бізнес-спільноти, особливо порівняно (скажімо) з правовою культурою бомжів чи малолітніх дітей [14].

на етапі остаточного звільнення України від впливу догм «руського миру»¹, важливо досліджувати еволюцію української правової культури епохи незалежності з метою визначення й усунення помилок у політиці правового виховання, боротьби з правовим нігілізмом та іншими проявами деформації правової свідомості, а також її європеїзації задля сприяння адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Європейського Союзу.

Метою статті є визначення змісту правової культури та її ролі у розвитку й модернізації української правової системи і державності на етапі прискорення процесу інтеграції до складу Європейського Союзу.

Результати та обговорення

Науково-термінологічні підходи до визначення правової культури

Дослідження феномену правової культури слід розпочинати з визначення науково-термінологічних підходів до його розуміння і тлумачення. Культура – це багатоаспектне явище і відповідно поняття, якому важко дати універсальне визначення. Це завдання ставлять собі філософи, юристи, соціологи, антропологи, історики і лінгвісти, однак, попри тривалі наукові пошуки в академічному середовищі досі не вироблено універсального підходу до розуміння феномену культури, як і не сформульовано загальноприйнятого його визначення [17]. З цього приводу Е. М. de Carvalho зазначає, що у випадку з дослідженням культури складається враження, що тобі видали джокера з колоди карт, і так само, як і джокер, термін «культура» завжди змінює своє значення відповідно до його поєднання з іншими словами в тій самій «руці». Таке слово, як «культура», має властивість застосовуватися в різних контекстах і обставинах [4].

Культура – це, безумовно, соціальне явище, яке формують люди своєю творчою діяльністю. Культура також є історичним явищем, соціально-історичним осадом. Кожне покоління успадковує самобутню культуру і водночас постійно вдосконалює та оновлює її, роблячи внесок у її розвиток [17]. Шляхом поєднання «культури» і «права» в одному понятті прибічники цього терміна прагнуть довести, що після тривалої й повільної емансипації права від культури його запровадження покликане підкреслити, що культура все ще зберігає регулятивне значення в рамках права [18]. При цьому, додає R. Cotterrell, культура видається свого роду лінзою, через яку слід сприймати всі аспекти права [19].

¹ Боротьба путінського режиму з українською культурою і мовою обумовлена тим, що, як зазначає Б. Успенський, «немає мови (у найширшому значенні цього слова), не зануреної в культурний контекст, і культури, яка не має у своєму центрі такої структури, як свого роду структура своєї власної мови». Знищення української мови призвело б з часом і до зникнення української культури, а отже, і самоідентифікації українців [16].

Досліджуючи феномен правової культури, важко не дійти висновку, що цим терміном охоплюються багато різних ідей, зміст яких не завжди чітко розмежований, оскільки вживається в різних контекстах. На абстрактність цього терміна вказував і його засновник L. M. Friedman, який згодом навіть зазначав, що якби він почав усе спочатку, то не вживав би його [20]. Але попри всю його абстрактність, відмовитися від нього не готові навіть його критики.

Правова культура та її вплив на розвиток правової системи

Категорія «правова культура» є однією з визначальних характеристик правової системи держави, яка відображає якість правового життя суспільства. Вона залежить від досягнутого рівня розвитку конкретної правової системи, тобто визначається ступенем сприйняття і втілення в суспільстві принципів непорушності основних прав і свобод людини, верховенства права і незалежності суду; станом і рівнем правової свідомості; розвитком юридичної науки і освіти, їхньою інтегрованістю в міжнародний, зокрема європейський, науковий і освітній простір; досконалістю системи права; ефективністю правоохоронної діяльності тощо. Саме зв'язок правової культури з правом, правотворчістю, правосуддям, застосуванням норм права, а також правовим вихованням відрізняє її від інших форм культури [21].

L. F. Del Duca та A. A. Levasseur зазначають, що правова культура, наприклад, відіграє надзвичайно важливу роль у правових трансплантаціях у критичні періоди еволюції правової системи США: в колоніальну і післяреволюційну епохи XVII і XVIII ст., за якими відбувалися становлення і розвиток національного ринку в XIX і XX ст., у повоєнний період та еру глобалізації [22].

Не менш важливою є роль правової культури в процесі запозичення законів і правових інститутів іншої країни, що використовується як засіб прискореної модернізації відповідної національної правової системи. Річ у тім, що в сучасному світі юридичні запозичення продовжують збільшуватися в міру інтернаціоналізації, глобалізації та регіональної інтеграції: правові норми і процедури витягуються з одного контексту, переносяться і впроваджуються в інший контекст або мігрують через іноді нестійкі кордони [23, с. 29].

Питання передачі правових норм та інститутів були предметом досліджень компаративістів з моменту перших зборів Société de Législation Comparée у 1900 р. D. Zartner зазначає, що відповідно до теорії Frankenberg перенесення, наприклад, конституційних положень та ідей відбувається не безпосередньо з однієї правової системи в іншу, а опосередковано, через «глобальну конституцію»¹ (не справжня конституція, а своєрідний «супермаркет, де

¹ Питання про те, чи є глобальне сховище правових ідей дійсно глобальним, залишається дискусійним, оскільки емпірично доведено односторонній процес передачі із Півночі на Південь.

стандартизовані конституційні елементи... зберігаються і доступні... для купівлі та повторного складання розробниками конституції по всьому світу»). Цей процес перенесення передбачає спочатку деконтекстуалізацію конституційних елементів перед їхнім розміщенням у глобальному резервуарі (процес «глобалізації»), а вже потім їхню реконтекстуалізацію під час імпорту до конкретної правової системи відповідно до індивідуальних національних умов і потреб. Їх фактична реалізація та використання визначаються різними внутрішніми суб'єктами, установами та культурами [24].

Трансплантація¹ зарубіжних законів або правових інститутів не відбувається у правовому культурному вакуумі². Труднощі трансплантації очевидні, коли запозичення відбувається у формі оптового поглинання, але навіть вибіркоче запозичення стикається з певними перешкодами. Особливі складнощі для трансплантації становить принцип верховенства права [27], оскільки його зміст багатогранний і може розумітися по-різному в різних національних та інтеграційних правових культурах. Зрештою правова трансплантація завжди спричиняє певне розбалансування (короткострокове чи відносно тривале) правової культури країни, що приймає [25, с. 129, 134–135].

Якщо А. Watson вважав, що процес правової трансплантації є керованим і передбачуваним, то G. Teubner заперечував це, наголошуючи, що під час перенесення чогось з однієї національної правової культури в іншу відбувається щось, але не повністю те, що очікувалося; правовий матеріал не переїдає в інший організм, а діє як фундаментальне подразнення, що запускає низку нових і часто несподіваних подій і процесів. За трансплантацією йде еволюційна правова динаміка, наслідки якої дуже важко, якщо взагалі можливо, повністю передбачити [25; 28].

Т. А. О. Endicott звертає увагу на роль правової культури у ситуації, коли закон не містить відповіді на питання, як діяти у випадку виникнення про-

Правові ідеї, інститути, практики і процедури, що підлягають передачі, переважно формуються в рамках ліберальних конституційних порядків, поширених у Європі та Північній Америці.

¹ Термін «правова трансплантація» був уведений у науковий обіг Alan Watson у 1974 р. і викликав неоднозначне сприйняття. Попри критику, активно вживається в юридичній науці. У вихідній теорії правових трансплантатів питання стояло про прийняття центральної ідеї, а не обов'язково про дослівне копіювання. Так, право США справило значний вплив на європейські системи у правових галузях, пов'язаних з комерційною діяльністю з середини ХХ ст. (наприклад, лізинг, факторинг і франчайзинг) [25; 26].

² Jaakko Husa з цього приводу звертає увагу на те, що, наприклад, трансплантація між загальним правом і цивільним правом або між релігійним правом і світським правом є складнішою, ніж трансплантація між системами, що належать до схожого типу правової культури. Правові системи створені в минулому, що обмежує діапазон реалістичних варіантів трансплантації нинішніх правових реформ. Залежність від шляху має наслідки, навіть якщо минулі обставини більше не мають значення [25].

галин у праві. У цьому разі судді мають скористатися правом, як і в тих випадках, коли закон апелює до моральних міркувань [29].

Правова культура інтеграційних об'єднань

Потрібно наголосити, що часте вживання терміна «правова культура» без точного визначення та стосовно дуже різних питань породжує певну розпливчастість його змісту, ставить під сумнів пояснювальну його цінність [30, с. 6]. Слід погодитися з висновком I. Wallerstein, на думку якого, культуру (це висновок поширюється і на правову культуру. – *В. Л.*) можна розглядати як сукупність характеристик, що відрізняють одну групу від іншої, і як специфічну сукупність явищ, що відрізняються від іншої сукупності явищ усередині якоїсь групи. Культура – це те, що поділяє група, і, природно, те, що не поділяється (або не повністю поділяється) за межами такої групи [31, с. 42; 32].

Стосовно правової культури інтеграційного міждержавного об'єднання, зокрема Європейського Союзу, це правило також діє у разі його порівняння з іншими інтеграційними об'єднаннями, але є більш складним, оскільки передбачає водночас порівняння правової культури ЄС із правовою культурою держав-членів¹, що розрізняються між собою, інколи – доволі суттєво.

Так, Паризький договір із його явним посиланням на наднаціональність став безпрецедентним кроком на шляху легалізації транснаціонального правового режиму, що значно перевершував не менш новаторський правовий режим, передбачений Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (1950). Політичний проєкт європейської інтеграції в рамках Паризького і Римських договорів мав бути втілений через економічну програму, реалізовану через принцип верховенства права. При цьому Європейські співтовариства спиралися на інститути управління, транснаціональну адміністрацію, судовий розгляд і правозастосування. Протягом 1960–1970-х рр. із мовчазної згоди держав-членів Суд Європейських співтовариств (далі – Суд ЄС) набув провідної ролі в правопорядку об'єднання, справляючи вплив на розвиток правових систем держав-членів ЄС. Це дозволило Суду та праву Співтовариств, яке він застосовував, відігравати визначальну роль у поглибленні європейської інтеграції навіть під час політичної стагнації (криза «порожнього крісла», а також у період після відставки Європейської комісії на чолі з Ж. Сантером): Суд утручався і компенсував відсутність політичної волі на рівні ЄС і держав-членів своєю конституціоналізованою юриспруденцією, фактично рятуючи інтеграційний проєкт [33].

¹ Таке зіставлення є особливо актуальним щодо Польщі й Угорщини, правова культура яких, зокрема з питання дотримання принципу верховенства права і незалежності суду, не відповідає правовій культурі Європейського Союзу.

Ставка на закон і правові інституції для досягнення політичного та економічного прогресу інтеграції була не лише сміливим, а й розумним кроком. Транснаціональна законність дисциплінує держави-члени та забезпечує стабільність і безперервність будь-якого *acquis*. Завдяки запровадженню Судом ЄС принципу прямої дії¹ транснаціональна законність отримала можливість задіяти окремих осіб, маючи свої особисті інтереси, як могутнього агента дотримання державами-членами своїх договірних зобов'язань. При цьому, як зазначає J. H. N. Weiler, у рамках Європейського Союзу, на відміну від правових систем держав-членів, було фактично використано принцип верховенства права старої школи: формалістського, самореферентного і самолегітимізованого [1, с. 688–689].

Ситуацію було виправлено завдяки тому, що починаючи з 1969 р. Суд ЄС проголосив неприйнятними ті європейські норми, які не поважають загальні конституційні традиції держав-членів, що закріплені в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950). Засоби правового захисту прав людини в Європейському Союзі сьогодні – це набір юридичних підходів, пов'язаних з усуненням причин і наслідків порушень прав людини. При цьому можна стверджувати, що, з одного боку, на тлі існування значної кількості доволі специфічних національних правових культур, а з іншого – спільних очікувань від наднаціональних інституцій з огляду на регіональний контекст, у Європейському Союзі сформувалася правова ідентичність Суду, який поступово формулює свою належну роль у побудові культури поваги до прав людини в об'єднаній Європі, наголошуючи на пояснювальній силі ідей щодо ролі наднаціональних інституцій у цій сфері.

Європеїзація як рушійна сила модернізації національних правових систем

Сучасна правова культура більшості європейських держав (як держав-членів ЄС, так і країн-кандидатів і навіть держав-сусідів ЄС) відчуває в цілому потужний вплив процесу європеїзації, яку можна розглядати як політичну концепцію і як теоретичний інструмент. Як політична концепція «європеїзація» є відображенням взаємозалежності між національними політичними настановами та інституційними структурами, останніми та Європейським Союзом. Як теоретичний інструмент «європеїзація» використовується для аналізу еволюції національної та союзної політики і відповідних інституцій, їх взаємодії та взаємного впливу [35, с. 3].

Європеїзація складається з процесів: а) конструювання; б) дифузії та в) інституціоналізації формальних і неформальних правил, процедур, полі-

¹ Слід погодитися з І. Брацуком, на думку якого, принцип прямої дії права ЄС відіграє ключову роль у розвитку і функціонуванні правопорядку Європейського Союзу та забезпечує ефективну дію права ЄС у національних правових системах держав-членів [34, с. 131].

тичних парадигм, стилів, «способів ведення справ» та спільних переконань і норм, які спочатку визначаються і консолідуються в політичному процесі Європейського Союзу, а потім включаються в логіку внутрішніх (національного та субнаціонального) дискурсу, політичних структур і державної політики [36, с. 4].

Європеїзація є загальноєвропейським процесом, що безпосередньо пов'язаний з інтеграцією, однак за змістом від неї відрізняється (M. G. Cowles, J. Caporaso and T. Risse [37]; E. Ertugal [38]; S. Lavenex та F. Schimmelfennig [39]). Це, разом з тим, не виключає можливість окремих проявів деєвропеїзації (T. A. Börzel [40]) як унаслідок виходу держави-члена зі складу Європейського Союзу – Brexit (Ch. Burns [41; 42]; P. Copeland [43]; C. Reid [44]; O. Трагнюк та Ю. Щокін [45], S. Wolff та A. Piquet [46]; I. Яковюк [47]), так і окремих проявів процесу де-демократизації в окремих державах-членах (J. Janczak [48]; L. Martin-Russu [49]; A. Szymański [50]), або у зв'язку з позицією окремих держав-членів та країн-кандидатів (A. Castaldo A. та A. Pinna [51]; G. Raagmaa, T. Kalvet та R. Kasesalu [52]; G. Yilmaz [53]).

У європеїзації є два виміри, що стосуються кола суб'єктів, на які він поширюється: по-перше, це держави-члени ЄС, а також країни-кандидати; по-друге, треті країни, що є безпосередніми сусідами ЄС, і до яких Союз використовує спеціальні стратегічні інструменти для розв'язання фундаментальних питань, пов'язаних із вирішенням конфліктів, стабілізацією, заохоченням та підтримкою кроків, спрямованих на модернізацію цих правових систем [35, с. 4].

Слід зазначити, що процес європеїзації впливає на різні сегменти національних правових систем, зокрема, правосуддя, зовнішню, безпекову та оборонну політику [54–56], соціальну політику [57–60] тощо. При цьому не тільки окремі системи національного права, а й різні галузі в рамках національного права неоднаково реагують і зазнають процесу європеїзації, а отже, мають на виході різні результати. Так, галузі приватного й екологічного права [61] можуть вважатися в цілому як такі, що демонструють найкращі результати європеїзації.

Європеїзація доволі суттєво впливає на відповідний сегмент правової культури, а отже, і на політику, яка реалізується як на наднаціональному, так і національному рівні. Зміни політики під впливом європеїзації, яка може бути «м'якою» або «жорсткою», зачіпають інституціоналізацію форм і неформальні правила, процедури, політичні парадигми, стилі, спільні переконання та норми, простежуються у внутрішніх дискурсах, змінах ідентичностей, політичних структур і публічної політики [62, с. 7].

Потрібно зважати на те, що європеїзацію окремі дослідники розцінюють як своєрідний «фільтр» глобалізації, завдяки якому держави-члени, які розвивають співробітництво в рамках Європейського Союзу, можуть вибірково реагувати на тиск глобалізації [63; 64].

Безумовно, важливе значення європеїзація має у сфері правосуддя, хоча судова європеїзація – недостатньо розроблений у літературі напрям. Окремі дослідники безспідставно вважають Суд ЄС «агентом європеїзації», завдяки якому забезпечується дотримання права ЄС. Конституціоналізована юриспруденція Суду ЄС має значний вплив на формування як загальноєвропейської політики, так і політики держав-членів: кількісні та якісні аналізи з великою емпіричною точністю показують, що преференції держав-членів визначають діяльність Суду [65; 66]. Саме з цим пов'язана ініціатива Європейської Комісії розпочати у 2011 р. програму навчання для всіх національних суддів держав-членів ЄС, спрямовану на поступове створення європейської судової культури. Отже, Суду ЄС відведено важливу роль у сприянні змінам на національному рівні, навіть у супереч значному опору держав процесу європеїзації «від верху до низу». Емпіричний аналіз показує, що судові рішення і погрози санкцій є важливими для відновлення відповідності національного права праву ЄС [67], хоча їх ефективність не завжди абсолютна¹ [67; 68]. Наочним прикладом судової європеїзації є формування Європейської зони правосуддя, у рамках якої забезпечений вільний обіг національних судових рішень², а також розроблення загальноєвропейських принципів цивільного судочинства, які були покладені в основу директиви, що встановлює мінімальні стандарти основних засад цивільного судочинства [69].

Європеїзація соціальної державності

Так, з моменту ратифікації Римського договору (1957) європейська інтеграція була спрямована на скорочення нерівності між державами-членами. Попри це соціальна нерівність в Європейському Союзі залишається висо-

¹ Фінансові санкції вважаються ефективними тоді, коли внутрішній суспільний опір є слабким, а загроза санкцій – інтенсивною.

² Забезпечення вільного обігу національних судових рішень було б неможливе без європеїзації правової культури держав-членів. Р. Маїко пояснює це на такому прикладі. Якщо судові рішення держави-члена А в принципі підлягають виконанню без будь-якої додаткової процедури у державі-члені В, то це буде прийнятно для спільноти юристів держави-члена В, якщо ця спільнота має достатню довіру до якості судової влади держави-члена А. Взаємна довіра є складним феноменом і досягається багатьма «м'якими» факторами, а саме: судова освіта, транскордонне судове співробітництво (наприклад, у Європейській судовій мережі), обмін досвідом між судьями тощо. З точки зору взаємної довіри, на фундаментальному рівні, національні судові органи Європейського Союзу сприймають процедурні механізми один одного (як на рівні закону, так і на рівні закону в дії) як гарантію справедливого цивільного судочинства [69].

кою, громадська підтримка соціальної держави в різних країнах об'єднання неоднакова, а тому хоч у рамках Європейського Союзу і формується Європейська соціальна модель, утім, про уніфікацію національних соціальних політик не йдеться. Серед заходів Європейської соціальної політики, спрямованих на усунення наслідків криз, подеколи переважають заходи жорсткої економії, але вони включають також соціальні інвестиції та передбачають велику гнучкість ринку праці [70–72].

До підписання і набуття чинності Лісабонським договором проблеми європеїзації у сфері зовнішньої і безпекової політики майже не порушувалися. Постійним парадоксом європейської зовнішньої політики і політики безпеки було поєднання, з одного боку, бажання держав-членів, щоб Європейський Союз перетворився на більш значущого гравця на міжнародній арені, а з іншого – стійке небажання (збереження право вето) передавати на наднаціональний рівень повноваження у зовнішній політиці та політиці безпеки. Відповідно на рівні Європейського Союзу сьогодні відсутня модель зовнішньої і безпекової політики, до якої мають адаптуватися держави-члени і країни-кандидати [73; 74]. Попри це в обох сферах завдяки Європейському політичному співробітництву спостерігалася поступова, але невпинна трансформація фактичного змісту, а також способів, структур і процесів, через які здійснюється спільна зовнішня і безпекова політика держав-членів. У цілому, до російської агресії 2022 р., європеїзацію у зовнішній політиці та політиці безпеки прийнято було розглядати як «добровільну та неієрархічну», що пов'язана з розвитком таких практик, як координація та досягнення консенсусу [75; 76]¹.

Висновки

Право і правова культура є стрижнем європейської ідентичності та універсальності, однією з окрас культури об'єднаної Європи. Підтвердженням досягнень Європи у сфері правової культури в наш час є вчення про природне право, парадигма суспільного договору та утвердження в ній права на опір, принцип поділу влади і незалежності судової влади, доктрина непорушних фундаментальних прав і свобод людини. Сьогодні Європейський Союз як головний носій і охоронець європейської цивілізації, а також держави-члени та країни-кандидати зобов'язуються вживати належних заходів для охорони та збільшення свого внеску до спільної культурної спадщини Європи, зокрема правової спадщини.

¹ Участь у спільній зовнішній і безпековій політиці, з огляду на значний спектр політичних сфер і питань, які розглядаються під її егідою, висуває значні інституційні вимоги до держав-членів, незалежно від їхнього розміру і тривалості членства, а також зважаючи на постійний внесок у політику.

Об'єднана Європа послідовно, хоч і не завжди усвідомлено, зміцнює свою ідентичність через європеїзацію правових систем, управління та громадянського суспільства. При цьому Європейський Союз не лише просуває свої правові цінності та стандарти за межі своїх кордонів, а й сам переживає унікальну європеїзацію у сфері права.

Зважаючи на те, що ефективне та однакове застосування норм права ЄС безпосередньо залежить від існування європейської судової культури, перед об'єднаною Європою стоїть завдання щодо її формування й розвитку. Реалізація його завдання теоретично можлива, проте, практично важкодосяжна, особливо зважаючи на процес постійного розширення Європейського Союзу. Очевидно, що це має бути діяльність, ініційована і контрольована Європейською Радою і Комісією, яким, за згодою урядів держав-членів, потрібно визначити інституції Європейського Союзу, що будуть уповноважені на формування європейської судової культури; цільові групи, зміст і методи її набуття, а також роль національних урядів у цьому процесі. Отже, перед українською владою постає завдання щодо здійснення європеїзації діяльності насамперед Конституційного Суду, зважаючи на його роль з узгодження європейської та національної специфіки в контексті конституційного судочинства.

Розбудова Української держави і права перебуває в діалектичній єдності з розвитком правової культури суспільства. На етапі модернізації української державності та права, їх інтеграції в сім'ю цивілізованих європейських націй надзвичайно важливого значення набуло оновлення правової культури суспільства, її вивільнення від впливу російської правової культури. З цією метою на теоретичному рівні потрібно боротися з ідеологічним редукціонізмом, долати правову та культурну інерцію.

References

- [1] Weiler, J.H.H. (2011). The political and legal culture of European integration: An exploratory essay. *International Journal of Constitutional Law*, 9(3-4), 678-694. <https://doi.org/10.1093/icon/mor054>.
- [2] Rensmann, T. (2011). Munich Alumni and the Evolution of International Human Rights Law. *European Journal of International Law*, 22(4), 973-991. <https://doi.org/10.1093/ejil/chr073>.
- [3] Zweigert, K., Koetz, H. (2000). Introduction to comparative law in the field of private law. (Vols. 1-2). *Vol. 1: Fundamentals*. Moskov: Osnovy.
- [4] De Carvalho, E.M. (2011). Culture and Legal Culture: A Semiotic Approach. In *Semiotics of International Law*. *Law and Philosophy Library*, 91. https://doi.org/10.1007/978-90-481-9011-9_1.
- [5] ESF Humanities Spring 2007. Young Researchers Forum "Disciplines and Borders: Humanities research in an age of interdisciplinarity". Retrieved from <https://www>.

academia.edu/88252807/In_varietate_concordia_A_Manifesto_for_the_Humanities_in_Europe.

- [6] Nelken, D. (2012). Using legal culture: purposes and problems. In Nelken D. (Ed.). *Using legal culture* (pp. 1-51). London: Wildy.
- [7] Uwe, K., & Hammel, A. (Eds.). (2019). *Legal Families, Legal Culture, and Context, Comparative Law*. Oxford: Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198791355.003.0004>.
- [8] Husa, Jaakko. (2012). Legal Culture vs. Legal Tradition – Different Epistemologies? *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, 18, 1-30. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2179890>.
- [9] Visegrády, A. (2001). Legal Cultures in the European Union. *Acta Juridica Hungarica*, 42, 203-217. <https://doi.org/10.1023/A:1014861303933>.
- [10] Merryman, J.H. (1998). Comparative Law Scholarship. *Hastings International and Comparative Law Review*, 21(4), 771-784.
- [11] Cotterrell, R. (1997). The concept of legal culture. In Nelken D. (Ed.). *Comparing legal cultures*. Dartmouth Publishing Co. Ltd., Aldershot, 13–32.
- [12] Vovk, D.O. (2012). Legal tradition: understanding in the context of the relationship with the legal system and legal culture. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 2, 42-52.
- [13] Pavlov, S.S. (2010). *Legal traditions of Ukraine*. PhD Thesis. Odesa: Odesa Law Academy National University.
- [14] Friedman, L.M. (1997). The concept of legal culture: a reply. In Nelken D. (Ed.). *Comparing legal cultures*. Aldershot: Dartmouth, 33-39.
- [15] Nelken, D. (2004). Using The Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 29, 1-26.
- [16] Uspenskii, B.A. (1981). Hystyria sub specie semioticae. In Lotman, Iú.M. et. al. *Ensaio de semiótica soviética*. Lisboa: Livros Horizonte, 87-98.
- [17] Zhang, F. (2021). Legal Culture. In *A Comparative Study of Chinese and Western Legal Language and Culture*. *Peking University Linguistics Research*, 4, 99-113. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-15-9347-5_3.
- [18] Sunde, J.Ø. (2010). Champagne at the Funeral – An Introduction to Legal Culture. In Sunde, J.Ø., & Skodvin, K.E. (Eds.). *Rendezvous of European legal cultures* (pp. 11-28). Bergen: Fagbokforlaget.
- [19] Cotterrell, R. (2019). Comparative Law and Legal Culture. In Reimann, M., & Zimmermann, R. (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd ed.). Oxford: Handbooks. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.22>.
- [20] Friedman, L.M. (2006). The Place of Legal Culture in the Sociology of Law. In Freeman, L.M. (Ed.). *Law and Sociology* (pp. 185-199). Oxford: Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199282548.003.0011>.
- [21] Minkovich-Slobodianik, O. (2019). The main stages of the formation of legal culture in the territory of modern Ukraine. *Law Review of Kyiv University of Law*, 3, 44-49. <https://doi.org/10.36695/2219-5521.3.2019.07>.
- [22] Louis, F. Del Duca, & Alain A. (2010). Levasseur, Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S. Legal System, *The American Journal of Comparative Law*, 58(1), 1-30. <https://doi.org/10.5131/ajcl.2009.0019>.

- [23] Tohipur, T. (2013). Comparative Constitutional Studies and the Discourse of Legal Transfer'. In Günter Frankenberg (Ed.). *Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture*. Frankfurt am Main: Edward Elgar.
- [24] Zartner, D. (2014). Book Review: Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture. *Law, Culture and the Humanities*, 10(3), 491-493. <https://doi.org/10.1177/1743872114538126b>.
- [25] Jaakko Husa (2018). Developing Legal System, Legal Transplants, and Path Dependence: Reflections on the Rule of Law. *The Chinese Journal of Comparative Law*, 6(2), 129-150. <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxy008>.
- [26] Watson, Alan. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. (2nd ed.). Athens: University of Georgia Press.
- [27] Tamanaha, B.Z. (2004). *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [28] Teubner, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies. *The Modern Law Review*, 61(1). P. 11-32. Retrieved from <https://www.jstor.org/stable/1097334>.
- [29] Endicott, T.A.O. (2003). Raz on Gaps – the Surprising Part. In L.H. Meyer, S.L. Paulson, & T.W. Pogge (Eds.). *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199248254.003.0006>.
- [30] Michaels, R. (2011). Legal Culture. In *Oxford Handbook of European Private Law*. Basedow, Hopt, Zimmermann (Eds.). Oxford: Oxford University Press. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/294445084_Legal_Culture.
- [31] Wallerstein, I.A. (1999). Cultura como campo de batalha ideológico do sistema mundial moderno. In Featherstone, M. (Org.). *Cultura global: nacionalismo, globalização e modernidade* (3rd. ed.). (pp. 41-67). Petrypolis: Vozes.
- [32] Yakoviyk, I.V. (2007). Legal culture in the conditions of globalization and European integration. *State Construction and Local Self-Government*, 13, 3-16.
- [33] Yakoviyk, I.V. (2003). Historical prerequisites and main stages of European integration. *Journal of the Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 4, 82-92.
- [34] Bratsuk, I. (2010). The influence of the EU Court on the formation and development of the principle of direct effect of the law of the European Union. *Legal Ukraine*, 2, 129-132.
- [35] Pantev, P. (2005). *The 'Europeanisation' of National Foreign, Security and Defence Policy*. Research reports 18. Sofia.
- [36] Bulmer, S., & Radaelli, C.M. (2004). The Europeanisation of National Policy? *Queen's Papers on Europeanisation*, 1, 22. Retrieved from https://ceses.cuni.cz/CESES-141-version1-2_2_Radaelli_europeanization_of_national_policy.pdf.
- [37] Cowles, M.G., Caporaso, J., & Risse T. (Eds.). (2001). *Transforming Europe: Europeanization and Domestic Change*. London: Cornell University Press.
- [38] Ertugal, E. (2021). Hidden phases of de-Europeanization: Insights from historical institutionalism. *Journal of European Integration*, 43(7), 841-857. <https://doi.org/10.1080/07036337.2020.1869955/>
- [39] Lavenex, S., & Schimmelfennig, F. (2009). EU rules beyond EU borders: theorizing external governance in European politics. *Journal of European Public Policy*, 16(6), 791-812. <https://doi.org/10.1080/13501760903087696>.

- [40] Börzel, T.A. (2005). Europeanization: How the European Union Interacts with its Member States. In Bulmer, S., & Lequesne, C. (Eds.). *The Member States of the European Union* (pp. 45-76). Oxford: Oxford University Press.
- [41] Burns, C., Gravey, V., Jordan, A., & Zito, A. (2019). De-Europeanising or disengaging? EU environmental policy and Brexit. *Environmental Politics*, 28(2): *The Future of European Union Environmental Politics and Policy*, 271-292. <https://doi.org/10.1080/09644016.2019.1549774>
- [42] Burns, Ch.J. (2018). Brexit and UK Environmental Policy and Politics. *Revue Française de Civilisation Britannique*. XXIII-3: *A Long Awakening? Environmental Concerns in the United Kingdom Since the Nineteenth Century*. <https://doi.org/10.4000/rfcb.2385>.
- [43] Copeland, P. (2016). Europeanization and de-Europeanization in UK employment policy: Changing governments and shifting agendas. *Public Administration*, 94(4), 1124-1139. <https://doi.org/10.1111/padm.12283>.
- [44] Reid, C. (2016). Brexit and the future of UK environmental law. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 34(4), 407-415. <https://doi.org/10.1080/02646811.2016.1218133>.
- [45] Tragnyuk, O.Ya., & Shokin, Yu.V. (2022). Some problems of legal regulation of environmental protection in the United Kingdom after BREXIT. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University. Series: Law*, 71, 191-196. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.71.32>.
- [46] Wolff, S., & Piquet, A. (2022). Post-Brexit Europeanization: re-thinking the continuum of British policies, polity, and politics trajectories. *Comparative European Politics*, 513-526. <https://doi.org/10.1057/s41295-022-00293-6>.
- [47] Yakoviyk, I.V. (2016). Brexit: causes and consequences of the British referendum. In A.P. Getman, I.V. Yakovyuk, V.I. Samoschenko et al. (Eds.). *European integration in the context of modern geopolitics* (pp. 25-29). Kharkiv: Pravo.
- [48] Janczak, J. (2010). De-Europeanisation and Counter-Europeanisation as Reversed Europeanisation. In *Search of Categorisation. The Policies and Politics of the European Union* (pp. 99-110). Wydawnictwo Naukowe WNPiD UAM.
- [49] Martin-Russu, L. (2022). Towards a Theory of De-Europeanization, an Elite-Based Approach. In *Deforming the Reform. Contributions to Political Science* (pp. 19-90). Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-11081-8_2.
- [50] Szymański, A. (2017). De-Europeanization and de-democratization in the EU and its neighborhood. *Yearbook of the Institute of East-Central Europe*, 15(2), 187-211.
- [51] Castaldo, A., & Pinna, A. (2018). De-Europeanization in the Balkans. Media freedom in post-Milošević Serbia. *European Politics and Society*, 19(3), 264-281. <https://doi.org/10.1080/23745118.2017.1419599>.
- [52] Raagmaa, G., Kalvet, T., & Kasesalu, R. (2014). Europeanization and De-Europeanization of Estonian regional policy. *European Planning Studies*, 22(4), 775-795. <https://doi.org/10.1080/09654313.2013.772754>.
- [53] Yilmaz, G. (2015). From Europeanization to de-Europeanization: The Europeanization process of Turkey in 1999–2014. *Journal of Contemporary European Studies*, 24(1), 86-100. <https://doi.org/10.1080/14782804.2015.1038226>.
- [54] Kyris, G. (2015). Europeanization and ‘Internalized’ Conflicts: The Case of Cyprus. *European Foreign Affairs Review*, 20(1), 83-96. <https://doi.org/10.54648/eerr2015006>.

- [55] Hellmann, G., Baumann, R., Bösch, M., Herborth, B., & Wagner, W. (2005). De-Europeanization by Default? Germany's EU Policy in Defense and Asylum. *Foreign Policy Analysis*, 1(1), 143-164.
- [56] L'Europe de la défense: institutionnalisation, européanisation. (2002). Paris, DL.: L'Harmattan.
- [57] Benjamin, L. (2017). The Europeanization of the Welfare State: The Case for a 'Differentiated European Social Model'. In P. Taylor-Gooby, B. Leruth, & H. Chung (Eds.). *After Austerity: Welfare State Transformation in Europe after the Great Recession*. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198790266.003.0009>.
- [58] Eigmüller, Monika. (2012). Europäisierung der Sozialpolitik: Der Einfluss individueller Akteure auf den Integrationsprozess. *Zeitschrift für Sozialreform*, 58(3), 263-288. <https://doi.org/10.1515/zsr-2012-0302>.
- [59] Jacquot, S. (2008). National welfare state reforms and the question of Europeanization: from impact to usages. *Working Papers on the Reconciliation of Work and Welfare in Europe, REC-WP 01/2008*. Edinburgh: University of Edinburgh, Publication and Dissemination Centre (PUDISCwowe). Retrieved from <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-198133>.
- [60] Moreno, L., & Palier, B. (April, 2004). The Europeanization of welfare Paradigm shifts and social policy reforms. *WRAMSOC Conference (23-25)*. Berlin. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/39376248_The_Europeanization_of_welfare_Paradigm_shifts_and_social_policy_reforms.
- [61] Yakoviyk, I., Anisimova, H., & Tragniuk, O. (2022). Europeanization of Environmental Law of the European Union Member States. *Problems of Legality*, 158, 82-109. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.158.263248>.
- [62] Ladi, S. (2006). Globalization and Europeanization: Analysing Change. *IBEI working papers*. Barcelona, 4, 18.
- [63] Graziano, P. (2003). Europeanization or Globalization? *Global Social Policy*, 3(2), 173-194.
- [64] Wallace, H. (2000). Europeanisation and Globalisation: Complementary or Contradictory Trends? *New Political Economy*, 5(3), 369-382. <https://doi.org/10.1080/713687780>.
- [65] Schmidt, S.K. (2018). The Europeanization Effects of Case Law. *The European Court of Justice and the Policy Process: The Shadow of Case Law*. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198717775.003.0007>.
- [66] Blauberger, M. & Schmidt, S.K. (2017). The European Court of Justice and its political impact. *West European Politics*, 40:4, 907-918. <https://doi.org/10.1080/01402382.2017.1281652>.
- [67] Panke, D. (2007). The European Court of Justice as an agent of Europeanization? Restoring compliance with EU law. *Journal of European Public Policy*, 14(6), 847-866. <https://doi.org/10.1080/13501760701497709>.
- [68] Eliantonio, M. (2010). Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England. *European Review of Public Law*, 22(3:77), 1-54. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/309548649_Europeanisation_of_Administrative_Justice_The_Influence_of_the_ECJ's_Case_Law_in_Italy_Germany_and_England.
- [69] Mańko, R. (2015). Europeanisation of civil procedure Towards common minimum standards? *European Parliamentary Research Service*, 1-29. <https://doi.org/10.2861/670>.

- [70] Babich, N.O. (2021). Prospects for the formation of Ukraine as a European welfare state. *Social Law*, 2, 28-33.
- [71] Gaydamaka, V.A. (2020). European social model: a new paradigm of social state development. *Problems of Legality*, 150, 313-331. <https://doi.org/10.21564/2414-990x.150.208955>.
- [72] Okladna, M.G., & Yakoviyk, I.V. (2016). Social policy of the European Union: formation and development. Kharkiv: "Oberig" LLC. (Series "Scientific reports", issue 19).
- [73] Pomorska, K., & Wright, N. (2013). Europeanization and the Common Foreign and Security Policy. In Bretherton, C., & Mannin, M. (Eds.). *The Europeanization of European Politics. Europe in Transition: The NYU European Studies Series (pp. 151-162)*. New York: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9781137275394_11.
- [74] Yakoviyk, I.V. (2005). Common foreign policy and security policy of the European Union: the history of the issue. *State Construction and Local Self-Government*, 10, 76-87.
- [75] Yakoviyk, I.V., & Bilousov, E.M. (2022). National security of Ukraine in the conditions of new challenges to European and Euro-Atlantic solidarity. Kharkiv: Pravo.
- [76] Bulmer, S., & Radaelli, C.M. (2004). The Europeanisation of National Policy? *Queen's Papers on Europeanisation*, 1, 1-22. Retrieved from https://ceses.cuni.cz/CESES-141-version1-2_2__Radaelli_europeanization_of_national_policy.pdf.

Вікторія Сергіївна Ломака

кандидатка юридичних наук, докторантка кафедри права Європейського Союзу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: lomviktoriya@gmail.com
ORCID 0000-0003-4443-8963

Victoria S. Lomaka

PhD in Law, Doctoral Student of the European Union Law Department
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: lomviktoriya@gmail.com
ORCID 0000-0003-4443-8963

Рекомендоване цитування: Ломака В. С. Європеїзація правової культури: дослідницький нарис. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 192–211. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273873>.

Suggested Citation: Lomaka, V.S. (2023). Europeanization of Legal Culture: an Exploratory Essay. *Problem of Legality*, 160, 192-211. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273873>.

Статтю подано / Submitted: 15.02.2023
Доопрацьовано / Revised: 26.02.2023
Схвалено до друку / Accepted: 07.03.2023
Опубліковано / Published: 25.03.2023

Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності

Богдан Петрович Карнаух*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com

Анотація

У статті досліджено об'єктивну сторону (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності. Головна мета – з'ясувати, де пролягає межа між юридично значимою причетністю і причетністю, яка не має бути підставою юридичної відповідальності. Дослідження побудоване на аналізі практики міжнародних кримінальних трибуналів, а також юриспруденції національних судів і комплексно охоплює предмет дослідження, оскільки має на меті формулювання висновків, які були б релевантними в контексті як кримінальної, так і деліктної відповідальності. Наголошено, що характеристика об'єктивної сторони пособництва і підбурювання повинна включати лише діяння і причинний зв'язок через те, що пособництво і підбурювання не має свого, окремого наслідку, а поділяє той самий наслідок, який привинюється безпосередньому виконавцеві. Пособництво і підбурювання тягне відповідальність тоді, коли фізична допомога або моральна підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину. Істотність впливу на вчинення злочину – це оціночна категорія, яка підлягає аналізу на підставі дослідження всіх обставин справи в сукупності. Під час оцінки істотності впливу належить враховувати, що дії пособника і підбурювача можуть бути пов'язані із злочином через фізичний або інтенціональний причинний зв'язок. Для визнання впливу істотним не вимагається, щоб дії пособника і підбурювача були conditio sine qua non (необхідною умовою) злочину виконавця. У контексті масових злочинств, таких, як воєнні злочини або злочини проти людяності, може мати місце змішування каузальних внесків, яке унеможливорює ідентифікацію в обставинах окремого епізоду слідів кожного чинника, який був істотним для загальної злочинної діяльності. Це не повинно звільняти пособника і підбурювача від відповідальності за умови, що його каузальний внесок у загальну злочинну діяльність був істотним.

Ключові слова: пособництво і підбурювання; воєнні злочини; злочини проти людяності; деліктне право; причинний зв'язок.

Objective Side (Actus Reus) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity

Bohdan P. Karnaukh*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com

Abstract

*The article addresses the objective side (actus reus) of aiding and abetting in the context of war crimes and crimes against humanity. The main goal is to find out where the line lies between legally relevant involvement and involvement that should not entail liability. The study is based on the analysis of the case law of international criminal tribunals and the jurisprudence of national courts as well. It is an interdisciplinary study, as it aims to formulate conclusions that would be relevant in the context of both criminal and tort liability. It is emphasized that the objective side of aiding and abetting comprises act and causation, since aiding and abetting does not have its own consequence, but instead shares the same consequence which is imputed to the principal perpetrator. Aiding and abetting entails liability as long as the physical assistance or moral support provided has a substantial effect upon the commission of a crime. The substantial effect criterion has to be ascertained based on the study of all the circumstances of a particular case. When assessing the substantiality, it should be taken into account that the actions of an aider and abettor may be related to the crime through a physical or intentional causation. It is not required that the actions of the aider and abettor be a *conditio sine qua non* (necessary condition) of the principal perpetrator's crime. In the context of mass crimes, such as war crimes or crimes against humanity, it is the mixing of causal contributions that makes it impossible to identify in the circumstances of a particular single episode the traces of each causative factor that was substantial to the overall criminal activity. This should not exempt an aider and abettor from liability, provided that his causal contribution to the overall criminal activity was substantial.*

Keywords: aiding and abetting; war crimes; crimes against humanity; tort law; causation.

Вступ

Воєнні злочини і злочини проти людяності – це масштабні злочинства, які не вчиняються однією особою чи навіть однією групою осіб, – до їх учинення різною мірою причетна велика кількість людей та організацій. У зв'язку із цим постає питання щодо того, яка міра причетності має бути достатньою для того, аби тягнути за собою юридичну відповідальність – чи то кримінальну, чи то цивільну. Загалом спектр такої причетності доволі широкий – від дуже тісного зв'язку із безпосереднім виконавцем злочину (коли, наприклад, пособник забезпечує останнього зброєю та боєприпасами) до більш віддаленої причетності (як, наприклад, коли йдеться про комерційні чи фінансові зв'язки з організацією або державою, що вчиняє воєнні злочини).

З одного краю цього спектру – постачання бойових дронів [1], що держава-агресор використовує для атак на цивільне населення. Такі дії становлять достатньо вагому причетність, яка закономірно викликає питання про відповідальність постачальника як співучасника. З іншого – «фінансування» держави-агресора через сплату податків, стягваних із суб'єкта господарювання, який просто продає товари, надає послуги чи виконує роботи на відповідному національному ринку. Така причетність у сучасному світі, хоча й може заслуговувати на осуд громадськості, утім, навряд чи повинна тягнути за собою юридичну відповідальність.

Мета цієї статті – дослідити, де пролягає межа між юридично значимою причетністю до воєнного злочину чи злочину проти людяності та причетністю, яка не має бути підставою юридичної відповідальності.

Матеріали та методи

Це дослідження має комплексний, міжгалузевий характер, оскільки питання відповідальності пособника і підбурювача актуальне в контексті як кримінальної, так і цивільної відповідальності. Раніше ми зауважували на тому, що в питанні відповідальності співучасників цивільне (деліктне) право далеко позаду права кримінального [2]. Однак зарубіжна судова практика, і зокрема юриспруденція щодо так званих ATS-позовів¹ [3], показує, що для цілей цивільно-правової відповідальності цілком припустимо використовувати напрацювання доктрини кримінального права щодо критеріїв караного пособництва й підбурювання. Це, однак, не означає, що цивільно-правове розуміння пособництва і підбурювання має бути точною копією кримінально-правового відповідника і, тим паче, це не означає, що пособником із точки зору цивільного права може визнаватися лише той, хто був раніше визнаний пособником у кримінальному провадженні. У своєму дослідженні ми виходимо із того, що коло юридично значимої причетності для потреб деліктного права має бути не вужчим, аніж коло юридично значимої причетності в кримінальному праві. Тому висновки цієї статті мають бути придатними до використання як у контексті кримінального права, так і для цілей обґрунтування причетності особи до завдання шкоди в контексті самостійного деліктного позову.

Методологічно дослідження побудоване на аналізі практики міжнародних кримінальних трибуналів (Нюрнберзького та трибуналів по колишній Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне), а також частково на рішеннях зарубіжних судів. У фокусі уваги – об'єктивна сторона (*actus reus*) пособництва і підбурювання, яка, зазвичай, включає три елементи: діяння, наслідки і причин-

¹ Alien Tort Statute (ATS) – американський Закон про деліктні позови іноземців, який наділяє американські суди юрисдикцією щодо розгляду деліктних позовів іноземців, за умови, що шкода була завдана внаслідок порушення права народів (докладніше див.: [3]).

ний зв'язок між ними. У статті, однак, обґрунтовується, що пособництво й підбурювання не має свого самостійного наслідку, що був би відмінним від наслідку, який привинюється безпосередньому виконавцеві. Отже, предметом дослідження має бути лише характер діяння, яке вчиняється пособником і підбурювачем, та причинний зв'язок цього діяння із діянням безпосереднього виконавця (що, у свою чергу, призводить до злочинного результату).

Спершу досліджується характер діяння пособника і підбурювача. Практика кримінальних трибуналів указує на те, що допомога злочині не обов'язково має бути матеріальною або фізичною, – вона може полягати в моральній підтримці. У зв'язку із цим ми обґрунтовуємо, що поруч із фізичним причинним зв'язком має виокремлюватися також інтенціональний причинний зв'язок, ланкою(-ами) якого виступають психічні явища – інтенціональні стани. Утім щодо причинного зв'язку – найголовніша його особливість у випадку пособництва і підбурювання – це те, що тест «якби не» тут не підлягає застосуванню. Натомість міра достатньої причетності визначається через поняття «істотного впливу», який діянню пособника і підбурювача має справляти на вчинення злочину. Частина статті, присвячена пошуковій критеріїв «істотності впливу», ураховує досягнення американської юриспруденції щодо розгляду деліктних позовів. Насамкінець буде висвітлено вимогу конкретності причинного зв'язку і показано проєкцію цієї вимоги на площину масштабних порушень прав людини, якими є воєнні злочини і злочини проти людяності.

Результати та обговорення

Діяння

У будь-якому злочині виокремлюють дві сторони – зовнішню, об'єктивну сторону, і внутрішню, суб'єктивну, або психологічну, сторону. Першу прийнято називати *actus reus* (з лат. «винна дія»), другу – *mens rea* («винна свідомість»).

Об'єктивна сторона (*actus reus*) включає в себе, власне, саме діяння, його наслідки і причинний зв'язок між діянням та наслідками. При пособництві й підбурюванні *actus reus* полягає в тому, що «(а) обвинувачений надає практичну допомогу, заохочення або моральну підтримку скоєнню злочину або проступку і (б) ця практична допомога, заохочення або моральна підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину чи проступку» [4, § 89; 5, § 353; 6, § 46; 7, § 102].

Що стосується, власне, самого діяння, то вже із назви «пособництво і підбурювання» виходить, що криміналізованими є дві форми поведінки,

а саме – пособництво, тобто надання практичної допомоги безпосередньому виконавцеві злочину (така допомога може полягати, наприклад, у наданні засобів чи знарядь злочину), і підбурювання, тобто надання моральної підтримки виконавцеві злочину, наприклад, через його заохочення чи спонукання до скоєння злочину або іншим чином зміцнення його рішучості на скоєння злочину [4, § 89; 8, § 284; 9, § 484; 10, § 254].

На тому, що підтримка злочину не обов'язково має бути матеріальною чи то пак «фізичною», спеціально наголошував ІСТУ у справі *Prosecutor v. Furundžija* [11]. Як підкреслив ІСТУ, якщо обвинувачений «спостерігав за своїми компаньйонами, щоб уникнути будь-яких несподіванок, або залишався на безпечній відстані, аби полегшити їм утечу, в разі потреби, або був наготові швидко прийти на допомогу, і усвідомлення цього давало додаткову упевненість його компаньйонам, то він був, із точки зору права, присутній, допомагаючи і підбурюючи. Знову ж таки, через надання "додаткової впевненості компаньйонам" обвинувачений сприяє вчиненню злочину, і саме це становить *actus reus* правопорушення» [11, § 201–202].

Звісно, коли пособник надає виконавцеві знаряддя злочину, це теж посилює рішучість виконавця, за умови що знаряддя злочину були надані тим, хто усвідомлював, якій меті вони врешті прислужать. Непряма (бо безпосередньо не висловлена) моральна підтримка сприймається як така тільки за умови, що той, хто фізично надає допомогу, усвідомлює, як вона буде використана. Отже, пособник непрямо схвалює дії злочинця і посилює його рішучість на скоєння злочину. Іншими словами, пособництво, поєднане із обізнаністю (а криміналізоване пособництво завжди із нею поєднано), завжди одночасно з цим являє собою і підбурювання.

Однак трапляються випадки підбурювання «у чистому вигляді», коли зміцнення рішучості злочинця не супроводжується жодною фізично вираженою допомогою у вчиненні злочину. Прикладами підбурювання «в чистому вигляді» може бути виголошення промов, що розпалюють ненависть і закликають до вчинення злочинів, організація медіакампанії з тією самою метою або навіть проста присутність як «схвального глядача» під час вчинення злочину [5, § 369].

Показовою є справа *The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, в якій обвинувачений – Мойніна Фофана був визнаний винним у пособництві й підбурюванні щодо воєнних злочинів і злочинів проти людяності, вчинюваних Силами громадської оборони під час громадянської війни в Сьєрра-Леоне. Обвинувачення ґрунтувалося на тому, що під час своєї промови на параді він «не тільки заохочував камайорів [ополченців] сліду-

вати незаконним наказам вчиняти злочини, але й підкреслив, що якщо вони не будуть діяти відповідно, то їм не слід повертатися назад і рапортувати, і краще убити себе, аніж втратити власну землю» [12].

Нюрнберзький трибунал у так званій «Міністерській справі» визнав винним Дітріха, який очолював прес-службу нацистського уряду [13, с. 192–193].

Окремим прикладом підбурювання «в чистому вигляді» є так званий «схвальний глядач». Міжнародні кримінальні трибунали неодноразово підкреслювали, що навіть проста присутність під час вчинення злочину може становити об'єктивну сторону підбурювання, якщо така присутність додавала впевненості виконавцеві злочину, зміцнювала його рішучість вчинити злочин і, отже, слугувала зчитуваним вираженням моральної підтримки дій виконавця. У цьому контексті важливо відрізнити просте перебування на місці злочину і «схвальне споглядання». Так, особа не може вважатися підбурювачем, якщо вона, хоча й перебуває на місці злочину, але не усвідомлює, що злочин відбувається.

Як правило, додавати духу на вчинення злочину може присутність на місці злочину лише такої людини, чия думка має значення для виконавця злочину, чия думка тією чи іншою мірою є авторитетною для виконавця. Це знаходить підтвердження і в національній судовій практиці [14; 15], і в практиці міжнародних трибуналів [11, § 207–209].

Сучасні дослідження психології груп вказують на те, що присутність іншого може бути вагомим мотивуючим фактором, навіть якщо цей інший не наділений ореолом авторитету (наприклад, коли глядач – це просто одноліток, знайомець чи товариш) [16]. Особливо це стосується чоловічих груп і тісно пов'язано із феноменом так званих гомосоціальних зв'язків, коли присутність інших чоловіків на місці дії на підсвідомому рівні спонукає дійову особу чоловічої статі до демонстрованого вираження своєї маскулітності [17–20]. Такі психологічні ефекти особливо загострені в злочинах проти статевої свободи [21, с. 270, 275–278].

Однак на практиці міжнародних кримінальних трибуналів ці дослідження наразі прямо не позначилися. Трибунали підкреслюють, що «схвальний глядач», аби бути пособником, повинен мати статус авторитетної особи: «Хоча й можна сказати, що глядач заохочує видовище – бо без аудиторії немає видовища – глядач у цих справах визнавався співучасником, тоді коли завдяки його статусові його присутність справляла вагомий легітимізуючий або заохочувальний ефект на виконавців» [11, § 232].

Як зворотний приклад ІСТУ наводить іншу справу німецького Верховного суду, в якій обвинувачений був присутній як глядач у цивільному вбранні

на параді штурмовиків (Stürmabteilung), під час якого два опоненти NSDAP зазнали публічного приниження. Суд виправдав обвинуваченого [11, § 208].

Отож, Верховний суд виснував, що за цих конкретних обставин присутність обвинуваченого «не спричинилася до злочину». Це можна розуміти так, що причинного зв'язку між вчиненням злочину і присутністю на місці події обвинуваченого немає взагалі (оскільки присутність конкретно цієї особи в натовпі не додавала рішучості виконавцям). Та можна інтерпретувати цей висновок і так, що хоча причинний зв'язок і був (без глядачів немає видовища – без публіки немає публічного приниження), але «внесок» одного глядача із цілого натовпу є настільки мізерним, що не повинен тягти кримінальну відповідальність. А це підводить нас до другої ознаки кримінально караного пособництва і підбурювання – воно має справляти істотний вплив на вчинення злочину.

Істотний вплив

Те, що пособництво і підбурювання має справляти істотний вплив на вчинення злочину, – загальноприйнята в міжнародному звичаєвому праві норма [4, § 89; 5, § 353, 368, 385; 6, § 46; 11, § 217, 234]. Міжнародні кримінальні трибунали визнають, що питання про те, чи був вплив істотним, є центральним у справах, що стосуються пособництва і підбурювання. Утім це питання настільки важливе, настільки й складне. Адже його фокальна точка – це оціночне поняття «істотності» впливу [22, с. 1853].

Чіткого визначення того, який вплив можна вважати «істотним», немає. Так, інколи трибунали вказують на те, що дії пособника чи підбурювача мають підвищувати легкість, із якою вчиняється злочин (іншими словами, полегшують його вчинення) [23, § 282]. У інших випадках наголошується на тому, що без цих дій вчинення злочину було б значно менш вірогідним [24, § 1019].

Однак усі трибунали єдині в розумінні того, чим істотний вплив точно не є: для доказування «істотного впливу» не вимагається, щоб дії пособника і підбурювача були *conditio sine qua non* (необхідною умовою) вчинення злочину виконавцем [4, § 92; 6, § 48]. Тобто не вимагається доводити, що без дій, учинених пособником чи підбурювачем, виконавець не вчинив би основний злочин. Очевидно, що якщо це так, і без допомоги пособника чи підбурювача не було б злочину, то вплив пособника чи підбурювача, поза всяким сумнівом, є істотним (наприклад, у справі *Taylor* Трибунал дійшов висновку, що без підтримки президента сусідньої Ліберії Революційний об'єднаний рух у Сьєрра-Леоне взагалі не зміг би функціонувати і вчиняти злочини, які він вчиняв [22]). Однак навіть значно менші «внески» у зло-

чинну справу можуть бути визнані такими, що справили «істотний вплив». Так, під час Нюрнберзького процесу в злочинах проти людяності були визнані винними, серед інших, посадовці, відповідальні за бухгалтерський облік (Ганс Лорнер), архітектуру і планування (Макс Кіфер), а також стоматологічну справу (Герман Пук).

Справи проти допоміжного персоналу СС корисно порівняти зі справою про Циклон-Б [25] у частині обвинувачення головного техніка, Йоакіма Дросіна. У цій справі обвинуваченими були троє осіб – власник, його перший заступник і головний технік промислової компанії Tesch and Stabenow, яка постачала СС отруйний газ під назвою «Циклон-Б», що його потім СС використовували для масових страт у концтаборі Аушвіц. Трибунал засудив власника компанії та його заступника, однак виправдав головного техніка.

Щодо техніка було наголошено на його підлеглому становищі в компанії, і ключове питання, на думку Трибуналу, полягало в тому, чи знаходився він у такому статусі, щоб упливати на те, чи буде газ постачатися в Аушвіц. Суд підкреслив, що якщо він не перебував у такому статусі, то навіть його обізнаність щодо цілей використання газу не робить його винуватим [25].

На наш погляд, зіставлення наведених справ дає ключ до розуміння того, як слід установлювати, чи був вплив пособника і підбурювача достатньо істотним.

По-перше, варто зауважити, що саме поняття істотного впливу – це цілкомитово про причинний зв'язок. Це видно, зокрема, із того, які конструкції використовуються для його пояснення (*conditio sine qua non*, підвищення імовірності злочину тощо). Сам термін «істотний вплив» вказує на те, що йдеться про оцінку характеру зв'язку між діями пособника і підбурювача, з одного боку, і діями виконавця – з іншого. Тобто слід оцінити інтенсивність, міцність чи то пак силу, з якою одна дія вплинула на іншу.

Тож, якщо зазвичай (тобто, коли йдеться про відповідальність виконавця) об'єктивна сторона злочину включає три складові: діяння, наслідки і причинний зв'язок, – то тут, коли йдеться про відповідальність пособника і підбурювача, є лише дві – діяння і причинний зв'язок, позаяк, діяння пособника не має свого, окремого, криміналізованого наслідку, воно «поділяє» той самий наслідок, що й діяння виконавця.

Отже, концепцію істотного впливу слід розглядати крізь призму теорії причинності. Однак саме ця проблема – проблема відповідальності пособника і підбурювача – яскраво висвітлює важливу прогалину в теперішній правовій теорії причинного зв'язку.

Річ у тім, що в теорії права під причинним зв'язком ми маємо на увазі зв'язок між явищами фізичного, матеріального світу (назвемо це фізичний причинний зв'язок). Однак поза нашою увагою залишається те, що причинність може пов'язувати між собою не тільки фізичні явища (фізичні, хімічні, біологічні процеси тощо), а й явища суб'єктивного, психологічного світу (відчуття, емоції, думки, наміри тощо), а також і перші та другі поміж собою в обох напрямках. Наприклад, певний стан речей у реальному світі викликає, тобто спричиняє певну емоцію, відчуття або бажання. І навпаки, певний психологічний феномен (бажання, імпульс, намір) спричиняє зміни в реальному світі, які починаються із порухів нашого тіла. У філософії причинність, що сполучає феномени психологічного світу, дістала назву ментальної або інтенціональної причинності [26, с. 40–41].

Наскільки важливо враховувати інтенціональну причинність, демонструють справи, що були наведені на початку цієї статті: у цих справах ішлося про те, що дії однієї особи (пособника і підбурювача) слугували причиною певного інтенційного стану (рішучості) у свідомості іншої особи (виконавця злочину). І цей зв'язок визнавався юридично значимим! І він має бути юридично значимим. Адже той, хто викликав у виконавця злочину рішучість на його вчинення, є співучасником злочину.

Дії виконавця злочину ніколи не бувають спричинені діями пособника чи підбурювача – в такому самому розумінні, як рух однієї більярдної кульки, спричинений рухом іншої. Дії пособника чи підбурювача (фізичне явище) спричиняють певний відгук у свідомості виконавця (інтенціональний стан), і вже потім цей інтенціональний стан стає причиною дій виконавця, що завдають шкоди. Отже, причинна послідовність виглядає так: фізичний стан (викликаний пособником) – інтенціональний стан (виконавця) – фізичний стан (викликаний виконавцем).

Фізичну й інтенціональну причинність можна уявити як дві стрічки, що переплітаються між собою, утворюючи косу (позаяк фізична допомога може одночасно мати й ефект моральної підтримки: у такому разі моральна підтримка виражається діяльно). Це плетиво утворює складну структуру причинно-наслідкових зв'язків, у якій явища фізичного і психологічного світів взаємно сполучаються в послідовність, яка призводить до втілення протиправного задуму в життя.

Зазвичай, описуючи причинний зв'язок, ми уявляємо ланцюг, де кожна ланка сполучена із наступною, так само, як події у реальному світі пов'язані одна з одною. Однак у контексті відповідальності за співучасть метафора коси, в якій переплетені фізична й інтенціональна причинність, – влучніша від метафори ланцюга. Бо між ланцюгом і косою істотна відмінність: лан-

цього міцний настільки, наскільки міцна його найслабша ланка, а коса міцна міццю усіх стрічок разом. Цей принцип «коси» демонструють наведені нами вище справи.

Так, допоміжний персонал концтабору (бухгалтер, архітектор, стоматолог) вірогідно не мав значного впливу на рішення щодо масового убивства його мешканців, тобто по лінії інтенціональної причинності вплив цих осіб на дії виконавців злочину не був істотним, проте їхня фізична допомога в реалізації злочину, тобто вплив по лінії фізичної причинності, був настільки вагомим, що причинна тяглість (котра сполучає їхні дії з масовими убивствами) не обірвалась, і дала змогу притягнути їх до відповідальності.

Що ж стосується головного техника компанії, яка продавала газ СС, то його дії можна розглядати як допомогу тим, хто допомагав злочинцям. Іншими словами, він – пособник пособників. Він не стоїть в одному ряду із двома іншими обвинуваченими в тій же справі (власником компанії і його першим заступником), бо, на відміну від нього, власник компанії і його заступник приймали управлінські рішення щодо продажу газу СС, і саме ці рішення (про те, кому продавати) робили продаж злочинним. Сам по собі продаж газу не є злочинним як такий. Він стає злочинним тільки з огляду на те, кому саме він був проданий, і це рішення ухвалив менеджмент компанії, а не техник, який забезпечував лише технічний бік поставок. У цьому розумінні техник більш віддалений у причинній тяглості від масових убивств. Він не тільки не перебуває «на прямій» інтенційної причинності, але і його позиція «на прямій» фізичної причинності віддаленіша від події основного злочину, яким є масове убивство цивільних у концтаборах. Звідси виходить, що питання про «істотність впливу» в рамках проблеми пособництва і підбурювання органічно пов'язане із більш загальним питанням про віддаленість шкоди, або, що те саме – межами відповідальності.

Прикметно, що визначення пособництва і підбурювання в національному американському праві напрочуд подібне до того, як це поняття визначають міжнародні кримінальні трибунали. Так, відповідно до § 876(b) американського Зводу деліктів (The Restatement (Second) of Torts) «За шкоду, завдану третій особі, протиправними діями іншого, особа відповідає, якщо вона... (b) знає, що поведінка іншого становить порушення обов'язку і при цьому надає *істотну допомогу* чи заохочення іншому поводитися таким чином»¹ (курсив наш. – Б. К.).

¹ У прецедентній практиці це визначення дістало дещо більшої деталізації. Так, суди вказують, що елементами пособництва і підбурювання є такі: 1) сторона, якій відповідач допомагає, вчиняє протиправну дію і завдає шкоди; 2) відповідач має бути в загальних рисах обізнаний зі своєю роллю в загальній незаконній чи шкідливій діяльності у момент, коли надає допомогу; і 3) відповідач свідомо й істотно допомагає основному правопорушенню ([28]; див. також: [27]).

Тож, в американському національному праві, так само як у міжнародному звичаєвому, постає проблема оцінки істотності допомоги, яку надає пособник чи підбурювач. Щодо цього національна прецедентна практика напрацювала п'ять критеріїв, які мають бути враховані, а саме: а) характер дії, якій надається допомога чи сприяння; б) обсяг допомоги чи сприяння; в) присутність пособника чи підбурювача на місці і під час завдання шкоди; г) характер стосунків між пособником чи підбурювачем і безпосереднім заподіювачем шкоди; ґ) психічне ставлення пособника чи підбурювача; та д) час, протягом якого допомога надавалася¹.

Пояснення ролі цих критеріїв надав Апеляційний суд США Округу Колумбія у справі *Halberstam v. Welch* 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983) [28]. Цікаво, що хоча міжнародні кримінальні трибунали, на відміну від американських судів, прямо не визначали перелік критеріїв, значимих для оцінки істотності впливу, однак, сформульовані в американській юриспруденції критерії значною мірою суголосні із рішеннями трибуналів, і навіть, справедливо сказати, знаходять своє підтвердження в цих рішеннях.

Оцінюючи характер дії, якій надається допомога, суд по суті застосовує пропорційний підхід, адже, що більш тяжким і кричущим є основне правопорушення, то меншим є мінімально необхідний обсяг допомоги, що вимагається для притягнення особи до відповідальності за пособництво такому правопорушенню. Іншими словами, та сама дія пособника може тягнути або не тягнути відповідальність залежно від того, наскільки обурливим, грубим і очевидним було правопорушення, якому посприяла ця дія.

Під обсягом допомоги, вочевидь, слід розуміти кількість зусиль і ресурсів, які були витрачені пособником чи підбурювачем на те, що в остаточному підсумку перетворилося на делікт, а також питому вагу цих зусиль і ресурсів у загальній кількості зусиль та ресурсів, витрачених на делікт усіма причетними.

Присутність на місці заподіяння шкоди під час її заподіяння основним деліквентом може слугувати чинником, що вказує на схвалення дій деліквента і надання йому моральної підтримки (що докладно було обговорено вище). Однак факт присутності аж ніяк не є вирішальним. Адже, з одного боку, проста присутність без будь-якої діяльної чи моральної підтримки скоюваного не рахується; а з іншого боку, буває, що особа безпосередньо не присутня на місці завдання шкоди в момент її завдання, тим не менше, відіграє ключову роль у загальному сценарії завдання шкоди.

¹ Див. коментар до § 876(b) The Restatement (Second) of Torts.

Характер стосунків між сторонами – це ще один чинник, на якому наголошували також трибунали, зауважуючи, що підтримка дій деліквента авторитетною в його очах персоною «легітимізує» протиправну поведінку у свідомості її автора. З іншого боку, характер стосунків може бути для суду приводом не поспішати із висновком про істотність допомоги у тих випадках, коли виконавець і пособник перебувають у близьких стосунках, природа яких сама по собі передбачає взаємну поміч один одному. На цьому зауважив суд у справі *Halberstam v. Welch*, у якій позов про відшкодування шкоди, завданої смертю, було пред'явлено до цивільної дружини грабіжника, котрий убив чоловіка під час пограбування. Утім за обставин цієї справи суд, навіть попри врахування інтимних стосунків між сторонами, усе ж таки дійшов висновку, що допомога дружини була істотною.

Такий чинник, як психічне ставлення, на перший погляд, видається чужорідним у цьому переліку, адже все інше – це об'єктивні показники (характер дії, обсяг допомоги, тривалість допомоги, присутність на місці події, і навіть характер стосунків). Здавалося б, якщо істотність впливу (допомоги) – це про причинний зв'язок, то вона не може залежати від свідомості особи, бо причинний зв'язок – це явище об'єктивне. Утім вище ми вже мали змогу переконатися, що об'єктивне (реальний світ) і суб'єктивне (свідомість) тісно переплетені між собою у понятті інтенціональної причинності. Тест на «істотність впливу» пов'язаний із більш широким поняттям віддаленості шкоди, або – що те саме – меж відповідальності. А оцінка віддаленості шкоди – це не просто установлення факту, це питання правової політики, щодо якого суд має висловитися, беручи до уваги всі фактичні обставини справи, на основі балансування мети превенції, з одного боку, і принципу свободи від непередбачуваного ризику відповідальності – з іншого. Таке «політичне» питання передбачає врахування найрізноманітніших чинників, у тому числі й тих, що належать до сфери суб'єктивного. Отож, психічна сторона діяння пособника і підбурювача, тобто те, наскільки докладним було його знання про майбутній делікт і те, чи бажав він завдання шкоди потерпілому, – це теж чинники, які підлягають зважуванню під час оцінки істотності впливу.

Насамкінець, час, протягом якого допомога надавалась, – це, по суті, ще один спосіб вимірювати обсяг допомоги. Що довше надавалась допомога, то більшим є її загальний обсяг. Окрім того, час має значення і в контексті інтенціональної причинності. Так, пособництво і підбурювання не передбачає попередньої змови між сторонами. Утім якщо допомога надається систематично і протягом тривалого часу, то такі відносини близькі до договірних і можуть становити певний сурогат змови. Якщо пособник чи підбурювач протягом тривалого часу надає допомогу безпосередньому виконавцеві, то

в останнього справедливо виникають певні очікування щодо допомоги в майбутньому, виконавець покладається на те, що допомога буде надана, і цей розрахунок може стати не останнім фактором в ухваленні рішення про те, чи вчиняти делікти в майбутньому. Такі очікування й розрахунок не виникають, якщо допомога була разовою, епізодичною, випадковою.

До наведеного переліку слід додати ще один вкрай важливий чинник, а саме – характер дії пособника чи підбурювача. У цьому контексті дуже важливо, чи була дія, що становила допомогу, сама по собі законною, нормальною, типовою послугою, яку пособник надає в рамках своєї підприємницької чи іншої систематичної діяльності будь-кому, хто до нього звертається. Так, ключовим аргументом, завдяки якому під час Нюрнберзького трибуналу було виправдано обвинуваченого Карла Раше, генерального директора Дрезденського банку, що надавав кредити підприємствам СС, стало те, що його дії самі по собі були законними, і послуги, які він надавав СС (надання коштів на поворотній основі), він надавав і безлічі інших клієнтів свого банку. І хоча вирок МКТ щодо Карла Раше далеко не безспірний [29, с. 2978–2979], саме «нормальність», «повсякденність» його дій дали йому змогу уникнути відповідальності.

Цей же аспект відіграв свою роль і у справі *Halberstam v. Welch*, але в протилежному напрямі. Суд наголосив на тому, що цивільна дружина грабіжника вела бухгалтерський облік награваних коштовностей (чоловік пояснював їй, що він їх скуповував для подальшого перепродажу), подавала звітність до податкової і оформляла прибутки на своє ім'я (між іншим, підозрілим фактом, на думку суду, для дружини мала стати хоча б дивна асиметрія первинних документів – бо наявними були лише квитанції щодо перепродажу золота покупцям, але не було жодної, що підтверджувала б його купівлю). Суд зауважив, що в цій справі зі зрозумілих причин не слід поспішати із висновком, що допомога була істотною (бо це нормально, що дружина допомагає чоловікові), утім, суд підкреслив, що допомога пані Гамільтон своєму цивільному чоловікові якраз-таки виходила за межі звичайної, повсякденної подружньої помочі.

Вимога конкретності причинного зв'язку

Для масштабних злочинів, таких як воєнні злочини або злочини проти людяності, характерна ще одна специфічна проблема, пов'язана із конкретністю причинного зв'язку. Зазвичай причинний зв'язок означає вплив конкретної дії на конкретний наслідок, за якого дія залишає свій слід (відбиток) на кінцевому наслідку (тобто кінцевий наслідок є таким, а не іншим, саме завдяки тому, що він був зумовлений тією, а не іншою причиною). Так буває, напри-

клад, із тілесними ушкодженнями, коли форма травми вказує на предмет, яким цієї травми було завдано (бо він залишає характерні сліди).

У цьому контексті воєнні злочини і злочини проти людяності істотно відрізняються від інших. По-перше, такого роду злочини вчиняються організаціями (політичними, військовими, державними чи квазідержавними), для яких, на відміну від злочинних організацій у звичайному розумінні цього слова, учинення злочинів не є єдиним чи основним видом діяльності. По-друге, у таких випадках ідеться не про один, а про численні епізоди злочинств. По-третє, такі організації, «живляться», як правило, із кількох різних джерел одночасно.

Отже, коли хтось надає допомогу такого роду організації, то постає питання, як пов'язати саме цю конкретну допомогу із тим або іншим конкретним епізодом злочину (позаяк надана допомога могла бути використана на правомірну частину діяльності, а злочини вчинялися за рахунок ресурсів з іншого джерела). Скажімо, якщо хтось надавав боєприпаси стороні, що воює, то як встановити, що саме ці боєприпаси були використані для навмисного убивства цивільних, а не для ведення тієї частини воєнної кампанії, що формально відповідала нормам міжнародного гуманітарного права? І чи потрібно взагалі це установлювати?

Ці питання стали ключовими під час апеляційного перегляду справи *Prosecutor v. Taylor* [30]. Справа розглядалася Спеціальним судом по Сьєрра-Леоне (SCSL) і стосувалася подій громадянської війни, яка тривала в Сьєрра-Леоне із 1991 р. по 2002 р. Війна розпочалася 23 березня 1991 р., коли бійці Об'єднаного революційного фронту (RUF) зайшли на територію Сьєрра-Леоне із сусідньої Ліберії, прагнучи шляхом воєнного перевороту захопити владу і скинути центральний уряд. Під час конфлікту RUF вчиняв численні воєнні злочини і злочини проти людяності, серед яких убивства, зґвалтування, сексуальне рабство, пограбування, викрадення людей, примусова праця, залучення дітей як солдатів, відтинання кінцівок та інші форми насильства і терору.

Обвинуваченим у справі був колишній президент сусідньої Ліберії, Чарльз Тейлор. Його було обвинувачено як пособника й підбурювача злочинів, вчинених RUF, на тій підставі, що він надавав фінансову, логістичну, операційну та іншу підтримку цій організації. Так, Чарльз Тейлор організовував тренування бійців RUF на території Ліберії, постачав сам і організовував постачання від третіх сторін зброї та боєприпасів, надавав підтримку військовим персоналом, надавав радіообладнання і супутникові телефони, надав у користування базу для дислокації в Монровії, логістично підтримував транспортування зброї та інших матеріалів (пального, продуктів харчування) тощо.

SCSL засудив Чарльза Тейлора як пособника і підбурювача за одинадцятьма пунктами обвинувачення.

Оскаржуючи рішення суду, сторона захисту наполягала на тому, що Суд припустився помилки, оскільки, на думку захисту, для визнання Тейлора винним у пособництві й підбурюванні сторона обвинувачення мала довести, що він «надавав допомогу злочину як такому», тобто «надавав допомогу живій дійовій особі, котра виконала *actus reus* відповідного злочину, і ця допомога була безпосередньо використана при вчиненні злочину» [5, § 357]. Натомість, сторона захисту наполягала, що висновок Суду про те, що Тейлор посилював загальну спроможність організації до вчинення злочинів, не може бути достатнім для визнання його винуватим.

Так, сторона захисту намагалася обґрунтувати, що причинний зв'язок має бути відстежений із максимальною конкретністю, тобто, що для успішного обвинувачення має бути показано, що в руках конкретного бійця RUF, який убивав цивільних під час конкретного епізоду численних злочинств, був саме той, автомат, що його RUF отримав від Тейлора чи за його сприяння. Такий хід міркувань, вочевидь, за задумом сторони захисту, мав потягнути за собою необхідність ретельного розбору кожного із численних епізодів злочинств щодо точної ідентифікації зброя, використаних у цих злочинствах (не те, щоб аналіз, проведений Судом, без того був не достатньо ретельним – рішення становило дві з половиною тисячі сторінок).

Однак до цього аргументу є кілька зауважень. По-перше, інтенціональна причинність не залишає видимих слідів, тобто моральна підтримка, яку RUF отримував від президента сусідньої країни, не може бути відстежена через характерний «відбиток» на кожному окремому епізоді із шеруги масових злочинств. По-друге, в такого роду масштабних злочинах, зброя і боєприпаси (щонайменше це стосується стрілецької зброї і набоїв до неї) фактично перетворюються на речі, визначені родовими ознаками. І питати, чи був у руках бійця саме той автомат, що його поставив обвинувачений, – це все одно, що питати, чи були для підкупу посадовця злочинною організацією використані саме ті банкноти, що їх надав обвинувачений пособник, який фінансував цю організацію.

Значення у цьому випадку має те, чи надавалася допомога із розумінням того, що вона буде використана на злочинні цілі, і те, чи була ця допомога істотною. Тому той факт, що Тейлор був не єдиним постачальником зброї і боєприпасів для RUF, не може слугувати достатнім виправданням. У протилежному випадку жоден із постачальників зброї для RUF не міг би бути визнаний пособником, адже завжди б залишалась імовірність того, що в конкретному епізоді була використана не його зброя, а зброя іншого постачальника.

Зброя надходила із різних джерел і «змішувалась», перетворюючись на нероздільну «суміш» родових речей, одночасно з цим відбулося те, що можна назвати змішуванням каузальних внесків, котре унеможливило ідентифікацію «слідів» кожного конкретного причинного фактору, що спричинився до кінцевого результату. Видається, що саме феномен змішування каузальних внесків є поясненням того, чому замість звичайного тесту «якби не» використовують тест «істотного впливу» (як у контексті пособництва і підбурювання до воєнних злочинів, так і в інших контекстах, де цей тест застосовний).

Апеляційна Палата SCSL відхилила аргумент захисту стосовно того, що пособник і підбурювач має надавати допомогу безпосередньо тому, хто власними руками виконує об'єктивну сторону основного злочину (тобто доводить злочин до кінця), як і те, що надана допомога має бути використана під час вчинення конкретного епізоду злочину [5, § 368]. Апеляційна Палата наголосила, що має значення не конкретний спосіб, у який допомога була надана, а те, чи справила ця допомога істотний вплив на скоєння злочину.

Висновки

Об'єктивна сторона (*actus reus*) пособництва і підбурювання передбачає, що особа: а) надає матеріальну, фізичну допомогу або моральну підтримку вчиненню злочину, і б) ця допомога чи підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину, тобто, іншими словами, має важливе значення для вчинення злочину. При характеристиці об'єктивної сторони пособництва і підбурювання слід виокремлювати лише діяння і причинний зв'язок, оскільки пособництво і підбурювання не має свого, окремого наслідку, а поділяє той же наслідок, який привинюється безпосередньому виконавцеві.

Істотність впливу на вчинення злочину – це оціночна категорія, яка підлягає аналізу на підставі дослідження всіх обставин справи в сукупності. При оцінці істотності впливу належить враховувати, що дії пособника і підбурювача можуть бути пов'язані із злочином через фізичний або інтенціональний причинний зв'язок. Для визнання впливу істотним не вимагається, щоб дії пособника і підбурювача були *conditio sine qua non* (необхідною умовою) злочину виконавця.

До факторів, які підлягають урахуванню при оцінці істотності впливу належать: характер дії, якій надається допомога чи сприяння; характер дії, в якій виражається допомога чи сприяння; обсяг і тривалість допомоги чи сприяння; присутність пособника чи підбурювача на місці і під час завдання шкоди; характер стосунків між пособником чи підбурювачем і безпосереднім заподіювачем шкоди; психічне ставлення пособника чи підбурювача.

У контексті масових злочинств, таких як воєнні злочини або злочини проти людяності, може мати місце змішування каузальних внесків, яке унеможливає ідентифікацію в обставинах окремого епізоду слідів кожного чинника, який був істотним для загальної злочинної діяльності. Це не повинно звільняти пособника і підбурювача від відповідальності за умови, що його каузальний внесок у загальну злочинну діяльність був істотним.

References

- [1] Koshiv, I. (2022, November 10). Drone analysis in Ukraine suggests Iran has supplied Russia since war began. *The Guardian*.
- [2] Karnaukh, B. (2022). Complicity in tort, or what is meant by causing harm 'by joint actions or omissions'. *New Ukrainian Law*, 2, 44-52. <https://doi.org/10.51989/NUL.2022.2.6>.
- [3] Congressional Research Service (2022, January 11). *The Alien Tort Statute: A Primer*. Retrieved from <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44947.pdf>.
- [4] Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić, Case No. IT-05-87-T, Judgment. (ICTY, 2009, Feb. 26).
- [5] *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Appeal Judgment. (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Appeals Chamber, Sept. 26, 2013).
- [6] *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeal Judgment. (The Appeals Chamber ICTY, July 29, 2004).
- [7] *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeal Judgment. (The Appeals Chamber ICTY, Feb. 25, 2004).
- [8] *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Judgment. (The Trial Chamber I ICTY, Mar. 03, 2000).
- [9] *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment. (Int'l Crim. Trib. For Rwanda, Sep. 2, 1998).
- [10] *Prosecutor v. Kvočka et al.* Case No. IT-98-30/1-T, Judgment. (The Trial Chamber ICTY, Nov. 2, 2001).
- [11] *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgement. (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).
- [12] *The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Judgment. (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Trial Chamber I, Aug. 31, 2007).
- [13] *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al* (The Ministries Case), Judgment. (U.S. Military Tribunal, Nuremberg, April 11-13, 1949).
- [14] *Hirschman v. Emme et al.*, 81 Minn. 99, 83 N.W. 482.
- [15] *Cobb v. Indian Springs* 258 Ark. 9 (1975).
- [16] *Keel v. Hainline*, 331 P.2d 397 (Okla. 1958).
- [17] Collier, R. (2010). Masculinities, Law, and Personal Life: Towards a New Framework for Understanding Men, Law, and Gender. *Harvard Journal of Law & Gender*, 33, 431-477.
- [18] Dowd, N.E. (2008). Masculinities and Feminist Legal Theory. *Wisconsin Journal of Law, Gender & Society*, 23, 201-248.
- [19] Leverenz, D. (1986). Manhood, Humiliation, and Public Life: Some Stories. *Southwest Review*, 71, 442-462.

- [20] Dasgupta, M. (2017). Impact of Peer Group in the Development and Construction of Masculinity. *International Journal of Interdisciplinary and Multidisciplinary Studies*, 4, 192-197.
- [21] Swan, S.L. (2019). Aiding and Abetting Matters. *Journal of Tort Law*, 12(2), 255-282.
- [22] Note (2013). Special Court for Sierra Leone Rejects 'Specific Direction' Requirement for Aiding and Abetting Violations of International Law. *Harvard Law Review*, 127, 1847-1854.
- [23] *Prosecutor v. Oric*, Case No. IT-03-68-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia June 30, 2006).
- [24] *Prosecutor v. Popovic*, Case No. IT-05-88-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia June 10, 2010).
- [25] *The Zyklon B, Case Trial of Bruno Tesch and Two Others*, Case No. 9. (British Military Court, Hamburg, 1st-8th March, 1946).
- [26] Searle, J.R., & Recanati, F. (2001). *Rationality in action*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- [27] Combs, N.I. (2019). Civil Aiding and Abetting Liability. *Vanderbilt Law Review*, 58, 241-300.
- [28] *Halberstam v. Welch* 705 F.2d 472. (D.C. Cir. 1983).
- [29] Khakurel, S. (2018). The Circuit Split on Mens Rea for Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute, *Boston College Law Review*, 59, 2978-2979.
- [30] *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Judgment. (Spec. Ct. for Sierra Leone Sept. 26, 2013).

Богдан Петрович Карнаух

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: karnaugh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

Bohdan P. Karnaugh

PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Civil Law No. 1
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: karnaugh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

Рекомендоване цитування: Карнаух Б. П. Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 212–229. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273626>.

Suggested Citation: Karnaugh, B. P. (2023). Objective Side (Actus Reus) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity. *Problems of Legality*, 160, 212-229. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273626>.

Статтю подано / Submitted: 07.02.2023
Доопрацьовано / Revised: 21.02.2023
Схвалено до друку / Accepted: 01.03.2023
Опубліковано / Published: 25.03.2023

Legal Framework for the Protection of Ukrainian Refugees: a Comparative Study

Illia I. Malanchuk*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: i.i.malanchuk@nlu.edu.ua

Abstract

The ongoing conflict in Ukraine has forced many Ukrainians to flee their homes, making the protection of Ukrainian refugees a critical issue. This article aims to conduct a comprehensive analysis of the existing legislative framework to identify areas where reforms are necessary to ensure better protection for this vulnerable group. The article's relevance lies in the urgent need to provide protection to Ukrainian refugees, who face multiple challenges, including discrimination, lack of access to necessities, and the risk of exploitation. The primary objective of the research is to evaluate the effectiveness of the current legal framework for protecting refugees and identify areas that require improvement. To achieve this objective, the study employs a multidimensional approach that combines legal analysis and a review of relevant literature. The research draws on legal instruments and frameworks such as the 1951 Convention on the Status of Refugees and the Directive on Temporary Protection. The study also analyses the challenges that Ukrainian refugees face in accessing their rights, including the lack of effective implementation of existing legal frameworks. The results of the study indicate that the current legislative framework for refugee protection in Ukraine requires significant reforms to better protect Ukrainian refugees. The research identifies several areas that require improvement, such as access to legal assistance, education, and healthcare. The study's conclusions and recommendations aim to improve the existing system and ensure better protection for Ukrainian refugees. These recommendations include strengthening the legal framework for refugee protection, improving access to essential services, and ensuring effective implementation of existing laws and regulations. Overall, this research contributes to the existing literature by providing insights into the legal framework for refugee protection in Ukraine, particularly for Ukrainian refugees. It also highlights the importance of providing effective protection to refugees and the need for continuous reforms to ensure that the legal framework is adapted to the evolving needs of refugees.

Keywords: refugees; protection; armed conflict; international law.

Правові рамки захисту українських біженців: порівняльне дослідження

Ілля Ігорьович Маланчук*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: i.i.malanchuk@nlu.edu.ua

Анотація

Статтю присвячено проблемі захисту українських біженців, які були змушені втекти за кордон через війну в Україні. Метою дослідження є детальний аналіз законодавчої бази та визначення конкретних сфер, які потребують удосконалення для забезпечення кращого захисту цієї вразливої групи населення. Актуальність статті полягає в загальній потребі забезпечити захист українських біженців, які стикаються з численними викликами, включно з дискримінацією, відсутністю доступу до потреб та ризиком експлуатації. Основною метою є оцінка ефективності чинної законодавчої бази щодо захисту біженців і визначення сфер, що потребують удосконалення. Для досягнення цієї мети в дослідженні застосовано багатовимірний підхід, що поєднує правовий аналіз та огляд відповідної літератури, проведено комплексний аналіз наявних правових інструментів і рамок, що застосовують до біженців, включаючи Конвенцію 1951 року про статус біженців і Директиву про тимчасовий захист. Проаналізовано виклики, з якими стикаються українські біженці у доступі до своїх прав, зокрема з відсутністю ефективної реалізації наявної правової бази. Результати дослідження вказують на те, що чинна законодавча база щодо захисту біженців з України потребує значних реформ. Визначено кілька сфер, які має бути вдосконалено, а саме: доступ до правової допомоги, освіти та охорони здоров'я. На підставі проведеного дослідження сформульовано висновки та надано рекомендації щодо вдосконалення законодавчої бази та забезпечення кращого захисту українських біженців. Зокрема, до таких рекомендацій входить удосконалення правових інструментів, що регулюють процедуру надання статусу біженця та захист біженців.

Ключові слова: біженці; захист; збройний конфлікт; міжнародне право.

Introduction

As the war has continued, the number of Ukrainian refugees has grown exponentially. The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) estimates that over 7.7 million Ukrainians have been forced to flee abroad as of October 2022, with the majority seeking refuge in European countries [1]. This massive displacement has created a significant challenge for both Ukraine and the international community.

The situation is made more complex by the fact that many of the Ukrainian refugees are not recognized as refugees under international law. This is because

the legal definition of a refugee requires that a person has a well-founded fear of persecution due to their race, religion, nationality, political opinion, or membership in a particular social group. While many of the Ukrainian refugees are fleeing violence and conflict, they may not meet this strict legal definition. Furthermore, even if Ukrainian refugees do qualify for protection under international law, the process of seeking asylum can be difficult and time-consuming. Many countries have limited resources to process asylum claims, and the process can be complicated by bureaucratic hurdles, language barriers, and cultural differences.

The situation is further complicated by the fact that many Ukrainian refugees are not able to return to their homes even if the conflict were to end tomorrow. This is because the conflict has caused significant damage to infrastructure and homes, and many areas remain unsafe due to unexploded ordnance and other dangers

Previous studies have examined the legal framework for the protection of refugees and have identified gaps and challenges in the current system. For example, one of the most significant contributors to the field of refugee law James C. Hathaway [2] establishes consistent criteria for determining refugee status, while Guy S. Goodwin-Gill [3] examines in-depth the rights of refugees under international law and takes analysis of legal definition of a refugee. Additionally [4], Elena Fiddian-Qasmiyeh focuses on the challenges faced by female refugees in accessing asylum procedures. The decent amount of research was conducted specifically about the influx of Palestinian, Syrian, Venezuelan refugees. Many scientists work on Palestinian refugee law such as Lex Takkenberg [5], Kurt Rene Radley [6]; Noura Erakat [7] in her new book conveys analysis on issues that face Palestinian refugees, criticizing the Israel side in many matters. Rossen Koroutchev [8] examines the crisis of Syrian refugees in Europe, Gerasimos Tsourapas [9], Jessy Nassar and Nora Stel [10], Madeline-Sophie Abbas [11] research on responses of Jordan, Turkey, Lebanon, the United Kingdom towards the Syrian refugee crisis. Luise Freier, Isabel Berganza, Cecile Blouin [12] examine the Cartagena refugee definition and problems of Venezuelan displacement, focusing on problem of applying the Cartagena for Venezuelan citizens. Marissa Jackson Sow [13] analyses Ukrainian refugee law from the prospect of discrimination for race particularly to people of African and Asian descent. Bernd Parusel and Valeriia Varfolomeieva [14] take deep research on consequences of visa-free entry and activation of temporary protection for Ukrainian refugees.

The legal framework for the protection of Ukrainian refugees is complex and challenging. The current system is based on international law, which provides a set of guidelines and standards for the protection of refugees. However, there

are several challenges in the implementation of this framework, which need to be addressed in order to improve the protection of Ukrainian refugees.

One of the main challenges in the legal framework is the narrow definition of a refugee. The legal definition of a refugee requires that a person has a well-founded fear of persecution due to their race, religion, nationality, political opinion, or membership in a particular social group. Many Ukrainian refugees are fleeing violence and conflict but may not meet this strict legal definition. As a result, they may not qualify for protection under international law. Furthermore, the process of seeking asylum can be complicated and time-consuming. Many countries have limited resources to process asylum claims, and the process can be complicated by bureaucratic hurdles, language barriers, and cultural differences. As a result, many Ukrainian refugees may face significant challenges in seeking asylum and may not receive the protection they need.

Another challenge in the legal framework is the lack of coordination between countries. Many Ukrainian refugees are seeking refuge in European countries, but there is no coordinated response among these countries. As a result, refugees may face different levels of protection and may not have access to the same resources and support in different countries.

To address these challenges, there is a need for further research and analysis of the legal framework for the protection of Ukrainian refugees. This study aims to contribute to this ongoing discussion by providing a detailed analysis of the legal framework and identifying specific areas in need of improvement.

Materials and Methods

This article aims to investigate the legal framework for the protection of refugees, with a particular focus on the situation of Ukrainian refugees. The methodology used in this study will involve a comprehensive review of relevant literature and previous studies on the legal framework for the protection of refugees.

To achieve the objectives of the study, a systematic review of relevant literature will be conducted to conduct a comparative analysis of the international legal frameworks applicable to Ukrainian, Palestinian, and Syrian refugees. This will involve an analysis of the rights and protections afforded to refugees under international law, as well as an examination of the specific challenges and gaps that exist in the current legal framework.

The study will also evaluate the extent to which the rights and protections afforded to Ukrainian refugees align with those of Palestinian and Syrian refugees. This will involve a detailed analysis of the legal protections and rights that are afforded to refugees under international law, as well as an

examination of the specific challenges and gaps that exist in the current legal framework.

To identify any inconsistencies or discrepancies in the international legal protection of Ukrainian refugees in comparison to other groups, the study will conduct a detailed analysis of the legal protections and rights that are afforded to refugees under international law, as well as an examination of the specific challenges and gaps that exist in the current legal framework.

The study will also include a critical assessment of the implementation of relevant legal instruments and recommendations for addressing any shortcomings. This will involve a detailed analysis of the legal protections and rights that are afforded to refugees under international law, as well as an examination of the specific challenges and gaps that exist in the current legal framework.

The research methods used in this study will mainly be qualitative with the use of secondary data analysis and literature reviews, as well as a critical examination of the implementation of relevant legal instruments and recommendations for addressing any shortcomings.

The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the Temporary Protection Directive are two of the most important legal instruments and frameworks that are applicable to refugees. These instruments set out the rights and protections that should be afforded to refugees and establish the obligations of states towards refugees.

Ukrainian refugees face unique challenges in comparison to Palestinian and Syrian refugees. The conflict in Ukraine has displaced over 1.5 million people, many of whom have fled to neighbouring countries such as Russia, Belarus, and Poland. Ukrainian refugees face challenges in accessing basic services, including healthcare, education, and employment.

The study will also identify any gaps or shortcomings in the legal framework for the protection of refugees. For example, the legal framework does not provide adequate protection for refugees who are stateless or who have been forcibly displaced due to climate change. This study will provide a comprehensive analysis of the legal framework for the protection of refugees, with a particular focus on the situation of Ukrainian refugees. The study will evaluate the extent to which the rights and protections afforded to Ukrainian refugees align with those of Palestinian and Syrian refugees and identify any inconsistencies or discrepancies in the international legal protection of Ukrainian refugees. The study will also provide recommendations for addressing any shortcomings in the legal framework for the protection of refugees.

Results and Discussion

International legal instruments, such as the 1951 Convention Relating [15] to the Status of Refugees and its 1967 Protocol [16], provide the foundation for the protection of refugees worldwide. These instruments establish the obligations of states towards refugees and set out the rights and protections that should be afforded to refugees. However, the implementation of these instruments can vary greatly among different countries and regions.

In the case of Palestinian refugees, they have a distinct legal framework under the mandate of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA), which was established in 1949. UNRWA provides essential services such as healthcare, education, and social services to over five million registered Palestinian refugees in the Middle East.

However, UNRWA faces a significant funding crisis, which has resulted in a shortage of resources and services for Palestinian refugees. Palestinian refugees also face many challenges, such as lack of access to basic services, limited freedom of movement, and restricted access to livelihood opportunities. These challenges have been exacerbated by the ongoing conflict in the region, which has resulted in the displacement of many Palestinians.

In contrast, Syrian refugees have been provided with significant international support and protection in recent years. The international community has provided significant financial and humanitarian aid to support Syrian refugees, and many countries have opened their borders to provide refuge to Syrians fleeing conflict.

However, the situation for Ukrainian refugees is different. The conflict in Ukraine has displaced over 7.7 million people, many of whom have fled to neighbouring countries such as Hungary, Romania, and Poland. The legal framework for the protection of refugees is complex and varies greatly among different countries and regions. While international legal instruments provide a foundation for the protection of refugees, their implementation can vary greatly among different countries and regions. The situation of Palestinian refugees, Syrian refugees, and Ukrainian refugees highlights the importance of international cooperation and support in providing protection and assistance to refugees.

The legal framework for the protection of refugees is complex and multifaceted. While international legal instruments provide a foundation for the protection of refugees, their implementation can vary greatly among different countries and regions. The situation of Palestinian refugees, Syrian refugees, and Ukrainian refugees highlights the importance of international cooperation and support

in providing protection and assistance to refugees. It is essential that the international community continues to work together to ensure that refugees are provided with the protection and assistance they need.

The Palestinian and Syrian refugee law analysis

The situation for Syrian refugees is particularly dire. Since the start of the Syrian civil war in 2011, more than 5.6 million Syrians have fled the country, with many seeking refuge in neighbouring countries. While the 1951 Convention and its 1967 Protocol are technically applicable to Syrian refugees, the ongoing conflict and resulting fragmentation of the Syrian state has made the protection of Syrian refugees a complex issue.

The conflict in Syria has led to the displacement of millions of people within the country and across its borders. Syrian refugees who have fled to neighbouring countries, such as Lebanon, Jordan, and Turkey, often lack legal status and face difficulties accessing basic services and protection. They are often forced to rely on the hospitality of host communities, many of whom are also struggling to make ends meet. This has led to many Syrian refugees facing significant challenges in accessing basic services such as healthcare, education, and shelter.

The international community has responded to the Syrian refugee crisis by providing humanitarian aid and financial assistance to host countries. However, this has not been sufficient to address the complex and multifaceted challenges faced by Syrian refugees. The fragmentation of the Syrian state has made it difficult to determine who is responsible for protecting Syrian refugees and providing them with assistance. In addition, the ongoing conflict in Syria has made it difficult to provide aid and assistance to those who need it most.

The situation for Palestinian refugees is also challenging. Palestinian refugees are not recognized as refugees under international law and are not covered by the 1951 Convention and its 1967 Protocol. Instead, they are covered by UNRWA's mandate, which is limited in scope and resources. This has led to a lack of access to basic services and protection for Palestinian refugees.

Palestinian refugees have been displaced from their homes as a result of the conflict between Israel and Palestine. Many have been living in refugee camps for decades, with limited access to basic services such as healthcare, education, and employment. The situation for Palestinian refugees has been further complicated by the ongoing conflict in the region, which has made it difficult to provide aid and assistance to those who need it most.

The challenges faced by Palestinian and Syrian refugees highlight the limitations of the current legal framework for protecting refugees. While the 1951

Convention and its 1967 Protocol provide the foundation for the protection of refugees worldwide, their implementation can vary greatly among different countries and regions. The specific challenges faced by Palestinian and Syrian refugees demonstrate the need for a more comprehensive and nuanced approach to refugee protection.

In conclusion, the legal framework for protecting refugees is complex and multifaceted. While international legal instruments provide a foundation for the protection of refugees, their implementation can vary greatly among different countries and regions. The situation for Palestinian and Syrian refugees highlights the limitations of the current legal framework for protecting refugees and the need for a more comprehensive and nuanced approach to refugee protection. The international community must work together to address the challenges faced by refugees and to provide them with the protection and assistance they need to rebuild their lives.

The Ukrainian refugee law analysis

The United Nations General Assembly [17] and the United Nations Human Rights Council [18] have recognized the aggression of Russia against Ukraine and have called for the withdrawal of Russian troops and Russian-backed armed groups from Ukraine. This act of assault has led to the displacement of many people, who may be considered as refugees under the 1951 Convention definition [15]. The decision on refugee status has been left to host states, with many granting different forms of asylum to those seeking it. On 4th March, the Council of the European Union (EU) implemented temporary protection for refugees from Ukraine, which provides accommodation, education, work, and healthcare [19]. However, it is important to note that temporary protection and refugee status are fundamentally different and the process of obtaining temporary protection varies by country.

The opportunity for refugee status under the 1951 Convention remains available, but it is not widely used as the process of obtaining this status is longer and the eligibility criteria are different. The EU recognizes Ukrainians as war refugees who should be granted asylum, but due to the nature of the conflict, applies temporary protection instead. The EU, in partnership with other international organizations, intends to end the conflict so refugees can return safely back home.

The implication of temporary protection by European state has a high significance because it shows a consolidate and proper response to a refugee crisis. This response requires substantial efforts from each state to ensure legal implementation of such protection. Poland's early acceptance of Ukrainian refugees has highlighted the pressing need for urgent legislative measures to

address the situation effectively. On 12th March of 2022 Polish Sejm has enacted Act on aid to citizens of Ukraine in connection with the armed conflict on the territory of that country [20]. This Act specifies rules for legal stay of Ukrainian citizens who fled to Poland. This law covers provisions for work permits, legal rights, education, financial support etc. As a highly intricate and exhaustive legal framework, the Act effectively embodies fundamental tenets of refugee protection within the framework of national law. This Act introduced amendments to a number of other legislative instruments, which were found to be incompatible with its provisions. For instance, it modifies the Act of 5 December 1996 on the professions of doctor and dentist due to the given permission for Ukrainian refugees to practise doctor or dentist professions [21]. 23 pieces of legislation are to be amended in accordance with the Act, which highlights both the incompatibility of current refugee law contemporary realities and signalling the effort of the Polish legislative and executive branches to address the ongoing refugee crisis. The current law outlines that individuals who are citizens of Ukraine and are legally residing in Poland under Art. 2, paragraph 1 (or 2) of a special law, are deemed to have temporary protection on the territory of the Republic of Poland. The acquisition of a PESEL code, which can be obtained upon request, serves as proof of identification for Ukrainian citizens and grants them access to essential rights guaranteed by temporary protection. Essentially, the issuance of a PESEL code affords Ukrainian nationals temporary protection status while in Poland. Following the implementation of the Act, a set of amendments were made, including the law passed on January 13, 2023, which specifies that individuals who have sought similar rights in another EU member state, apart from the Republic of Poland, are ineligible to use the rights outlined in the Act [22].

The implementation of temporary protection in Poland has undergone significant changes in recent years, reflecting the country's evolving approach to managing refugee flows. One key development has been the modification of Polish law regarding Ukrainian refugees, which has played an important role in preventing abuse of the temporary protection system by those who are not permanently residing in the country.

Poland's location on the border with Ukraine has made it a crucial hub for refugees fleeing the ongoing conflict in the region. As a result, the Polish government has been forced to grapple with a rapidly changing situation, as waves of displaced persons seek temporary protection within its borders.

In response, the government has implemented a range of measures aimed at streamlining the process of providing temporary protection to those in need.

These measures have included changes to the law governing the status of refugees, as well as the establishment of specialized centres to process applications for protection and provide support to those who have been granted it.

At the same time, the Polish government has also sought to ensure that those who are not genuinely in need of temporary protection are not able to abuse the system. This has included stricter requirements for demonstrating the need for protection, as well as increased monitoring and enforcement efforts to prevent fraudulent claims.

Overall, the changes in implementation of temporary protection in Poland reflect a dynamic and evolving approach to managing the complex challenges posed by refugee flows in the region. By balancing the need to provide support and protection to those in need with efforts to prevent abuse of the system, Poland has demonstrated a commitment to upholding its obligations as a responsible member of the international community.

On 14th March 2022 German federal ministry responsible for domestic affairs, public security, migration, and integration addressed the letter to the responsible ministries and senate administrations of the German states in regards with implementation of a decision by the European Council to provide the temporary protection to refugees from Ukraine. The comprehensive instructions pertaining to the legalization and endowment of requisite entitlements to Ukrainian refugees in Germany are explicated in the "Information from the Bundesministerium des Innern on the implementation of § 24 AufenthG" dated 14th March 2022 [23], and the supplementary "Information" of 14th April 2022 [24]. Germany has been largely granting temporary protection to Ukrainian refugees in accordance with § 24 of the Aufenthaltsgesetz (Residence Act) and the Council of the European Union's decision to establish a mass influx situation in the sense of Article 5 of Directive 2001/55/EC and to introduce temporary protection, as a response to the refugee crisis in Ukraine. Residence Act deals with most of provisions concerning the protection of Ukrainian refugees [25]. It gives the answers for queries about humanitarian residence, work permit, travel abroad etc. While German refugee law may be perceived as strict, particularly in its restrictions on intercity mobility, it is crucial to acknowledge its precision and explicitness. In response to the significant refugee crisis beginning in 2015, Germany implemented a range of measures to manage the arrival and integration of refugees, such as the Aufenthaltsgesetz (Residence Act) and temporary protection under the EU's 2001/55/EG directive. Despite potential criticisms of the strictness of German refugee law, including the limited mobility of refugees within the country, these measures demonstrate the German government's commitment to

providing explicit and exact regulations for managing the refugee crisis, which primarily impacted Syrian, Afghan, and Iraqi refugees. It must be admitted that German response to refugee influx is more exact, united and is not subject to many modifications.

The directive was also active in Spain through sufficient legislation [26]. In situations where individuals have been displaced due to war, Spain offers temporary protection that enables them to reside, work, or pursue education within the European Union for a period of one year, with an automatic extension of an additional year after the initial period has expired. This period may be further extended for a third year without necessitating an asylum application. This measure offers a vital opportunity for individuals affected by the conflict in Ukraine to rebuild their lives and recover from the trauma associated with displacement. Compared to Germany, the implementation of temporary protection in Spain is comparatively broader and more lenient, permitting greater freedom of movement within cities and EU borders. However, a significant issue with Spain's temporary protection program is the comparatively lower level of social security benefits and financial aid offered to beneficiaries, as opposed to the German system, which includes a monthly allowance grant to provide additional support.

The Ukrainian refugees in the US may not qualify as refugees under US law or the 1951 Refugee Convention, as both definitions narrowly define refugees as those who fear being persecuted if returned, rather than people fleeing war. Even though President Biden has announced the resettlement of 100,000 Ukrainian refugees, the US refugee law requires individual refugee status determination interviews based on the outdated and overly narrow refugee definition in US law [27].

The problems concerning refugee law

The extent to which the rights and protections afforded to Ukrainian refugees under international law is broader and Ukrainians are granted basic human rights, social security and right to work in countries-members of European Union and other who propose equivalent schemes. However, my legal analysis highlights the issues that most refugees face. First, this is a lack of clarity of refugee definition under Convention. Refugees are individuals who have been forced to flee their homes due to persecution, war, or violence. However, the definition of a refugee in international law is narrow and has several limitations, which can result in individuals who are displaced due to various reasons not being considered refugees and not having access to the same legal protections and assistance. The definition of a refugee in U.S. law closely follows the international definition outlined by the Refugee Convention, and U.S. court

cases have often denied asylum to those from Central America and other places fleeing life-threatening conflicts, determining that generalized violence is not a valid reason for asylum in the U.S.

In 1967, the Organization of African Unity (OAU) took a crucial step towards acknowledging the shortcomings of the current definition of a refugee outlined by the 1951 Refugee Convention. The OAU expanded the definition in Africa to include individuals who were fleeing "external aggression, occupation, foreign domination, or events seriously disturbing public order". This broader definition allowed for a more comprehensive recognition of the diverse reasons that lead individuals to flee their homes, including those who may not meet the strict criteria outlined in the 1951 Convention.

Similarly, in 1984, Latin American countries also expanded their definition of a refugee through the Cartagena Declaration. This declaration recognized individuals who were fleeing "generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order" as refugees. This broader definition allows for a more inclusive recognition of the diverse reasons that lead individuals to flee their homes and seek refuge.

These expanded definitions have been crucial in providing legal protections to individuals who may not have otherwise qualified as refugees under the narrower definition outlined in the 1951 Convention. They also reflect the growing recognition among nations that the reasons individuals flee their homes are complex and varied, and that legal frameworks for providing protection must be flexible and responsive to the changing nature of forced displacement.

Overall, the expansion of the definition of a refugee in Africa and Latin America has helped to create a more comprehensive and inclusive approach to providing protection to those in need. By recognizing the diverse reasons that lead individuals to flee their homes, these expanded definitions have played a crucial role in shaping the international legal framework for addressing forced displacement and providing support to those who have been forced to seek refuge. The current definition has been widely criticized for being out of date and not adequately addressing the complexities of modern refugee crises. Changing the refugee definition to better reflect the current reality of displacement could solve many problems faced by refugees and host countries alike. The contribution Cartagena Declaration has made would be a solution to ambiguity of the status of Palestinian, Syrian, and Ukrainian refugees under international law.

Another issue is the lack of uniformity in the application of the refugee definition across countries, which can lead to inconsistencies in the recognition and

protection of refugees. Some countries may have more restrictive asylum laws than others, which can make it more difficult for refugees to be recognized and receive protection.

Another issue is the lack of uniformity in the application of the refugee definition across countries, which can lead to inconsistencies in the recognition and protection of refugees. Some countries may have more restrictive asylum laws than others, which can make it more difficult for refugees to be recognized and receive protection.

The Temporary Protection Directive (TPD), which was previously considered ineffective, has proven to be a useful tool in avoiding overburdening and congestion of asylum systems and reception services. It suggests that utilizing the TPD more frequently during sudden spikes in refugee flows could be a viable option for managing these situations.

Overall, the temporary protection measures put in place by European nations in response to the refugee crisis in Ukraine highlight the significance of legal frameworks that take into account the complicated requirements of displaced people. Although every state has made steps to grant refugees temporary protection, there are obvious variances in the level of legal assistance provided. Recent legislative initiatives in Poland to assist Ukrainian refugees underscore the need for immediate action and have led to the creation of complicated legal framework that grants temporary protection status and access to a range of rights and entitlements. On the other hand, despite the fact that Germany has provided temporary protection to Ukrainian refugees through clear-cut legal requirements, its refugee law may be seen as tighter. Comparatively speaking, Spain provides temporary protection that is both broader and more flexible in terms of freedom of movement, but the amount of social security benefits and financial aid offered is comparatively lower. Generally, each nation must exert considerable effort to respond effectively to refugee crises, and ongoing evaluation and improvement of temporary protection laws are required to guarantee that the rights and requirements of refugees are met in full.

The Temporary Protection Directive (TPD) was introduced by the European Union (EU) in response to the refugee influx that began in 2015. While there have been some implementation challenges in integrating the TPD into domestic legal systems, the unity displayed by the EU in activating this directive serves as an example of how to respond to such crises.

One of the key benefits of the TPD is that each member state has activated its own procedures for granting refugees access to education, work, and social and medical care. This approach helps to prevent illegal migration, labour

exploitation, and criminal activity. By providing refugees with legal status and access to basic services, the EU can better manage the flow of people entering its borders.

Moreover, the cooperation of neighbouring countries is crucial in creating a united response to the refugee crisis. Ignoring the issue is not a solution, as the influx of refugees will not stop unless action is taken. When neighbouring countries work together to address this crisis, they can create a more comprehensive solution and reduce the burden on individual member states.

To prevent future humanitarian emergencies, it is essential for international organizations and states to work together to improve international refugee law. The current system is in need of updating, and a clear system of refugee protection algorithms needs to be established. This will enable refugees to access their rights and provide a framework for governments and organizations to respond effectively to refugee crises.

There are a few challenges to implementing the TPD. One issue is that some member states are reluctant to welcome refugees due to domestic political pressures. This can lead to inconsistent implementation of the directive, which can undermine its effectiveness. Another challenge is that some countries have more resources and capacity than others, which can create an uneven distribution of responsibilities.

Despite these challenges, the TPD remains an important instrument in managing the refugee crisis. It provides a framework for responding to refugee crises and ensures that refugees are granted legal status and access to basic services. The closer cooperation of neighbouring countries is also essential in creating a united response to the crisis. By working together and updating international refugee law, we can prevent future humanitarian emergencies and provide much-needed protection for those fleeing conflict and persecution.

In conclusion, the TPD provides a blueprint for how to respond to the refugee crisis in a coordinated and effective manner. While there are challenges to implementation, the EU's unity in activating this directive demonstrates the importance of working together to address this issue. Moving forward, it is critical for international organizations and states to continue to improve international refugee law and establish clear systems for refugee protection. By doing so, we can provide essential protection and support for those who need it most.

Conclusions

The global refugee crisis continues to pose significant challenges for the protection of refugees, and the ongoing armed conflicts in many parts of the

world exacerbate these challenges. In this context, it is crucial for legal scholars, law students, international organizations, policymakers, and politicians to examine and address the complexities and challenges in the legal framework for protecting refugees. This study aimed to contribute to this ongoing discussion by examining the legal framework for the protection of Ukrainian refugees, identifying potential areas for improvement, and providing recommendations for addressing any shortcomings.

The study utilized a comparative analysis of the international legal frameworks applicable to Ukrainian, Palestinian, and Syrian refugees to identify any discrepancies or inconsistencies in the international legal protection of Ukrainian refugees in comparison to other groups. The analysis revealed that while Ukrainian refugees are afforded some protections under international law, there are significant gaps and shortcomings in the legal framework that must be addressed.

One key area in need of improvement is the lack of effective implementation of relevant legal instruments. The study found that while there are several international legal instruments that protect the rights of refugees, including the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, the 1950 European Convention on Human Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights, the implementation of these instruments remains inadequate. There is a need for more effective monitoring and enforcement mechanisms to ensure that states are fulfilling their obligations under international law.

Another area in need of improvement is the alignment of rights and protections afforded to Ukrainian refugees under international law. The study found that while Ukrainian refugees are entitled to certain rights and protections, such as the right to non-refoulement and the right to seek asylum, there are significant gaps in their protection compared to other groups, such as Syrian refugees. For example, Ukrainian refugees are not eligible for resettlement under the UNHCR resettlement program, whereas Syrian refugees are eligible. This highlights the need for a more comprehensive and consistent approach to the protection of refugees under international law.

Despite these challenges, the study also identified some positive developments in the legal framework for protecting refugees. The Temporary Protection Directive (TPD) has proven to be a useful tool in avoiding overburdening and congestion of asylum systems and reception services, suggesting that utilizing the TPD more frequently during sudden spikes in refugee flows could be a viable option for managing these situations. Additionally, the study found that there is a growing recognition of the importance of local integration and self-reliance for refugees,

which could help to provide sustainable solutions for refugees and reduce their reliance on external assistance.

In light of these findings, the study provides several recommendations for improving the legal framework for protecting refugees, particularly Ukrainian refugees. First, there is a need for more effective implementation of relevant legal instruments, including the Refugee Convention and the European Convention on Human Rights. This could be achieved through more robust monitoring and enforcement mechanisms, as well as greater accountability for states that fail to meet their obligations under international law.

Second, there is a need for a more comprehensive and consistent approach to the protection of refugees under international law. This could include greater alignment of rights and protections afforded to refugees, as well as more effective coordination between international organizations, NGOs, and national governments to ensure that refugees receive the support they need.

Third, there is a need for greater emphasis on local integration and self-reliance for refugees.

This could involve providing more support for local communities that host refugees, as well as providing refugees with access to education, healthcare, and other essential services that can help them to rebuild their lives in their new communities.

In conclusion, this study provides valuable insights into the legal framework for the protection of Ukrainian refugees and identifies potential areas for improvement. By addressing the gaps and shortcomings in the legal framework, and implementing the recommendations provided, we can help to ensure that refugees are able to access the legal protections.

Recommendations

The ongoing global refugee crisis and armed conflicts continue to pose significant challenges to the legal framework for protecting refugees. As individuals who are concerned with the wellbeing and rights of refugees, it is recommended that legal scholars, law students, international organizations, policymakers, and politicians explore and address the complexities and challenges in this legal framework to improve the protection and rights of refugees.

To this end, it is recommended that legal scholars and law students continue to conduct research on the evolving legal landscape surrounding refugees, particularly as it relates to changes in patterns of forced displacement, new forms of persecution, and shifting geopolitical dynamics. Additionally, it is

recommended that legal experts continue to provide legal analysis and advice to policymakers, international organizations, and NGOs to ensure that the legal framework for protecting refugees is adequately resourced, enforced, and responsive to the needs of refugees themselves.

International organizations, policymakers, and politicians also have a crucial role to play in improving the protection and rights of refugees. It is recommended that they prioritize the resourcing of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and other humanitarian organizations, which play a critical role in supporting states in fulfilling their obligations under international law. Policymakers and politicians should also work towards strengthening and enforcing national laws, policies, and practices that protect the rights of refugees.

Finally, it is recommended that all stakeholders prioritize addressing the root causes of forced displacement, such as conflict, persecution, and poverty. This requires addressing the underlying political, economic, and social factors that drive forced displacement, as well as providing effective humanitarian assistance and protection to those who are displaced. Collaboration and engagement with local communities, civil society organizations, and refugees themselves is crucial to better understand and respond to the complex challenges faced by refugees.

In conclusion, the legal framework for protecting refugees is a complex and dynamic system that requires ongoing attention, reform, and prioritization. It is recommended that all stakeholders work collaboratively and proactively towards ensuring that refugees are able to access the legal protections and rights to which they are entitled under international law. By doing so, we can help to ensure that the global refugee crisis is effectively addressed and that the human rights of refugees are protected and upheld.

References

- [1] UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees). (2022). Ukraine situation. Retrieved from <https://reporting.unhcr.org/ukraine-supplementary-appeal-2022-addendumfrom>.
- [2] Hathaway, J.C. (1991). *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths.
- [3] Goodwin-Gill, G.S. (1996). *The refugee in international law* (3rd ed., 2007). Oxford University Press.
- [4] Fiddian-Qasmiyeh, E., Loescher, G., Long, K., & Sigona, N. (Eds.). (2018). *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford University Press.
- [5] Takkenberg, L. (1998). *The Status of Palestinian Refugees in International Law*. Oxford, UK: Clarendon Press.
- [6] Radley, K.R. (1978). The Palestinian Refugees: The Right to Return in International Law. *The American Journal of International Law*, 72(3), 586-614.
- [7] Erakat, N. (2021). *Justice for Some: Law and the Question of Palestine*. Stanford University Press.

- [8] Koroutchev, R. (2016). The Syrian refugee crisis in Europe: Policies and challenges. *Journal of Liberty and International Affairs*, 1(Supp. 1), 26-37.
- [9] Tsourapas, G. (2019). The Syrian refugee crisis and foreign policy decision-making in Jordan, Lebanon, and Turkey. *Journal of Global Security Studies*, 4(4), 464-481. <https://doi.org/10.1093/jogss/ogz016>.
- [10] Nassar, J., & Stel, N. (2019). Lebanon's response to the Syrian Refugee crisis—Institutional ambiguity as a governance strategy. *Political Geography*, 70, 44-54. <https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2019.01.005>.
- [11] Abbas, M.S. (2019). Conflating the Muslim refugee and the terror suspect: Responses to the Syrian refugee "crisis" in Brexit Britain. *Ethnic and Racial Studies*, 42(14), 2450-2469. <https://doi.org/10.1080/01419870.2019.1588339>.
- [12] Freier, L. F., Berganza, I., & Blouin, C. (2022). The Cartagena refugee definition and Venezuelan displacement in Latin America. *International Migration*, 60(1), 18-36. <https://doi.org/10.1111/imig.12791>.
- [13] Jackson Sow, M. (2022). Ukrainian Refugees, Race, and International Law's Choice Between Order and Justice. *American Journal of International Law*, 116(4), 698-709. <https://doi.org/10.1017/ajil.2022.56>.
- [14] Parusel, B., & Varfolomeieva, V. (2022). *The Ukrainian Refugee Situation: Lessons for EU Asylum Policy*. SIEPS European Policy Analysis.
- [15] United Nations. (1951). Convention relating to the status of refugees. Retrieved from <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>.
- [16] United Nations General Assembly. (1967). Protocol relating to the status of refugees. *United Nations, Treaty Series*, 606, 267. Retrieved from <https://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>.
- [17] United Nations. (2022). Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine. A/RES/ES-11/2.
- [18] United Nations. (2022). Situation of human rights in Ukraine stemming from the Russian aggression. A/HRC/RES/49/1.
- [19] Temporary Protection Directive. (2001/55/EC).
- [20] Dz.U. 2022 poz. 583. (2022). Ustawa z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa.
- [21] Dz.U. 1997 poz.152 (1996). Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry.
- [22] Dz. U. 2023 poz. 185 (2023). Ustawa z dnia 13 stycznia 2023 r. o zmianie ustawy o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa oraz niektórych innych ustaw.
- [23] Bundesministerium des Innern und für Heimat. (2022, March 14). An die für das Aufenthaltsrecht zuständigen Ministerien und Senatsverwaltungen der Länder: Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes.
- [24] Bundesministerium des Innern und für Heimat. (2022, April). Umsetzung des Durchführungsbeschlusses des Rates zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes.

- [25] Residence Act in the version promulgated on 25 February 2008 (Federal Law Gazette I p. 162), most recently amended by Article 4b of the Act of 17 February 2020 (Federal Law Gazette I p. 166).
- [26] Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. (2022, 10 de marzo). Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protecciyn temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania. "BOE" núm. 59, páginas 28304-28307.
- [27] Frelick, B. (2022, March 30). Ukrainians Are Refugees, but our Laws Don't Consider Them Such. *The Hill*.

Ілія І. Маланчук

Student of the International Law Faculty
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: i.i.malanchuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-8648-7301

Ілля Ігорьович Маланчук

студент міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: i.i.malanchuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-8648-7301

Suggested Citation: Malanchuk, I.I. (2023). Legal Framework for the Protection of Ukrainian Refugees: a Comparative Study. *Problems of Legality*, 160, 230-248. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.272931>.

Рекомендоване цитування: Маланчук І. І. Правові рамки захисту українських біженців: порівняльне дослідження. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 230–248. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.272931>.

Статтю подано / Submitted: 27.01.2023
Доопрацьовано / Revised: 19.02.2023
Схвалено до друку / Accepted: 26.02.2023
Опубліковано / Published: 25.03.2023

The Role of the Notary when Making a Canceled Purchase Agreement Deed in Court (Review of Articles 15 and 16 of the Indonesian Notary Law)

Danang H. Prasetyo*

Collage, Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

**e-mail: danangasli@gmail.com*

Tri L. Prihatinah

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

Sulistiyandari

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

Abstract

A notary deed is an authentic deed drawn up by or before a notary according to the form and procedure stipulated in Law Number 2 of 2014 concerning the Office of a Notary. Article 15 of the law on the position of a notary regulates the authority of a notary, and Article 16 of the law on the position of a notary regulates the obligations of a notary. In carrying out these powers and obligations, a role is required in the form of a series of actions that are supportive in carrying out the duties of a notary in accordance with his position if the Notary does not play a role in causing the deed to be canceled, as in the Supreme Court Decision No. 535 PK/Pdt/2017 (1) the cancellation was due to an imbalance between what was written in the sale and purchase agreement deed and the facts of the parties. The decision of the Surabaya District Court (2) stated that the deed made by a notary was valid according to legal provisions. In contrast, the decision of the Surabaya High Court (3) stated that the deed was legally flawed. The decision of the Supreme Court (4) at the cassation and review level upheld the decision. This study analyzes the juridical factors that cause the deed of sale and purchase agreement made before a notary to be void based on a court decision and analyzes the role of the Notary in making a sale and purchase agreement deed. The research method used is normative juridical, using secondary data obtained from literature studies, including primary, secondary, and tertiary legal sources. The juridical factor that caused the cancellation of the sale and purchases agreement deed by the Notary, according to the Supreme Court's decision upholding the high court's decision, was because the plaintiff of the convention could prove the argument for his lawsuit regarding bilyet giro not for land payment in the sale and purchase agreement deed but for the sale and purchase of scrap metal where the plaintiff (seller) is an intermediary in buying and selling scrap metal. The Notary has yet to play a role in making the sale and purchase agreement deed, which resulted in the sale and purchase agreement deed being canceled based on a court decision. The problem is caused by the Notary not carrying out roles, such as providing legal counseling in connection with doing the deed as stipulated in the notary position law Article 15 paragraph (2) letter (e), carrying out the task carefully

as stipulated in Article 16 paragraph (1) letter a, Reading the deed before the parties attended by at least 2 (two) witnesses as referred to in Article 16 paragraph (1) letter (m).

Keywords: notary; cancellation of agreement; sale and purchase agreement.

Роль нотаріуса при посвідченні анульованого договору купівлі-продажу в судовому порядку (аналіз статей 15 та 16 Закону Індонезії «Про нотаріат»)

Дананг Хані Прасетіо*

Коледж, Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
*e-mail: danangasli@gmail.com

Трі Лісіані Прихатінах

Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

Сулістандарі

Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

Анотація

Нотаріальний акт є автентичним актом, складеним нотаріусом або у присутності нотаріуса відповідно до форми та порядку, передбачених Законом № 2 від 2014 р. про нотаріат. Стаття 15 цього Закону щодо посади нотаріуса визначає права нотаріуса, а стаття 16 – його обов'язки. Здійснення прав та обов'язків виглядає як послідовність дій, що спрямовані на виконання зобов'язань нотаріуса відповідно до його посади. Нотаріус не завжди відіграє роль у визнанні правочину недійсним. Зокрема, у рішенні Верховного суду № 535 PK/Pdt/2017 (1) визнання правочину недійсним відбулося через дисбаланс між тим, що було зазначено в договорі купівлі-продажу, і фактичним станом справ за даними сторін. Розглянуто рішення окружного суду м. Сурабаї (2), в якому вказано, що договір, укладений нотаріусом, є дійсним відповідно до правових положень. Натомість у рішенні Високого суду м. Сурабаї (3) було зазначено, що договір є юридично неповноцінним. Постановою Верховного суду в касаційній інстанції (4) це рішення залишено без змін. У роботі проаналізовано юридичні чинники, які спричиняють визнання договору купівлі-продажу, укладеного нотаріусом, недійсним на підставі рішення суду, а також роль нотаріуса в укладенні договору купівлі-продажу. При цьому застосовано нормативно-юридичний метод дослідження з використанням вторинних даних, отриманих із літературних джерел, включаючи первинні, вторинні та третинні правові джерела. Юридичний чинник, що зумовив визнання нотаріального договору купівлі-продажу недійсним за рішенням Верховного суду, який залишив без змін рішення Високого суду, полягав у

тому, що позивач зміг навести аргумент на підтвердження свого позову, за яким умови договору не були вписані для договору купівлі-продажу землі. Натомість для договору купівлі-продажу металобрухту, де позивач (продавець) є посередником у купівлі-продажу, нотаріус не брав участі у складанні договору купівлі-продажу, що призвело до визнання договору купівлі-продажу рішенням суду недійсним. Це спричинено тим, що нотаріус не виконав таких функцій, як надання юридичних роз'яснень у зв'язку з вчиненням правочину, як це передбачено пунктом «е» абзацу другого статті 15 Закону про нотаріат; не виконав завдання з усією обачливістю, як це передбачено пунктом «а» абзацу першого статті 16; не оголосив правочин перед сторонами за участю принаймні двох свідків, як зазначено в пункті «т» абзацу першого статті 16 наведеного вище Закону.

Ключові слова: нотаріус; розірвання договору; договір купівлі-продажу.

Introduction

The notary is constructed as a public official. Public officials are people who carry out work or tasks to serve the interests of society as a whole. The authority of a notary is divided into 2 (two) types, namely the Authority to make authentic deeds, and other Authorities [1]. Notaries have a very important role in Indonesia as a country adhering to the civil law legal system to serve the public in terms of making authentic deeds as evidence or as legal/absolute requirements for certain legal actions. Notaries in carrying out their positions and maintaining attitudes, behavior in accordance with laws and regulations and notaries' code of ethics. The authority possessed by a notary is not solely for personal gain but for the benefit of society, and guarantees that the deed he makes is correct [2].

The role of a notary in the service sector is as an official who is given some authority by the state to serve the public in the civil field, especially making authentic deeds. A notary is a public official who is the only one authorized to make authentic deeds regarding all actions, agreements and stipulations that are required by a general regulation or by those with an interest to be desired or stated in an authentic deed [3]. According to Soerjono Soekanto, "Role is a dynamic aspect of position (status), if a person carries out his rights and obligations according to his position, then he carries out a role. In essence, the role can also be formulated as a certain set of behaviors that are elicited by a particular position" [4].

One of the powers of a notary is to make a sale and purchase agreement deed Article 15 paragraph 1 of Law Number 2 of 2014 concerning the Position of a Notary, explaining that a Notary has the authority to do an authentic deed regarding agreements required by laws and regulations and or desired by those concerned to be declared in the Authentic Deed. According to Herlien Budiono, the contents of the sale and purchase agreement which is a preliminary

agreement for the birth of the main agreement or main agreement is usually in the form of promises from the parties containing provisions regarding the conditions agreed upon for the validity of carrying out the main agreement [5]. The sale and purchase agreement is an obligatoir agreement, regarding the contents and form of the sale and purchase agreement. Given the function and purpose of making a sale and purchase agreement, the reasons or matters behind the sale and purchase need to be clearly described and illustrated in the premise of the notarial deed [6].

The sale and purchase deed made before a notary is an authentic deed with perfect evidentiary power. Based on Article 1870 of the Indonesian Civil Code, an authentic deed provides perfect evidence of what is contained therein. Perfect means that the judge does not need other evidence to decide the case other than on the basis of the intended authentic evidence, while binding means that the judge is bound by authentic evidence unless it can be proven otherwise. The legal requirements for a notarial deed include formal requirements based on Article 38 of Law Number 2 of 2014 concerning the Office of a Notary, the material requirements for a deed must meet the requirements for the validity of the agreement stipulated in Article 1320 of the Civil Code.

Notaries in the process of making a deed have obligations that must be carried out in carrying out their positions which are regulated in Article 16, paragraph 1 of Law Number 2 of 2014 concerning the Position of Notary. Not doing so will cause problems with the deed made, such as in the decision of the Surabaya District Court Number 804/Pdt.G/2012/PN.SBY (2), where the deed of sale and purchase agreement Number 48 dated 18 July 2008 was made before Notary Devi Chrisnawati, SH, in Surabaya in a case resulting in a different decision between the Surabaya District Court (2) and the Surabaya High Court (3).

The purpose of proving a notarial deed in court is to provide certainty to the judge that a legal event has occurred. It was proving that a legal event had occurred. Therefore, a deed can be authentic when it meets the requirements set out in the law, one of which is that it is made by an authorized public official so that the deed will become written evidence with perfect evidentiary power. Here the role of the notary profession is significant in fulfilling these requirements because a notary is a public official who has been given the authority to do authentic deeds stipulated by law [7].

The goal to be achieved is to analyze the juridical factors of court decisions that cause the deed of sale and purchase agreement made by a notary to be canceled by the court. What is the role of a notary as a general official doing authentic deeds according to the Indonesian Notary Office Law in doing deeds to avoid

canceling the deed made by a notary the usefulness of research is as input and consideration for the development of legal knowledge, especially in the notary field in standard arrangements and procedures, regarding the role and position of a notary so that the deed is always avoided from being canceled.

Which is the subject of the first discussion, what are the juridical factors that cause the sale and purchase agreement deed to be canceled by the court? Second, what is the role of the Notary in making the sale and purchase agreement deed so that it is canceled by the court?

Materials and Methods

This research will be compiled using normative juridical analysis [8]. Namely, research focused on examining the application of rules or norms in positive law. The methods used in this research are statutory approaches, analytical approaches, and conceptual approaches [9]. The data needed to be used in this research is to use secondary data. Primary legal materials include the Civil Code, Law Number 2 of 2014 concerning the Position of Notary Public, and secondary legal materials include legal literature, research results in the field of law, scientific articles, journals, and the internet. Researchers use library data collection methods to collect books, documents, rules and regulations, scientific papers, and other literature. Legal materials obtained will be analyzed qualitatively.

Results and Discussion

What are the juridical factors that cause the deed of sale and purchase agreement made by a notary to be canceled by the court?

The case began on July 18, 2008, with Deed of Sale and Purchase Agreement No. 48 by the co-defendant (Notary). The object of the sale and purchase agreement is land owned by the plaintiff (seller). The sale and purchase price is IDR 1.500.000.000.00 (one billion five hundred million rupiah). The buyer is the defendant (buyer) in the deed. It was explained that it had been paid off before the signing of the deed. However, problems arose with the deed because the plaintiff (the seller) filed a lawsuit at the Surabaya District Court (2) stating that the contents of the deed stated the sale and purchase price of IDR 1.500.000.000.00 (one billion five hundred million rupiah) had been paid off before the signing of the deed is incorrect. Hence, the plaintiff (seller) demands cancellation of the deed.

The argument for the plaintiff's lawsuit stated that during the process of making the sale and purchase agreement deed, the Notary never read the act in front of the plaintiff and his wife. In the process of signing, the Notary (co-defendant) and the defendant (buyer) suddenly asked the plaintiff and his wife to sign

the deed of sale and purchase agreement, so the seller did not understand the contents of the deed sale and purchase agreement made, in the contents of the act of a sale and purchase agreement made by a Notary it is explained that payment has been made before the signing of the deed of a sale and purchase agreement, the plaintiff's argument in the lawsuit for cancellation because there was no payment in the deed sale and purchase agreement made by a Notary so that the plaintiff demands cancellation of the deed of a sale and purchase agreement.

Initially, the plaintiff (seller) and the defendant (buyer) made a sale and purchase agreement deed because the defendant (buyer) asked to surrender the plaintiff's (seller) land rights to convince the defendant of the sale and purchase of scrap metal offered by the late Soenardi whose value is the same as the deed made by the plaintiff and the defendant amounting to Rp. 1.500.000.000.00 (one billion five hundred million rupiah). Payment in the sale and purchase of scrap metal is paid with a giro by the defendant, so the deed of sale and purchase is made before a Notary only as a means or way for the defendant to obtain certainty about the sale and purchase. The purchase of scrap metal was made between the defendant and the late Soenardi because the plaintiff facilitated the sale and purchase of scrap metal between the defendant and the late Soenardi.

The decision of the Surabaya District Court Number 804/Pdt.G/2012/PN.SBY (2) regarding the principal case of canceling the deed of a sale and purchase agreement between the plaintiff and the defendant, in legal considerations. The judge thinks that if the deed of the sale and purchase agreement between the plaintiff (seller) and the defendant (buyer) drawn up by the co-defendant (Notary) is under the provisions, then the deed of sale and purchase is valid and binding because the plaintiff is not yet willing to submit the object certificate of the dispute to In the name transfer process, based on counterclaims, the plaintiff (seller) is declared to have committed a breach of contract in the agreement with the defendant (buyer).

In the author's analysis of the Surabaya District Court Decision (2), the panel of judges, in their considerations, saw based on the deed made by the notary as evidence submitted by the plaintiff and the defendant without seeing other evidence submitted by the plaintiff or the defendant, in the trial the deed made by the notary explained that payment had been made before signing of the deed by the parties. A notarial deed as an authentic deed has 3 (three) evidentiary powers, namely outward, formal, and material [10].

The outward proof value (*uitwendige bewijskracht*) of a Notary deed is the ability of the deed itself to prove its validity as an authentic deed (*acta publica probant sese ipsa*). In this case, the burden of proof is that there are parties who deny the authenticity of the Notary's deed. The formal evidentiary value (*formele*

bewijskracht) of a notary deed must provide certainty that an event and fact mentioned in the deed was carried out by a notary or explained by the parties who appeared at the time stated in the deed by the procedures specified in the making deed. Formally to prove the truth and certainty of the day, date, month, year, time (time) facing, and the parties facing, initials and signatures as well as proving what was seen, witnessed, heard by the Notary and recorded the statements or statements of the parties, The material evidentiary value (*materiel bewijskracht*) is certainty about the material of a deed that what is in the deed is a valid proof of the parties making the deed or those who have rights and applies to the public unless there is evidence to the contrary (*tegenbewijs*). The statements or statements outlined in the deed by the parties must be judged to be accurate, said which is then stated in the deed to apply as valid. If it turns out that the statements or statements of the appearers were said incorrectly, then this is the responsibility of the parties themselves.

The decision of the Surabaya District Court Number 804/Pdt.G/2012/PN.SBY (2) is different from the decision of the Surabaya High Court Number 452/Pdt/2013/PT.SBY (3), based on legal considerations. The judge stated that, in this case, there were 2 (two) different legal relations. The plaintiff has never received payment from the defendant for the land purchase, and there is no evidence to prove payment in the sale and purchase agreement. The deed made before the co-defendant (Notary) contains legal defects, so the deed of the sale and purchase agreement is invalid and, therefore must be declared null and void and not legally binding. The decision of the Surabaya High Court has permanent legal force up to the Supreme Court review level.

Based on the decision of the Surabaya High Court (3), which has permanent legal force until the supreme court's decision at the judicial review level. At the level of the Surabaya High Court (3), the judge stated that there were 2 (two) different legal relationships, which can be described using the scheme of the legal relationship of the parties as a whole from the beginning, namely buying and selling scrap metal where the plaintiff is the intermediary. Then the plaintiff is the seller in the deed of agreement sale and purchase, which as a means of convincing the previous sale and purchase (sale and purchase of scrap metal) as follows:

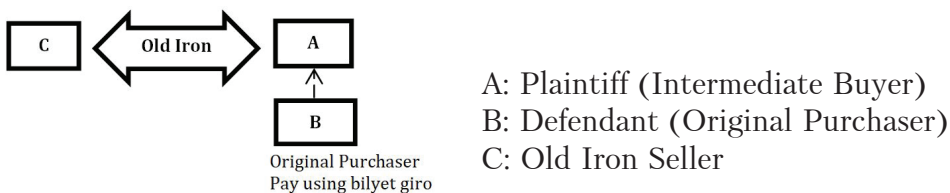


Figure 1. Letter of Agreement for Sale and Purchase of Scrap Metal
Dated 10 July 2008

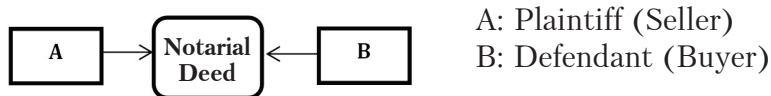


Figure 2. Sale Purchase Agreement Deed dated 18 July 2008

The author's analysis of the Surabaya High Court Decision (3) when connected with the new theory put forward by Van Dunne. The new theory does not only look at the agreement alone but also at previous actions or those that preceded them. According to the new theory, there are three stages in making an agreement [11]. The first is the pre-contractual stage (acceptance and offer). The second stage is contractual (there is a conformity of the statement of will between the parties), and the three post contractual stages (implementation of the agreement).

The pre-contractual stage in the decision case, the acceptance of the seller (plaintiff) to enter into a sale and purchase agreement due to the offer of the buyer (defendant) to make a sale and purchase agreement with the aim of convincing another sale and purchase, namely the sale and purchase of scrap metal, between buyers in the binding agreement buying and selling (defendant) with the late Soenardi because the seller in the sale and purchase agreement (plaintiff) acts as an intermediary in the sale and purchase of the scrap metal, so the seller's will in the sale and purchase agreement (plaintiff) is the implementation of the sale and purchase of scrap metal and the agreement sale and purchase as a means of convincing, while the will of the buyer in the sale and purchase agreement (defendant) is the implementation of the agreement on sale and purchase of land belonging to the seller in the sale and purchase agreement (plaintiff). This decision case has different intentions and does not complement what each party wants because, at this stage, the parties have different perceptions or understandings regarding their wishes. The seller (plaintiff) wants the sale and purchase of scrap metal to be carried out, while the buyer (defendant) wants the implementation of the agreement for the sale and purchase of land belonging to the seller (plaintiff).

The contractual stage, in the case of a decision at this stage, is contained in a deed made before a notary, by signing the deed of the sale and purchase agreement by the parties indicating that there has been an agreement and making the deed of the sale and purchase agreement born and binding for the parties. However, the problem is in the process of drafting the sale and purchase agreement deed. The notary never reads the deed in front of the seller or the seller's wife. During the process of signing the deed of the sale and purchase

agreement, the notary and the buyer suddenly ask the seller and the seller's wife to sign the deed of a sale and purchase agreement. Based on this, the seller does not understand the contents of the deed of agreement sale and purchase agreement made. The deed of a sale and purchase agreement made was the buyer's will to enter into an agreement for the sale and purchase of land belonging to the seller, and in the contents of the deed, it was explained that payment in the amount of Rp. 1.500.000.000.00 (one billion five hundred million rupiah) had been made prior to signing the deed, but in reality, there was no payment for the sale and purchase of land in the deed of a sale and purchase agreement. There is a payment for the sale and purchase of scrap metal of the same value, namely IDR 1.500.000.000.00 (one billion five hundred million rupiah), which the buyer has paid to the late Soenardi as a seller in buying and selling scrap metal.

The post-contractual stage in the case of an agreement decision is made before a Notary so that it has perfect evidentiary power. That is, it does not require the addition of other evidence because an authentic deed has the strength of proof outwardly, formally, and materially. As a means of written evidence, the statement in the notarial deed must be accepted unless the interested party can prove the opposite satisfactorily or determine before a court hearing. Discrepancies in the statement on the sale and purchase agreement deed regarding payment on the deed, which stated it had been carried out before the signing of the sale and purchase agreement deed, caused the seller to file an annulment to the court at this stage the seller realized that there was a difference in perception or understanding regarding his initial intention, namely as a means of carrying out the sale and purchase scrap metal, where the seller facilitates the buying and selling of scrap metal.

According to the next author, the legal terms of the agreement in the sale and purchase agreement deed made before a notary are questionable. An agreement that allows an agreement to have a defect of will (*wilsgebreken or defent of consent*) is a defect in forming an agreement in a contract or agreement. This defect of will is an incomplete agreement [12]. Article 1321 of the Civil Code explains that "no agreement has any power if it is given due to an oversight or is obtained by coercion or fraud". The elements of Article 1321 of the Civil Code are formulated. There are 3 (three). First, there is a mistake/misguidance/oversight (*dwaling*) one party, or several parties have a wrong perception of the object or subject contained in the agreement. Second, there is coercion (*dwang*), an act that is unjust or a threat that hinders freedom of will, including in the act of coercion. Third, there is a fraud (*bedrog*), an act of deception.

There are 2 (two) kinds of mistakes/misguidance/oversight (*dwaling*). First, an error in person, namely a mistake in the person, for example, an agreement is

made with a famous artist but then the agreement is made with an artist who is not famous just because he has the same name. Second, error in substance, which is a mistake related to the characteristics of an object, for example someone who buys a Basuki Abdullah painting, but after arriving at the house the person realizes that the painting he bought earlier is a copy of Basuki Abdullah's painting. In other cases, for an agreement to be rescinded, one has to more or less recognize that the partner has entered into the agreement on the basis of a mistake in identifying the subject or person [13].

In principle, the agreement consists of 1 (one) or series of promises made by the parties to the agreement. The essence of the contract itself is an agreement [14]. Evidence can be made with an agreement made by the parties concerned, and so that the legal action is more binding, usually, the parties put the agreement into an authentic deed drawn up by a Notary [15]. According to the authors of the case, the decision contained an element of flawed will, an error in the object (error in substance) because one party or several parties had a wrong perception of the object in the agreement. The plaintiff (seller) perceives the sale and purchase agreement as a means of carrying out another sale and purchase agreement, namely the old sale and purchase agreement. In contrast, the defendant (seller) has a different perception, namely the implementation of the land sale and purchase agreement owned by the defendant.

It was concluded that the juridical factors that caused the sale and purchase agreement deed made by the Notary were canceled according to the Supreme Court, which upheld the decision of the Surabaya High Court. The juridical reasons at the cassation level are that the Judex Facts (the judge who examines the facts of the trial) of the High Court did not wrongly apply the law, and the plaintiffs of the convention can prove their claim regarding bilyet giro (transfer form) is not for land payment in the deed of a sale and purchase agreement but for the sale and purchase of scrap metal where the plaintiff (seller) is the intermediary in the sale and purchase of the old. Judex reason Judex Judex Facts (the judge who examines trial facts), novum (new facts) submitted in the form of a Notary's statement is not new evidence, and no error was found actual judge and/or mistake.

The role of the notary in making sale and purchase agreement deed so that the court cancels it

The role is an action or behavior performed by someone who occupies a position in social status. The role requirements, according to Soerjono Soekanto, include 3 (three) important things. First, the role includes norms associated with a person's position or place in society. The role, in this sense, is a series of rules that guide a

person in social life. Both roles are a concept of what behavior can be carried out by individuals in society as an organization. The three roles can also be regarded as individual behavior, which is vital for the social structure of society [4].

The role of a notary in the process of making a deed of a sale and purchase agreement is vital, such as when providing services for appearers who do not yet understand what will be made, the purpose of which will bring legal consequences regarding rights and obligations that are truly desired and agreed upon, this is in line with the contents of Article 15 paragraph (2) letter (E) "In addition to the authority in paragraph 1. Notaries are also authorized to provide legal counseling concerning the making of deeds".

The sale and purchase agreement can be concluded that holding a sale and purchase agreement is an assistance agreement explaining that the seller is a prospective seller. The buyer is a prospective buyer who will later carry out the principal agreement in the form of a land sale and purchase deed before the Land Deed Making Officer. In making the deed of the sale and purchase agreement, it is necessary to explain clearly in the premise of the deed made by the notary regarding the provisions at the time of the sale and purchase agreement and later, the ultimate goal is to reach the main agreement, namely the deed of sale and purchase of land before the Land Deed Making Officer.

The notary's task is to confirm the legal relationship between the parties in a written form and a specific format so that it can realize legal relations between civil legal subjects. Thus, the notary can prevent a problem or dispute between the parties. The importance of the notary profession is due to the nature and nature of its work which is highly oriented towards the legalization of statements or agreements so that it can become the primary legal basis regarding the status of the property, rights, and obligations of the parties involved [16]. The community needs notary services to meet the needs of the community in carrying out legal actions that are Civil Law in nature. Legal action is based on the completeness of a letter or document that has legal force as evidence [17].

According to the author, the problem of canceling the deed in the case of a verdict should have been anticipated by the Notary during the process of doing the deed by the Notary. If, in carrying out his work as a public official, the Notary performs a role in the form of a specific set of behaviors that should be carried out either clearly regulated obligations or obligations that is supportive in carrying out work arising from his position as a public official authorized to do authentic deeds. Based on the case in which the cancellation of the deed occurred because of what was written in the sale and purchase agreement deed made by a notary regarding "the purchase price of the land rights for IDR 1.500.000.000.00

(one billion five hundred million rupiah) was paid in cash prior to signing this deed" apparently not true.

Based on the decision of the Surabaya High Court (3), which stated that the plaintiff never received payment from the defendant for the purchase of the land, according to the author, a specific notary role is needed in carrying out his position. Thorough, according to the Big Indonesian Dictionary is thorough. This thoroughness is under what is stipulated in Article 16 paragraph (1) letter A "In carrying out his position, a Notary is obliged to act trustworthy, honest, thorough, independent, impartial, and safeguard the interests of the parties involved in legal actions".

According to the author, the Notary was not thorough in the case of the decision because the Notary wrote in the contents of the sale and purchase agreement deed that the payment regarding the land had been made before the signing of the deed while the fact that there was no payment. The Notary should be careful, ensure by asking again that the payment in the valid deed has been carried out for a sale and purchase agreement in full and proceed by asking for proof of payment receipts made by the parties if necessary, facilitating in making receipts of payments made by the parties in order to safeguard the interests of the parties concerned. Involved in legal actions and maintain the certainty of the deed made.

In the process of doing the deed, the Notary never read it before the plaintiff and the plaintiff's wife. Suddenly the plaintiff and the plaintiff's wife were asked by the Notary and the defendant to sign the deed. According to the author, in this case, it is contrary to Article 16 paragraph (1) letter M "In carrying out his position, the Notary is obliged to read the deed in front of an audience attended by at least 2 (two) witnesses, or 4 (four) witnesses specifically for making the Deed testament under the hand, and signed at the same time by the appeared, witness, and Notary. Law No. 2 of 2014 Concerning the Position of Notary".

An authentic deed essentially contains formal truths in accordance with what the parties notify the notary. However, the notary must include that what is contained in the notary's deed has been understood and is following the wishes of the parties, namely by reading it so that the contents of the deed become clear. Notaries, as well as providing access to information, including access to relevant laws and regulations for parties signing the deed. The parties can freely agree or disagree with the contents of the notarial deed to be signed [18].

In the process of doing the deed, the Notary and the defendant suddenly asked the plaintiff to sign the deed. According to the author, in this case, the Notary in carrying out his position was contrary to his obligations, namely not protecting

the interests of the parties involved in legal actions. According to the author, this action is contrary to Article 16 paragraph (1) letter A which states that "In carrying out his position, a Notary is obliged to act in a trustful, honest, thorough, independent, impartial manner and protect the interests of the parties involved in legal actions".

According to the author, in carrying out his position, the Notary is also authorized to conduct legal counseling regarding the deed made, this provision is regulated in Article 15 paragraph (2) letter E which states that "Notaries are also authorized to provide legal counseling in connection with the making of deed" legal counseling should be carried out by a notary relating to the decision case is to inform that the contents of the deed written by the Notary must be in accordance with the actual facts, the parties must realize that the deed made must be in accordance with what the parties wish, for example in the case of a payment decision for payment of scrap metal then pouring in the deed for the sale and purchase of scrap metal not for land, in the case of a ruling that the will of the parties is not a binding agreement for the sale and purchase of land but what is stated is an agreement binding on the sale and purchase of land according to the author this occurs due to the lack of a notary's role in conducting legal counselling.

Based on the final decision that has permanent legal force, it is stated that the deed made by the Notary contains legal defects. On the basis of this description, according to the author, the Notary, in carrying out his position as a general official doing the deed, has yet to play a role that resulted in the deed being canceled based on a court decision. In the process of doing a deed, the role of a notary is needed because, in civil law, a notary is an extension of the state that is given the authority to do authentic deeds that function as perfect and binding evidence. Perfect means that the judge does not need other evidence to decide the case other than based on the intended authentic evidence, while binding means the judge is bound by authentic evidence unless it can be proven otherwise.

Based on the problem of the decision case, according to the author, the role of a notary is needed in doing deeds as long as they are still within their authority and obligations to guarantee certainty, order, and legal protection, such as by conducting legal counseling in connection with doing deeds, acting carefully, impartially and safeguarding the interests of the parties involved. In legal actions, or even according to the author, the role of a notary is needed which aims to guarantee legal certainty, such as by asking for proof of payment in an agreement that will be made between the parties if it has been paid beforehand or a notary

facilitates if there is no proof of payment between the parties so that problems such as in cases the decision can be avoided by the Notary as a public official who does authentic deeds.

Conclusions

The decision of the Supreme Court (4) upheld the juridical reasons at the cassation level. The plaintiff of the convention can prove the argument for his claim regarding the bilyet giro (transfer form) not a land payment in the deed of sale and purchase agreement but for the sale and purchase of scrap metal where the plaintiff (seller) is an intermediary in the sale and purchase of old goods. The reasons for the level of review are based on the considerations and judgments of the *judex juris* (a judge who examines the application of the law) and *judex facti* (a judge who examines the facts of a trial). The *novum* (new facts) submitted are in the form of a notarial deed, not new evidence. No oversight of judges or apparent wrongdoing was found. According to the author, the decision of the Surabaya High Court (3), which stated that the deed of the sale and purchase agreement was canceled without mentioning the legal reasons in the judge's legal considerations, caused ambiguity because the author identified an error in substance, namely an error related to the characteristics of an object. The Panel of Judges should not only declare the cancellation of the deed so that they always apply the most appropriate law in a case to create quality legal products and uphold a sense of justice and legal certainty.

The role of the Notary in making the sale and purchase agreement deed was canceled by the court because the Notary had not played a role, so the sale and purchase agreement deed was canceled based on a court decision. After all, the deed of sale and purchase agreement contains legal defects, and the problem is caused because the Notary does not carry out his role in the form of a series of behaviors. Certain things must be done, both those which are obligations that have been regulated and obligations that are supportive in carrying out their positions as public officials who carry out authentic deeds, which have been regulated: providing legal counseling in connection with doing authentic deeds. Deed as stipulated in Article 15 (2) letter (e), act carefully as referred to in Article 16 (1) letter (a), read the deed in advance in the presence of at least 2 (two) witnesses as referred to in Article 16 (1) letter (m). which has not been stipulated in the law, the position of a notary performs the role of guaranteeing certainty of payment in the agreement to be made by a notary, such as by requesting proof of payment made by the parties or facilitating the preparation of proof of payment for the parties to avoid problems that will later arise regarding authentic deed which are made.

Recommendations

The Panel of Court Judges should not only declare the sale and purchase agreement deed null and void, but there must be a legal basis for stipulating the cancellation of the deed made by a notary in the judge's legal considerations, both the legal terms in making the deed (formal requirements) or the legal terms in the agreement (material requirements), in order to consistently apply the best possible law in a case in order to create a quality legal product, uphold a sense of justice and legal certainty and can serve as a guideline for a Notary in carrying out his/her position to avoid canceling the deed he made in order to maintain legal certainty and interests of the parties (citizens).

The notary in making the deed should play a role by conducting legal counseling related to the deed to provide information that the deed made is following the wishes of the parties to the agreement. Act carefully by ensuring the supporting documents in the deed are by legal events. The notary reads the deed in front of the parties and 2 (two) witnesses to ensure the wishes of the parties in agreeing, followed by signing the deed by the parties if the deed is by the wishes of each party because the parties' signature signifies an agreement in the deed laws made.

References

- [1] Salim, H.S. (2018). *Notary Position Regulations*. Jakarta: Sinar Grafika.
- [2] Ananda Yunne Pangerti Ningtyas dan Liza Priandhini (2022). The Role of Notaries and PPAT in Optimizing the Implementation of Flats in Indonesia. *Journal of PALAR (Pakuan Law Review)*, 8(1), 120-135.
- [3] Kerina Maulidya Putri, Ichsan Anwary and Diana Haiti (2022). The Notary's Obligation to Read and Sign the Deed in Front of All Parties Together. *Notary Law Journal*, 1(2), 157-175.
- [4] Soekanto, Soerjono. (2002). *Sociology an Introduction*. Jakarta: Raja GrafindoPersada.
- [5] Budiono, Herlien. (2009). *General Teachings of Agreement Law and Its Application in the Field of Notary Affairs*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- [6] Pandoman, Agus. (2017). *General Teachings of Agreement Law and Its Application in the Field of Notary Affairs*. Jakarta: Raga Utama Kreasi.
- [7] Wibowo, Ufuk Robert. (2020). What is the responsibility of a notary due to an authentic deed being degraded into a deed under the hand. *Journal of Humani*, 10(1), 62-82.
- [8] Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji (2007). *Normative Legal Research (A Brief Overview)*. Jakarta: Rajagrafindo Persada.
- [9] Hajar, M. (2015). *Approach Models in Legal and Fiqh Research*. Pekanbaru: UIN Suska Riau.
- [10] Adjie, Habib. (2011). *Cancellation and Cancellation of Notary Deed*. Bandung: Refika Aditama.
- [11] Salim, H.S. (2010). *Contract Law Theory and Techniques of Drafting Contracts*. Jakarta: Sinar Grafika.
- [12] Khairandy, Ridwan. (2016). *Sale and purchase agreement*. Yogyakarta: FH UII Press.
- [13] Harahap, M. Yahya. (2007). *Civil Procedure Law*. Jakarta: Sinar Grafika.

- [14] Budiono, Herlien. (2008). Collection of Civil Law Writings in the Notary Field, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- [15] Arafaid, Putra. (2017). Notary Legal Responsibilities Against in Original Deed. *Journal of IUS Kajian Hukum dan Keadilan*, 5(3), 511-520.
- [16] Prastyo, Hendy dan Mulyoto (2018). Legal Consequences of Deeds Made by or Before a Notary After Being Declared Bankrupt. *Journal of Repertorium*, 5(2), 92-106.
- [17] Afriana, Anita. (2020). Position and Responsibility of Notary as a Party to the Resolution of Civil Disputes in Indonesia Relating to the Deed. *Journal of Poros Hukum Padjadjaran*, 1(2), 246-261.
- [18] Sasauw, Christin. (2015). Juridical Review of the Binding Power of a Notary Deed. *Journal of Lex Privatum*, 3(1), 98-109.

Court Decision Number:

- (1). Decision of the Supreme Court Judicial Review Number 535 PK/Pdt/2017.
- (2). Surabaya District Court Decision No. 804/Pdt.G/2012/PN.SBY.
- (3). Surabaya High Court Decision Number 452/Pdt/2013/PT.SBY.
- (4). Supreme Court Decision Appeal Number 2126/K/Pdt/2014.

Danang H. Prasetyo

Master of Notary, Faculty of Law, Collage, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: danangasli@gmail.com
ORCID 0000-0002-0757-4416

Tri L. Prihatinah

Lecturer, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: tri.prihatinah@unsoed.ac.id
ORCID 0000-0002-4578-0771

Sulistiyandari

Lecturer, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: sulistiyandari265@yahoo.co.id
ORCID 0000-0002-7756-9954

Дананг Хані Прасетіо

магістр нотаріату, юридичний факультет, коледж, юридичний факультет
Університет імені генерала Судірманна, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
e-mail: danangasli@gmail.com
ORCID 0000-0002-0757-4416

Трі Лісіані Прихатінах

викладач, юридичний факультет
Університет імені генерала Судірманна, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
e-mail: tri.prihatinah@unsoed.ac.id
ORCID 0000-0002-4578-0771

Сулістандарі

викладач, юридичний факультет

Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

e-mail: sulistyandari265@yahoo.co.id

ORCID 0000-0002-7756-9954

Suggested Citation: Prasetyo, D.H., Prihatinah, T.L. & Sulistyandari (2023). The Role of the Notary when Making a Canceled Purchase Agreement Deed in Court (Review of Articles 15 and 16 of the Indonesian Notary Law). *Problems of Legality*, 160, 249-265. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.270276>.

Рекомендоване цитування: Прасетіо Д. Х., Прихатінах Т. Л., Сулістандарі. Роль нотаріуса при посвідченні анульованого договору купівлі-продажу в судовому порядку (аналіз статей 15 та 16 Закону Індонезії «Про нотаріат»). *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 249–265. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.270276>.

Статтю подано / Submitted: 25.12.2022

Доопрацьовано / Revised: 15.01.2023

Схвалено до друку / Accepted: 23.01.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Authority and Responsibilities of a Notary Regarding the Liquidation Process of a Limited Liability Company in the Republic of Indonesia

Ruko*

Collage, Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

**e-mail: ruko.dsc@gmail.com*

Sulistiyandari

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

Rahadi W. Bintoro

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

Abstract

A notary is a public official who has duties and authorities related to making an authentic deed, in this case, the making of an act and the dissolution of a limited liability company. A limited liability company is a type of business entity consisting of shares. The establishment of a Limited Liability Company must meet the requirements specified in the laws and regulations. The Company's organs must exist within the Company, including the Company's organs, the General Meeting of Shareholders, the Board of Directors and the Board of Commissioners. Then regarding the dissolution of the company, the dissolution of the Company must be followed by liquidation. Meanwhile, liquidation is carried out by the liquidator or curator either based on the decision of the General Meeting of Shareholders or a court decision. This study aims to analyze the powers and responsibilities of a Notary concerning the liquidation process of a Limited Liability Company in Indonesia. The research method used is normative, using secondary data obtained from library research, including primary, secondary, and tertiary legal sources. The authority of a notary is to make a deed of the minutes of the first and second General Meeting of Shareholders and draw up a deed of dissolution of a limited liability company. The responsibilities of a notary in the liquidation of a limited liability company are regarding the responsibility for the deed he made and the civil, administrative, and criminal responsibilities. There are three processes. The first is the General Meeting Shareholders regarding the approval of the dissolution and the appointment of a liquidator. Second, namely the General Meeting of Shareholders agenda of approval of the liquidator's report and the granting of release and discharge of the liquidator's responsibilities. Finally, namely the making of a deed of dissolution of the company by a Notary.

Keywords: notary; limited company; liquidation.

Повноваження та обов'язки нотаріуса щодо процедури ліквідації товариства з обмеженою відповідальністю в Республіці Індонезія

Руко*

*Коледж, Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
e-mail: ruko.dsc@gmail.com

Сулістандарі

*Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія*

Рахаді Васі Бінторо

*Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія*

Анотація

Нотаріус – державна посадова особа, яка має обов'язки та повноваження щодо складання автентичних правочинів, у цьому випадку – складання правочину та ліквідації товариства з обмеженою відповідальністю. Товариство з обмеженою відповідальністю – вид господарського товариства, що складається з акцій. Створення товариства з обмеженою відповідальністю має відповідати вимогам, зазначеним у законах та інших нормативних актах. Органи компанії повинні існувати в компанії, серед інших, Загальні збори акціонерів, Рада директорів і Рада уповноважених. Отже, щодо розпуску компанії, то він має супроводжуватися ліквідацією. При цьому ліквідація здійснюється ліквідатором або куратором за рішенням Загальних зборів акціонерів або за рішенням суду. Метою дослідження є аналіз повноважень і відповідальності нотаріусів у процесі ліквідації компаній з обмеженою відповідальністю в Індонезії. Застосовано нормативний метод дослідження із використанням вторинних даних, отриманих із літературних досліджень, включаючи первинні, вторинні й третинні правові джерела. Наголошено, що до повноважень нотаріуса входить складання протоколів перших і других Загальних зборів акціонерів та вчинення актів про ліквідацію товариства з обмеженою відповідальністю. Відповідальність нотаріуса при ліквідації товариства з обмеженою відповідальністю стосується відповідальності за вчинений ним правочин та цивільної, адміністративної й кримінальної відповідальності. Існує три процеси. Перший – Загальні збори акціонерів щодо затвердження розпуску та призначення ліквідатора. Другим є, зокрема, порядок денний Загальних зборів акціонерів щодо затвердження звіту ліквідатора та надання розрахунку й виконання обов'язків ліквідатора. Останнім є вчинення нотаріусом акта про ліквідацію компанії.

Ключові слова: нотаріус; товариство з обмеженою відповідальністю; ліквідація.

Introduction

Law in Indonesia is very complex. One of the essential roles in legal traffic is the subject of law. Legal subjects have a vital role and position in law, especially civil law because the legal subjects have legal authority. Legal subjects are everything that has rights and obligations in law. Legal subjects include humans (*naturalijke person*) and legal entities (*rechtpersoon*), one of which is human legal subjects, namely Notaries, and legal entities, namely Limited Liability Companies.

A notary is a public official who has the duties and authorities related to doing an authentic deed. This profession is held by people who have graduated from legal education and already have a license from the government to take legal actions, including being an official witness to sign an important document. Article (1) number 1 UUJN states that a Notary is a public official authorized to do an authentic deed and has other authorities as referred to in this Law or based on other laws. Article (1) number 7 of the Law on Notary Positions defines a *notary deed* as an authentic deed made by or before a notary, according to the form and procedure stipulated in this law. In the Big Indonesian Dictionary, Grammatically, a deed is interpreted as a letter of evidence containing a statement (description, confession, decision, etc.). In contrast, a Notary has the authority to do an authentic deed in his position. In establishing and dissolution of a Limited Liability Company, a notary has the authority and responsibility to make and issue an authentic deed. Article 15 paragraph (1) UUJN Notaries have the authority to do authentic Deeds regarding all actions, agreements, and stipulations required by laws and desired by those with interest to be stated in an original Deed, guarantee the certainty of the date of doing the Deed, save the Deed, provide Grosse, copies, and quotations of the Deed, all of which are as long as the making of the Deed is not assigned or excluded to other officials or other people stipulated by law. The authority of a Notary in making the Deed of establishment and for the liquidation process of a Limited Liability Company is essential.

Corporate shareholder meetings are often portrayed as torpid affairs, consisting of uncontested elections and saccharine reports by managers who speak in hushed monotonous [1]. If a serious dispute exists about the composition of the board or other agenda items, the conflict is played out over weeks of negotiations and proxy voting prior to the meeting itself. During this pre-meeting period, shareholders electronically delegate their votes to one side or another or, more recently, might officially abstain or vote against management's nominees [2]. Long before meeting day, the outcomes of most questions are known to both sides except in a small minority of cases [3], so most meetings have low attendance and generate little news.

So far, the study of sustainability reporting in Indonesia has been done and focused on its relationship to the company's financial performance with its various

corporate variants and relationship to governance issues [4]. A limited liability company is a type of business entity consisting of shares. A person is said to be the company owner if he has a share of the amount invested. Article (1) number 1 of Law Number 40 of 2007 provides an understanding of a Limited Liability Company, namely a legal entity which is a capital partnership, established based on an agreement, conducting business activities with authorized capital which is entirely divided into shares and fulfills the requirements stipulated in the law: this law and its implementing regulations. The Notary must know the making of this agreement. A deed is made to obtain the Minister of Law and Human Rights approval before officially becoming a Limited Liability Company [5, p. 22].

According to Simon, liquidation realizes non-cash assets into cash, settling with creditors, and distributing the remaining assets to ownership groups [6, p. 152]. According to Fuady, company liquidation in English is winding up or liquidation. The liquidation of a company is an action to dissolve, close, or stop all activities of a company and settle it and distribute the assets to creditors and shareholders. Based on the above understanding, it can be concluded that liquidation is a situation where the partnership a dissolved with settle obligations to creditors and share the remaining assets with the owner [7, p. 75].

The establishment of a Limited Liability Company must meet the requirements specified in the laws and regulations. Meanwhile, liquidation a carried out by the liquidator or curator either based on the decision of the General Meeting of Shareholders or a court decision. According to Law Number 40 of 2007 concerning Limited Liability Companies, Article 143 paragraph (1) explains that the dissolution of the Company does not result in the Company losing its legal entity status until the completion of liquidation and the liability of the liquidator an accepted by the General Meeting of Shareholders or the court. The liquidation process is essential for dissolving a Limited Liability Company because, in liquidation, it is not only about one or two conditions that must do completed but through a legal process that laws and regulations have determined. The dissolution process of the Company must be to the requirements in the laws and regulations to avoid legal problems in the future. The notary who makes the deed of dissolution of the Company often does not understand it comprehensively.

The authority and responsibility of a notary in dissolution, which must first go through a liquidation process, is crucial because it involves the terms and conditions of the laws and regulations. Therefore, based on this background, it is deemed necessary to research the authority and responsibility of a Notary in carrying out his/her duties from the perspective of Indonesian laws and regulations.

Based on the brief description above, the researcher wants to raise a problem formulation as follows, discussion first, what are the powers and responsibilities of a notary in the liquidation process of a limited liability company. Second, how is the liquidation process of a Limited Liability Company based on the laws and regulations in Indonesia.

Materials and Methods

This research will be structured using normative juridical research. Namely, research focused on examining the application of rules or norms in positive law. The approach method used in this research is a statutory approach (Statute Approach), an analytical approach (Analytical Approach), and a conceptual approach (Conceptual Approach). The data needed to do used in this research is secondary data. Primary legal materials include the Civil Code, Law Number 40 of 2007 concerning Limited Liability Companies, Law Number 2 of 2014 concerning Notary Positions. Then secondary legal materials include libraries in the field of law, research results in law, scientific articles, journals, and the internet. Researchers use the library data collection method by collecting several books, documents, laws and regulations, scientific works, and other literature. The legal materials obtained will be analyzed qualitatively.

Results and Discussion

Authority and Responsibilities of a Notary in the Liquidation Process of a Limited Liability Company in Indonesia

Limited Liability Company, as a legal entity, was established by law so that the company's termination must go through a legal process. Three processes must be passed in the expiration of a Limited Liability Company. First disbandment. Article 142 paragraph (1) stipulates six reasons for the dissolution of the company. Since being dissolved, the company cannot take legal actions except for liquidation. Every outgoing letter must include the word "in liquidation" behind the company's name as a notification to third parties. Within 30 days from the dissolution of the liquidator, the liquidator is obliged to announce it in the newspapers and state news and after notifying the Minister of Law and Human Rights. If this a not done, the dissolution of the company does not apply to third parties, and the liquidator is personally liable for the losses of third parties. Creditors are given 60 days from the announcement to submit their claims. If the creditor does not file a claim, even though there are remaining assets after liquidation, the creditor can file a claim to the district court within two years from the announcement date.

Furthermore, liquidation or settlement (vereffening). Liquidation is an absorption word from English liquidation which means determining the amount of debt that

is not clear, debt settlement, or converting assets into cash, especially to settle debts. Liquidation means the settlement and termination of the company's affairs [8, p. 543].

The actions taken in settlement of the company's affairs include:

1. Recording and accumulating wealth.
2. Determining the procedure for the distribution of wealth.
3. Payments to creditors.
4. The payment of the remaining assets resulting from the liquidation to shareholders.
5. Other necessary actions.

After recording the company's assets and liabilities, the liquidator sells assets that are not in the form of cash. After all of the company's assets are turned into cash, the liquidator pays the creditors. If there is a balance after payment, the remaining liquidation proceeds are distributed to shareholders proportionally. Before making payments to creditors and shareholders, the liquidator must announce the distribution plan, including a detailed list of debts and the payment plan, in newspapers and the State Gazette. Once announced, there is a grace period of 60 days for creditors to file objections [9, p. 335].

The last stage is the end of the legal entity status. after the liquidation process is complete, the liquidator is obliged to account for his duties to the GMS or the court that appointed him. If the liability is accepted, the liquidator is released from his responsibility (acquitted and discharged). Within 30 days, the liquidator must announce the liquidation results in the newspaper and notify the Minister. Based on the notification, the Minister records the end of the legal entity status of the Company and announces it in the state news, and removes the company name from the company register. The dissolution of the Company does not result in the Company losing its legal entity status until the completion of liquidation, and the accountability of the liquidator is accepted by the GMS or the court, as stipulated in Article 143 paragraph (1) of the Limited Liability Company Law.

The authority of a notary is to do an authentic deed by the forms and procedures determined by the laws and regulations in Indonesia. The authority of a notary in the liquidation process, one of which relates to the making of the Deed of the General Meeting of Shareholders of the Company regarding the approval of the dissolution (liquidation) and the approval of the appointment of a liquidator, this is by article 142 paragraph (1), Article 144 of Law Number 40 of 2007 concerning Limited Liability Companies. Article 142 paragraph (1) letter a, namely "the dissolution of the Company occurs based on the decision of the RUPS", and Article 144, namely:

- (1) The Board of Directors, the Board of Commissioners, or 1 (one) shareholder or more representing at least 1/10 (one-tenth) of the total shares with voting rights, may submit a proposal for the dissolution of the Company to the RUPS.
- (2) The decision of the RUPS regarding the dissolution of the Company is valid if it is taken by the provisions as referred to in Article 87 paragraph (1) and Article 89.
- (3) The dissolution of the Company starts from the time specified in the resolution of the RUPS.

After the RUPS regarding the approval of the dissolution and the appointment of the liquidator, it was approved. The Deed of the RUPS a done, and after going through the process that has been determined, the Notary then does the Deed of the RUPS regarding the agenda for the approval of the liquidator report as well as the granting of release and settlement of the liquidator's responsibilities, this is by article 152 of the Law—limited Liability Company Act. Then the other notary authority is to make a deed of dissolution. The deed of dissolution a made after the first and second RUPS and other processes related to licensing are completed.

The authority is related to the responsibilities. The notary's responsibilities are to ensure the correctness, certainty of the date, and content of the deed desired by the parties, in this case, related to the deed of release of the GMS and Partij regarding the deed of dissolution of the company. Legal responsibility is a form of obligation to do something or behave in a certain way not deviate from existing regulations. The responsibilities of a notary and ensuring the certainty of the date, the parties, and the contents of the deed, are civil, administrative, and criminal.

The civil responsibilities of the Notary in doing the deed of the RUPS and the dissolution, namely ensuring the formal and material truth of the parties and the deed itself. If there is an intentional or unintentional error by the Notary against the contents of the deed itself which is detrimental to one of the parties, the sanctions in the form of reimbursement of costs, compensation, and interest are the consequences that the Notary will receive on the demands of the parties if the deed he made only has the power of proof as an underhand contract or the deed becomes null and void by law.

Article 1868 BW determines the limit of a Notary deed that has the power of proof as an underhand deed. This can happen if:

1. No authority of the public official concerned.
2. Inability of the public official concerned.
3. Defect in shape.

Criminal sanctions that can do imposed on the Notary against the making of the Deed of the RMS and the dissolution can occur if the Notary commits a crime related to the deed, including:

1. Making fake/forged documents and using fake/forged documents (Article 263 paragraphs (1) and (2) of the Criminal Code).
2. Doing Counterfeiting.
3. Include false information in the deed (Article 266 of the Criminal Code).
4. Doing, ordering to do, participating in doing (Article 55 in conjunction with Article 263 paragraphs (1) and (2) or 264 or 266 of the Criminal Code).
5. Assist in making fake/or falsified documents using fake/falsified documents (Article 56 paragraph (1) da (2) in conjunction with Article 263 paragraph (1) and (2) or 264 or 266 of the Criminal Code).

The imposition of a criminal sentence against a Notary does not automatically become null and void by law. It is not legally correct if there is a criminal court decision to cancel the notary deed because the Notary is proven to have committed a criminal act of forgery. Thus, what must be done by those who will or wish to place a Notary as a convict for a deed made by or before the Notary concerned, then the legal action that must do taken is to cancel the deed question through a civil lawsuit [10, p. 100].

Administrative responsibilities a explained in Article 16, paragraph (3) number 11 of the Law on Notary Positions which regulates sanctions for Notaries in the form of verbal warnings, written warnings, temporary dismissals, respectful dismissals, dishonorable discharges. Of the several sanctions given to the Notary, what an included in the administrative sanctions are temporary dismissal, honorable discharge, and a dishonorable discharge [11, p. 200].

Thus, administrative sanctions and civil sanctions a targeted. The actions committed by the person concerned and criminal sanctions a targeted, namely the perpetrator (person) who carries out the legal action. Administrative sanctions and civil sanctions are reparatory or corrective, meaning to improve a situation so that it is not carried out again by the person concerned or by another Notary. Another characteristic, namely Regressive, means that everything is returned to a state before the violation occurred. In addition to administrative sanctions, criminal sanctions (cumulatively) can be condemnatory (punitive) or punishing under specific legal rules. If such a thing happens, the Notary is subject to a general crime.

Notary as a public official authorized to make authentic deeds, in carrying out his position can be burdened with responsibility for his actions in making authentic deeds. Article 16 paragraph (1) UUJN states that in carrying out his position, a Notary is required to:

- a) act reliably, honestly, thoroughly, independently, impartially, and protect the interests of the parties involved in legal actions;

- b) make a Deed in the form of Minutes of Deed and save it as part of the Notary Protocol;
- c) attaching letters and documents as well as the fingerprints of the person appearing on the Minutes of Deed;
- d) issue a grosse deed, a copy of the deed, or a quotation of the deed based on the minutes of the deed;
- e) provide services in accordance with the provisions of this Law, unless there is reason to refuse it;
- f) keep everything about the deed made secret and all information obtained for making the deed in accordance with the oath/pledge of office, unless the law determines otherwise;
- g) bind the Deeds made within 1 (one) month into books containing no more than 50 (fifty) Deeds, and if the number of Deeds cannot be contained in one book, the Deeds can be bound into more than one book, and record the number of Minutes of Deeds, month, and year of manufacture on the cover of each book;
- h) make a list of the Deed of protest against non-payment or non-receipt of securities;
- i) make a list of deeds relating to the will according to the order in which the deed was drawn up every month;
- j) send the list of deeds referred to in letter i or the list of nil relating to the will to the center of the list of wills at the ministry that administers government affairs in the field of law within 5 (five) days in the first week of each month thereafter;
- k) record in the repertorium the date of sending the testament list at the end of each month;
- l) have a stamp or stamp containing the state symbol of the Republic of Indonesia and in the space encircling it the name, position and domicile of the person concerned is written;
- m) read the Deed before the appearers attended by at least 2 (two) witnesses, or 4 (four) witnesses specifically for the making of a private will, and signed at the same time by the appearers, witnesses and Notary;
- n) accept notary candidate apprentices.

Notaries who do not carry out their obligations according to the UUJN can be subject to sanctions. Article 4 of the Regulation of the Minister of Law and Human Rights of the Republic of Indonesia Number 61 of 2016 concerning procedures for imposing administrative sanctions on Notaries, states:

1. In the event of a violation committed by the Reported Party (Notary) or based on the results of an examination, the Regional Supervisory Council summons the Notary concerned.

2. The Regional Supervisory Council makes the minutes of examination of the Reported Party and the minutes of the findings of the Notary protocol examination results.
3. The Regional Supervisory Council submits the report referred to in paragraph (2) to the Regional Supervisory Council.
4. The Regional Supervisory Council will examine the report as referred to in paragraph (3).

Legal sanctions can be divided into three types, namely criminal sanctions, civil sanctions and administrative sanctions. Article 1 number 1 Permenkumham Number 61 of 2016, states: "Administrative Sanctions are punishments imposed by authorized officials on Notaries for committing mandatory violations or fulfilling provisions prohibited by laws and regulations".

Article 85 UUJN 2004 states that violations by a Notary Public against Article 16 paragraph 1 letter (a to k) may be subject to sanctions in the form of verbal warning, written warning, temporary dismissal, and honorable dismissal; or dishonorable discharge.

The above is the authority and responsibility of the notary. A notary who does not attach letters and documents as well as the fingerprints of the person appearing on the Minutes of Deed in accordance with the provisions of Article 16 paragraph (1) letter c UUJN can be subject to written sanctions. The notary who commits the violation is subject to the first written sanction. If within 14 days after being imposed with the first written warning sanction, the Notary has not resolved the problem, then the Notary is subject to a second written warning sanction. If within 14 days after being imposed with the second written warning sanction, the Notary has not resolved the problem, then the Notary is subject to a third written warning sanction. If up to the third warning the Notary has not carried out his obligations, the Notary Regional Supervisory Council may propose a temporary dismissal to the Notary Central Supervisory Council.

Limited Liability Company Liquidation Process in Indonesia

Liquidation must be carried out on a dissolved company, regardless of whether or not it had conducted business activities or the presence or absence of assets when it a dissolved. Article 142 paragraph (2) of the Company Law stipulates, "In the event of the dissolution of the Company, it must be followed by liquidation carried out by the liquidator". One of the reasons for dissolution is that the company has been inactive for three consecutive years, or its assets have decreased to such an extent that it is impossible to continue the business. The explanation of article 142 paragraph (2) of the Company Law affirms, "Different from the dissolution of the Company as a result of the Merger and Consolidation which does not need to be followed by liquidation, the dissolution

of the Company based on provisions of paragraph (1) must always followed liquidation". Even if the company is dissolved by law (ipso jure) because the term has expired, liquidation must do carried out.

Companies that have never conducted business activities must also conduct liquidation. Even though the company has not yet carried out business activities, the company may have obligations, both based on agreements and laws and regulations. Suppose there is a company that has no obligations at all. In that case, the liquidation is undoubtedly not in the form of payments to creditors but recording assets, returning assets of other parties in the company's control.

The author will provide an overview and table regarding the process and stages in the dissolution and liquidation of a limited liability company.

Dissolution and Liquidation Limited Company

No.	Stages	Information	Legas Basis
1	PT RUPS Deed - approval of dissolution (liquidation) -Liquidator Appointment Approval	-	Article 142, paragraph 1, Article 144 of Law No. 40 of 2007 concerning Limited Liability Companies (Limited Liability Company Law)
2	An announcement in 1 newspaper to creditors and parties who object to the dissolution of PT	Not later than 30 days from the date of dissolution of the limited company	Article 147, paragraph 1 letter a Limited Company Law
3	Notification to the Minister of Law and Human Rights of the Republic of Indonesia Notes: The notification letter from the Minister of Law and Human Rights of the Republic of Indonesia will a issued 60 days from the date of the announcement of the newspaper (sequence number 2)	Not later than 30 days from the date of dissolution of the Limited Liability Company	Article 147, paragraph 1 letter b Limited Liability Company Law
4	The announcement in the State Gazette of the Republic of Indonesia (BNRI)	Not later than 30 days from the date of dissolution of the Limited Liability Company	Article 147 paragraph 1 letter a Limited Liability Company Law

No.	Stages	Information	Legas Basis
5	Revocation of all Limited Companies licenses	Can be implemented after the notification letter from the Minister is issued (sequence number 3)	
6	Settlement of Company Assets	Can be implemented after the notification letter from the Minister is issued (sequence number 3)	Article 149 UU PT
7	The announcement in 1 newspaper regarding the plan for the distribution of assets resulting from liquidation. Creditors may file an objection to the plan for the distribution of proceeds from liquidation within 60 days from the announcement date	Including the obligations of the liquidator in settlement of assets (executed in conjunction with serial No. 5)	Article 149, paragraph 1 letter b Limited Liability Company Law
8	The announcement in the State Gazette of the Republic of Indonesia (BNRI) for serial number 6, namely regarding the plan for the distribution of assets resulting from the liquidation	-	Article 149 paragraph 1 letter b Limited Liability Company Law
9	RUPS agenda for approval of the liquidator's report as well as granting the release and settlement of the liquidator's responsibilities	-	Article 152 of the Limited Liability Company Law
10	<i>The announcement in 1 newspaper regarding the final results of the liquidation process</i>	No later than 30 days from the date the RUPS receives the liquidator's accountability	Article 152 paragraphs 3 and 7 of the Limited Liability Company Law
11	Notification to the Minister of Law and Human Rights of the Republic of Indonesia	No later than 30 days from the date the RUPS receives the liquidator's accountability	Article 152 paragraphs 3 and 7 of the Law on Perseroan Terbatas & Information from the judiciary

No.	Stages	Information	Legas Basis
12	The Minister notes the end of the legal entity status of the Company and removes the name of the Company from the List Companies. The Minister announces the end of the legal entity status of PT in BNRI	The client bears BNRI issuance costs	Article 152, paragraph 5, paragraph 8 of the Limited Liability Company Law

When the company a dissolved, it no longer has assets. It must follow the procedures for dissolution, liquidation, and termination of the legal entity as regulated by the Limited Liability Company Law. After the process and stages described in the table above, the final process is making a deed of dissolution by a notary. Thus, the dissolution and liquidation process has been completed, reported, and decided by the Law and Human Rights Ministry.

According to Beams [12, p. 625], the main purpose of liquidation is to manage and settle bankrupt assets. While the conditions underlying the liquidation are:

- a) one of the allies wants disbandment;
- b) one of the partners dies, and the heirs do not agree to continue the partnership;
- c) internal disputes between partners;
- d) one of the partners is declared bankrupt.

According to Yunus [13, p. 55], the process of dissolving this business includes two stages, namely:

- a. The process of converting existing assets into cash is called the realization process.
- b. The process of repaying debts to creditors and repaying the remaining capital to members is also called the liquidation process.

The liquidation process also refers to government regulation no. 1 of 1998 concerning Amendments to the Law on Bankruptcy. Liquidation process The liquidation process consists of 3, namely [14, p. 52]:

a. Liquidation directly/at the same time Direct liquidation, namely liquidation carried out after all assets have been realized. For direct liquidation, it is necessary to prepare a cash payment schedule if it fulfills at least one of the following conditions:

- 1) if there is a deficit partner;
- 2) if there is cash on hold;
- 3) if there is still a non-cash asset balance.

b. Periodic gradual liquidation, namely the liquidation process, is carried out periodically after realizing non-cash assets. It follows the liquidation procedure repeatedly until all estimates have no balance.

c. Phased liquidation with a cash program, namely the liquidation process, is carried out periodically, where the liquidation list compiled will be the same as the liquidation in stages periodically. However, it is necessary to make a cash program before the liquidation list is compiled, showing how cash will do distributed to shareholders' allies in the future. In addition, the cash payment schedule in this method is also somewhat different from liquidation in periodic stages.

According to the procedures for liquidation are:

a. Bookkeeping accounts must be adjusted and closed. The net profit and loss for the last period are calculated into each capital account, after which it is said that the partnership is ready to be liquidated.

b. In converting assets into cash (cash), if there is a difference between the book value and the realizable value that shows the gain or loss, it must be divided among members according to the profit (loss) sharing ratio. The capital balance is then used as the basis for settlement.

c. Suppose a situation is found where a member has a debit balance in his capital account, on the other hand. In that case, he has a receivable from the partnership. The receivable from the partnership is used to cover the debit balance of the capital account concerned. Besides, in principle, if a member experiences a deficit, the other members are obliged to close it first.

d. If cash is available for distribution, it must first a paid in advance to external creditors; only then will the capital balances of each member be paid.

The stages of liquidation in the event of the dissolution of the company are as stated in Article 142 paragraph (1) of Law No. 40 of 2007 concerning Limited Liability Companies ("UUPT"), then Article 142 paragraph (2) letter a of the Company Law stipulates that after the dissolution of the company due to the reasons referred to in article 142 paragraph (1) of the Company Law, it must be followed by liquidation carried out by the liquidator or curator. The following are the stages of liquidation of a company, as regulated in Article 147 to Article 152 of the Company Law:

a. Stage of Announcement and Notification of Company's Dissolution Starting from the date of dissolution of the Company, (Article 147 paragraph (1) of the Limited Liability Company Law.

b. The Stage of Listing and Sharing of Assets Article 149 paragraph (1) of the Limited Liability Company Law.

c. Creditor's Objection Submission Stage (Article 149 paragraphs (3) and (4), (Article 150 paragraph (1) and (2), and Article 150 paragraph (3), (4) and (5), (Article 151 paragraph (1) and (2) Limited Liability Company Law).

d. Liquidator Accountability Stage (Article 152 paragraph (1) of the Limited Liability Company Law).

The juridical procedures mentioned above ensure the truth and juridical certainty of the status of a limited liability company. Due to ignorance and negligence of existing procedures, do not let future legal cases result in losses for both the notary and the limited liability company.

In the process of dissolving and liquidating a PT, a minimum of two notarial deeds are required, namely (i) deed of resolution of the shareholders with the agenda for dissolving the PT and appointing a liquidator and (ii) deed of resolution of the shareholders with the agenda for approving the report on the final results of liquidation by the liquidator. The deed with the agenda of dissolving the PT and appointing a liquidator is reported by the Notary through the application of the Directorate General of General Legal Administration or abbreviated as AHU online. The deed with the agenda of the final report on the liquidation results by the liquidator was carried out manually to the Ministry of Law and Human Rights of the Republic of Indonesia, manual reporting was carried out because PTs which were in the process of dissolving could no longer be accessed on AHU Online [15, p. 115].

As an example of the role of a Notary in the dissolution and liquidation process of PT PMA is PT XYZ, where PT shareholders domiciled abroad cannot hold a GMS in Indonesia. The role of the Notary in the dissolution of PT XYZ is as follows:

- a. Make a Notary deed (Deed of Statement of Shareholders' Decision) made based on circular resolution dated 22 February 2017 with the agenda of (i) dissolving PT XYZ as of the circular decision and (ii) appointing the Director of PT XYZ as liquidator.
- b. Report to the Ministry of Law and Human Rights via AHU Online regarding the dissolution and appointment of a liquidator for PT XYZ.
- c. Make a Notary deed (Deed of Statement of Shareholders' Decision) made based on circular resolution dated May 14 2019 with the agenda of (i) receiving the PT XYZ liquidation report and (ii) releasing and releasing the liquidator for any actions related to the PT liquidation process.
- d. Manually sending a letter of notification of the final result of liquidation and request for the end of the legal entity status of PT XYZ to the Ministry of Law and Human Rights of the Republic of Indonesia.

So in the liquidation of a limited liability company, the task of a notary is very important especially in making a deed. Do not let the making of the deed be legally flawed because it violates the provisions stipulated in the regulations that the author has explained above. Because it can have an impact and or legal consequences for a notary, both in terms of civil and administrative sanctions.

Conclusions

Based on the discussion carried out in previous chapters, conclusions are obtained as described below:

The authority of a Notary in the liquidation process of a limited liability company is to do an authentic deed by the forms and procedures determined by legislation. The authority of a notary is to make a deed of the minutes of the first and second General Meeting of Shareholders and draw up a deed of dissolution of a limited liability company. The responsibilities of a notary in the liquidation of a limited liability company are regarding the responsibility for the deed he made and the civil, administrative, and criminal liability if the notary intentionally violates the deed made based on the laws and regulations, adjusting to existing laws in Indonesia and of course civil law. Article 85 UUJN 2004 states that violations by a Notary Public against Article 16 paragraph 1 letter (a to k) may be subject to sanctions in the form of verbal warning, written warning, temporary dismissal, and honorable dismissal; or dishonorable discharge.

In a liquidation there are several stages, all of which are contained in Law Number 40 of 2007. In general, the process and stages of the liquidation of a limited liability company are three processes. The first is General Meeting of Shareholders regarding the approval of the dissolution and the appointment of a liquidator. Second, namely the General Meeting of Shareholders agenda of approval of the liquidator's report and the granting of release and discharge of the liquidator's responsibilities. Finally, namely the making of a deed of dissolution of the company by a notary. In the process of dissolving and liquidating a PT, the role of the notary is to draw up two deeds, namely (i) the deed of resolution of the shareholders with the agenda of dissolving the PT and the appointment of a liquidator and (ii) the deed of resolution of the shareholders with the agenda of approving the report on the final results of liquidation by the liquidator.

Recommendations

1. A Limited Liability Company must legally comply with the processes and stages specified in the laws and regulations if they wish to conduct a dissolution process. There is a liquidation process that the company must carry out. Notaries, as public officials authorized to do authentic deeds, must understand and obey the procedures determined by laws and regulations in making a deed of dissolution. Due to negligence, the notary will ensnare in legal civil, administrative, and criminal matters.

2. Notaries in carrying out their authority to make authentic deeds must comply with Indonesian legal regulations. In addition, stakeholders, in this

case the company's organs, must also understand and comply with existing procedures related to liquidation procedures and requirements and other processes in accordance with Indonesian laws and regulations. Notaries and related parties must work together to smooth the liquidation process of a company.

References

- [1] Li, Yuanzhi, & Yermack, David. (2016). Evasive shareholder meetings. *Journal of Corporate Finance*, 38.
- [2] Guercio, Del Diane. (2008). Do boards pay attention when investor activists «just vote no»? *Journal of Financial Economics*, 90(1).
- [3] Cunat, Vicente. (2012). The vote is cast: the effect of corporate governance on shareholder value. *J. Financ.*
- [4] Gunawan, Juniati, Permatasari, Paulina, Fauzi, Hasan. (2022). The evolution of sustainability reporting practices in Indonesia. *Journal of Cleaner Production*, 358.
- [5] Teguh, M, Aulia, Nurul. (2017). Limited Liability Company Law and Its Development in Indonesia. *Pro Negotium Justitae Legem*, UII, 1(3), 22.
- [6] Simon, Harry. (2001). *Advanced Accounting translated by Kartini R.A.F and R.A Fadly Bangkalan*. Rineka Cipta, Jakarta.
- [7] Fuady, Munir. (2017). *New Paradigm Limited Liability Company*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- [8] Harahap, Yahya. (2011). *Limited Liability Company Law*. Jakarta: Sinar Graphic.
- [9] Paula. (2021). Limited Liability Company in Liquidation. *ACTA DIURNAL*. Pelita Harapan University Surabaya, 4(2).
- [10] Adjie, Habib. (2009). *Administrative Civil Sanctions Against Notaries as Public Officials, cet.2*. Bandung: PT Refika Aditama.
- [11] Yogi, Kristanto, I Nyoman Putu, Desak Gede Dwi Arini. (2020). Notary/PPAT Responsibilities and Authorities for Errors and Cancellations of Land Sale and Purchase Deeds. *Legal Interpretation*, Warmadewa University, 1(2).
- [12] Beams, Floyds S., & Jusuf, Amir Abadi. (2000). *Advanced Financial Accounting at Indonesia, Volume 2*. Jakarta: Salemba Empat.
- [13] Jonah, Hadori. (2009). *Advanced Financial Accounting. BPFE-Yogyakarta*. Yogyakarta.
- [14] Suhartono. (2016). Partnership Liquidation Analysis After Realization Process Using MS, Access Programming. *Perspective*, BSI Jakarta, 14(2).
- [15] Ibrahim, Johny. (2005). *Theory and Methodology of Normative Legal Research*. Malang: Bayumedia Publishing.

Ruko

Master of Notary, Faculty of Law, Collage, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: ruko.dsc@gmail.com
ORCID 0000-0001-6063-5786

Sulistyandari

Lecturer, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: sulistyandari265@yahoo.co.id
ORCID 0000-0002-7756-9954

Rahadi W. Bintoro

Lecturer, Faculty of Law

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

e-mail: Rahadi.bintoro@unsoed.ac.id

ORCID 0000-0003-1079-3342

Руко

магістр нотаріату, юридичний факультет, коледж, юридичний факультет

Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

e-mail: ruko.dsc@gmail.com

ORCID 0000-0001-6063-5786

Сулістандарі

викладач, юридичний факультет

Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

e-mail: sulistyandari265@yahoo.co.id

ORCID: 0000-0002-7756-9954

Рахаді Васі Бінторо

викладач, юридичний факультет

Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

e-mail: Rahadi.bintoro@unsoed.ac.id

ORCID 0000-0003-1079-3342

Suggested Citation: Ruko, Sulistyandari, & Bintoro, R.W. (2023). Authority and Responsibilities of a Notary Regarding the Liquidation Process of a Limited Liability Company in the Republic of Indonesia. *Problems of Legality*, 160, 266-283. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.269422>.

Рекомендоване цитування: Руко, Сулістандарі, Бінторо Р. В. Повноваження та обов'язки нотаріуса щодо процедури ліквідації товариства з обмеженою відповідальністю в Республіці Індонезія. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 266–283. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.269422>.

Статтю подано / Submitted: 28.12.2022

Доопрацьовано / Revised: 13.01.2023

Схвалено до друку / Accepted: 17.01.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Validity of Land Rights Transfer Based on Debt with Collateral of Land Certificate under Indonesian Law

Bima Setoaji*

Collage, Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

**e-mail: bimasetoaji@gmail.com*

Sulistiyandari

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

Siti Kunarti

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

Abstract

Debt agreement with land certificate guarantee, the accesoir agreement is a guarantee agreement by way of installation of Mortgage which then for repayment if there is negligence / default, an auction is carried out as regulated in Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage but in this case it is actually used as a sale and purchase between debtors and creditors. This may cancel the registration of the transfer of land rights that has been carried out by the Purchaser who was previously the Creditor Party. This study uses a normative juridical research method and uses a statutory approach, a conceptual approach, and a case approach. The data sources used are secondary data sources with primary legal sources, secondary legal sources, and tertiary legal sources. Data analysis in this study is a qualitative analysis method with deductive reasoning logic. The results obtained are that the Deed of Sale and Purchase of land rights based on debts and receivables is considered invalid because it is a form of simulation agreement, which is a continuation of accounts payable which if the collateral is a plot of land then it should be the installation of Mortgage Rights. This is based on Article 1131 of the Indonesian Civil Code and the rules contained in Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage Rights. Another thing that happened was that the making of the Sale and Purchase Deed was based on the Sale and Purchase Agreement Deed and the Power of Attorney to Sell which contained legal defects so that it affected its validity. The cancellation of land rights can be carried out by means of an application through the Head of the Regency/City Land Office which is then forwarded to the Head of the Provincial Regional Office as described in Article 125-130 of the Regulation of the State Minister of Agrarian Affairs/Head of the National Land Agency Number 9 of 1999 concerning Procedures for Granting and Cancellation of State Land Rights and Management Rights which are the Implementing Regulations of Government Regulations Number 24 of 1997 concerning Land Registration.

Keywords: transition of land rights; debts; guarantee.

Дійсність передачі прав на землю на основі боргу із заставою земельного сертифікату за законодавством Індонезії

Біма Сетоаджі*

Коледж, Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
*e-mail: bimasetoaji@gmail.com

Сулістандарі

Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

Сіті Кунарті

Університет імені генерала Судірмана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

Анотація

Договір позики під заставу земельних сертифікатів є гарантійною угодою шляхом встановлення іпотечного права, яке для погашення вимог кредитора у разі неналежного виконання або невиконання зобов'язань боржника реалізується через проведення аукціону, як це передбачено Законом № 4 від 1996 р. щодо іпотечних прав. Але в цьому випадку договір позики фактично використовується як договір купівлі-продажу між боржниками та кредиторами. Це дозволяє уникнути реєстрації переходу прав на землю, здійсненої покупцем, який раніше був кредитором. У цій роботі застосовуються нормативні юридичні методи дослідження та законодавчі, теоретичні й практичні підходи. При цьому використовуються різні джерела – вторинні джерела даних поряд із первинними юридичними та матеріальними джерелами, а також вторинні юридичні матеріальні джерела та третинні юридичні матеріальні джерела. Аналіз даних у цьому дослідженні здійснено з використанням дедуктивного методу. Отримані результати свідчать про те, що договір купівлі-продажу прав на землю на основі кредиторської заборгованості вважається недійсним, оскільки він є видом удаваного правочину, який є продовженням дебіторської заборгованості. Якщо предметом застави є земельна ділянка, то це призводить до виникнення у заставодержателя іпотечних прав. Це ґрунтується на статті 1131 Цивільного кодексу Індонезії та нормах, що містяться в Законі № 4 від 1996 р. про іпотечні права. Ще одна проблема, яку досліджено, стосується оформлення договору купівлі-продажу на підставі договору купівлі-продажу та довіреності на продаж, юридичні недоліки яких вплинули на їх дійсність. Анулювання прав на землю може бути здійснено шляхом подання заяви через керівника земельного управління регентства/міського управління, яке потім надсилається керівнику регіонального управління провінції, як це визначено у статтях 125–130 Регламенту Міністра аграрних справ/Керівника Національного земельного агентства № 9 від 1999 р. щодо процедур надання й анулювання прав на державні землі

та прав управління, які є імплементаційними постановами урядової постанови № 24 від 1997 р. щодо реєстрації землі.

Ключові слова: перехід прав на землю; борги; гарантія.

Introduction

Acquisition of land rights is more often done by transferring rights (transfer of rights). The transfer of land rights can occur due to 2 (two) things, namely legal actions and legal events. Transfer of land rights due to legal actions is a transfer of land rights that occurs due to legal actions carried out by the parties intentionally and consciously to make the transition. Legal actions that cause the transfer of land rights include buying and selling, exchanges, grants, income within the company, and distribution of joint rights. The transfer of land rights due to a legal event, namely the transfer of rights that occurs due to the death of a person, this results in a transfer of rights automatically due to a legal event of death which underlies the occurrence of land rights to the heir [1].

Buying and selling is a form of transfer of land rights, according to Article 1457 of the Indonesia Civil Code, it is an agreement, by which one party binds himself to surrender an object, and the other party to pay the price that has been promised. Buying and selling, which was formerly known as the real principle, occurs when there is levering or delivery of goods. Then in the provisions of Article 1458 of the Indonesian Civil Code it is explained that "buying and selling is considered to have taken place between the two parties when they have reached an agreement regarding the goods and price, even though the goods have not been delivered or the price has not been paid".

The provisions above explain that buying and selling has occurred since there was an agreement. If this understanding is associated with a transfer of land rights, then there is one party who surrenders his land to another party by paying the agreed price. The transfer of rights through buying and selling is carried out before the Land Deed Making Official, where the Land Deed Making Official makes an authentic deed and registers it with the National Land Agency to change the ownership of the land in the land certificate.

The granting or determination of land rights included in any resolution of land disputes is intended as an effort to guarantee legal certainty for the holders of their rights. In order to guarantee legal certainty which is one of the main objectives of the Basic Agrarian Law, the Law instructs the government to carry out land registration in all Indonesian territories that is *Rechskadaster* in nature, meaning that the aim is to guarantee legal certainty and certainty of their rights as stipulated in Article 19 of the Law Basic Agrarian Law [2].

The problem that usually occurs in the community is that there is a practice of buying and selling land that originates from debts and receivables both verbally and in writing. The party giving the loan (creditor) usually asks for a guarantee to guarantee the debt of the borrowing party (debtor), but there are also creditors who do not have good faith come directly to the Notary to make a deed of the Sale and Purchase Agreement which is then made by the notary a Power of Attorney. Selling in order to continue the buying and selling process. Making a sale and purchase agreement deed aims to temporarily protect the parties from default, while the selling power of attorney is intended for the benefit of the creditor to continue the buying and selling process. The creditor, on the basis of the Sale and Purchase Agreement and the Power of Attorney to sell, then comes to another Notary as the Official for Making the Land Deed to make a Sale and Purchase Deed as well as the process of transferring the name from the previous right holder, namely the seller/debtor to being on behalf of the buyer/creditor.

Based on the description of the background above, the authors formulate several problems, as follows:

1. What is the validity of the transfer of land rights based on debts guaranteed by land certificates?
2. How is mechanism of return the land rights towards transfer of land rights that canceled by the court?

Materials and Methods

The method used in this study is the normative juridical method, a process for finding legal rules, legal principles and legal doctrines to answer the legal issues faced. The approach method that the author uses in this study is the Legislative Approach, Conceptual Approach, and Case Approach. The data sources used are secondary data sources with primary legal sources including the Indonesian Civil Code, Law Number 5 of 1960 concerning Basic Agrarian Regulations, Government Regulation Number 24 of 1997 concerning Land Registration; secondary sources of legal materials include literature in the field of law, research results in the field of law, scientific articles, journals and the internet; Tertiary legal material sources include legal dictionaries, encyclopedias, magazines, newspapers, and other sources that support this research and have correlations to support this research. The data analysis that the writer uses in this study is a qualitative analysis method with logical deductive thinking.

Results and Discussion

The Validity of The Transfer of Land Rights based on Debts Guaranteed by Land Certificates

An agreement according to Article 1313 of the Indonesian Civil Code is an act by which one or more people bind themselves to one or more people. The word "agreement" in general can have a broad and narrow sense. In a broad sense, an agreement means any agreement that gives rise to legal consequences as desired (or deemed desired) by the parties, including marriages, marriage agreements and others. Meanwhile, agreements in the narrow sense are only aimed at legal relations in the field of property law, as referred to in Book III BW (*Burgerlijk Wetboek*).

The agreement or agreement (*overeenkomst*) referred to in Article 1313 of the Indonesian Civil Code only occurs with the permission or will (*toestemming*) of all those related to the agreement, namely those who entered into the agreement or agreement concerned. From the above statement it can be concluded that the agreement gives rise to achievements of the parties to the agreement. Performance is an obligation that must be fulfilled and carried out by one party (debtor) to another party (creditor) in the agreement.

The form of the agreement is divided into 2 (two) types, namely (1) a written agreement is an agreement made by the parties in written form, and (2) an oral agreement is an agreement made by the parties in oral form (enough agreement of the parties) [3]. The agreement has the following elements:

- a. There are parties that are the subject, at least two parties and each of them can consist of people with people or people with legal entities or legal entities with legal entities. Thus it is impossible to say that there is an agreement if there is only one subject.
- b. There is an agreement between the parties. The agreement is described as a statement of the will of the parties that complement each other. The agreement is formed through offers submitted by the parties which then meet at one point.
- c. There are objects that are a things. The object of the agreement is property that can be traded.
- d. There is a purpose that is material (regarding wealth). In other words, the agreement intends to transfer rights to property which is the object of the agreement.
- e. There is a particular form, spoken or written. Based on the principle of freedom of contract or *partij* autonomy, actually agreements can be made verbally so that they are known as oral contracts, they can also be in written form unless the law stipulates otherwise, which in theory are known as formal contracts such

as peace contracts, land guarantee contracts, company establishment contracts, limited grant agreement [4].

According to Article 1320 of the Indonesian Civil Code, an agreement requires four conditions:

- a. Those who bind themselves should agree.
- b. It should be proficient in making an agreement.
- c. It should regard a certain thing.
- d. It should have a lawful cause [5].

The first and second conditions are called subjective conditions because they involve the parties entering into an agreement. The third and fourth conditions are called objective conditions, because they involve the object of the agreement. If the first and second conditions are not met, then the agreement can be cancelled. If the third and fourth conditions are not met, then the agreement is null and void, meaning that from the beginning the agreement was deemed to have never happened.

An agreement can cause a transfer of land rights. One way of transferring land rights is by buying and selling. But the problems related to buying and selling land that often occurs in Indonesian society originate from debt agreements, such as the case that occurred in Dompu Regency, West Nusa Tenggara, in the Supreme Court Decision Number 1615K/Pdt/2020. The essence of the problem, in this case, is that the Plaintiff, in this case the debtor/seller, stated that he felt disadvantaged because the Defendant, in this case the creditor/buyer, committed an unlawful act against the verbal debt agreement that had been mutually agreed upon. The verbal credit agreement states that the Plaintiff received a loan from the Defendant to pay off the remaining credit at PT. Bank Rakyat Indonesia (BRI) as evidenced by a credit repayment slip. That after guaranteeing the debt at PT. BRI in the form of a certificate of land owned by the Plaintiff was issued, the Defendant requested it as collateral for the payment of the Plaintiff's debt to the Defendant.

That a few days after the oral debt agreement, the Defendant unilaterally went to the Notary's office which in this case was Co-Defendant III to draw up a Power of Attorney to Sell and a Deed of Agreement on Sale and Purchase. Whereas after the issuance of the Power of Attorney to Sell and the Deed of Agreement on Sale and Purchase by Co-Defendant III, Defendant visited the Plaintiff to sign the letters. Due to the Plaintiff's ignorance of these letters, the Plaintiff continued to sign the letters submitted by the Defendant. Whereas on the basis of the Power of Attorney to Sell and the Deed of Binding Sale and Purchase, the Defendant came to another Notary/ Land Titles Registrar (PPAT) office where

in this case Co-Defendant IV made a Sale and Purchase Deed which was then issued by Co-Defendant IV a Sale and Purchase Deed along with the process of transferring the name of the Land Certificate originally on behalf of the Plaintiff became on behalf of the Defendant. Whereas accordingly, there is an indication of an unlawful act by the Defendant over the verbal debt and credit agreement previously agreed with the Plaintiff.

Whereas in the principal case described above, the debtor/seller sued the creditor/buyer by co-defendant Notary who in this case issued the Power of Attorney to Sell and Deed of Sale and Purchase Agreement, PPAT which in this case issued the Deed of Sale and Purchase, and the Land Agency Dompu District National Office, which in this case crossed out the name of the right holder in the land certificate.

The agreement recognizes 5 (five) important principles, namely:

a. Principle of Freedom of Contract

This freedom of contract is stated in Article 1338 paragraph (1) of the Indonesian Civil Code which reads: "All agreements made legally apply as laws for those who make them". The scope of the principle of freedom of contract, according to Indonesian contract law, is:

- 1) Freedom to make or not to make agreements;
- 2) The freedom to choose the party with whom he wants to agree;
- 3) The freedom to determine or choose the cause of the agreement to be made;
- 4) Freedom to determine the object of the agreement;
- 5) Freedom to determine the form of an agreement;
- 6) The freedom to accept or deviate from the provisions of the law is optional (aanvullend optional).

b. Principles of Consensualism

An agreement generally occurs when a conformity of will that satisfies certain conditions constitutes a legally valid contract. The principle of consensual can be concluded in Article 1320 paragraph (1) of the Indonesian Civil Code. The article stipulates that one of the conditions for a valid agreement is the existence of a word of agreement between the two parties.

c. Principle of Legal Certainty (*Pacta Sunt Servanda*)

Article 1338 paragraph (1) of the Indonesian Civil Code states that "All agreements made legally apply as laws for those who make them", which means that agreements made by the parties have binding legal force. The principle of *pacta sunt servanda* requires that judges must respect and must not intervene in the substance of the contract made by the parties like a law. If there is a

dispute in the implementation of the agreement, the judge with his decision can force the violating party to carry out his rights and obligations according to the agreement.

d. Principles of Good Faith

The principle of good faith is contained in the provisions of Article 1338 paragraph (3) of the Indonesian Civil Code which reads: "Agreements must be implemented in good faith." Good faith which is called *te goeder trouw* in Dutch, which is often also translated as honesty, can be divided into 2 (two) types, namely: (1) Good faith when entering into an agreement; and (2) Good faith when carrying out the rights and obligations arising from the agreement. An agreement carried out in good faith or not will be reflected in the actual actions of the parties in implementing the agreement, so that even though good faith lies in the human heart which is subjective in nature, good faith can also be measured objectively.

e. Principles of Personality.

The principle of personality is contained in Article 1315 of the Indonesian Civil Code which reads: «In general a person cannot enter into an agreement or agreement other than for himself», and Article 1340 of the Indonesian Civil Code which reads: "An agreement only applies between parties – the party that made it". However, this provision has exceptions as introduced in Article 1317 of the Indonesian Civil Code which states: "An agreement can also be entered into for the benefit of a third party if an agreement is made for oneself, or a gift to another person, contains such a condition." Meanwhile, in Article 1318 of the Indonesian Civil Code, it does not only stipulate agreements for oneself, but also for the interests of the heirs and for those who obtain rights from them.

There are 5 (five) ways for conformity of statements of intent to occur, namely:

- a. Perfect and written language.
- b. Perfect language orally.
- c. Imperfect language as long as it is accepted by the opposing party.
- d. Causal sign language can be accepted by the other party.
- e. Silence or silence, but as long as it is understood or accepted by the other party [6].

Agreements made in written form will be contained in a deed. A deed is a signed letter containing events which form the basis of a right or engagement, which was made from the outset on purpose for proof. The deed has 2 (two) important functions, namely (1) the deed is a formal function which means that a legal act will be more complete if a deed is made; (2) the function of evidence, namely

the deed as a means of proof where the deed made by the parties bound in an agreement is intended for proof at a later date. According to Article 1868 of the Civil Code, it is explained that "an authentic deed is a deed made in the form determined by law by or before a public official who is authorized to do so at the place where the deed was made". An authentic deed is a binding evidence, the truth of the things written in the deed must be recognized by the Judge, that is, it must be considered true as long as the truth is there is no other party who can prove otherwise [7].

According to Article 1867 of the Indonesian Civil Code, deeds can be classified into 2 (two) types, namely:

a. Underhand deed

An underhand deed is a deed made not in the presence of an authorized official but made and signed by the parties themselves who entered into an agreement. If a private deed is not denied by the parties, then the underhanded deed has the same evidentiary power as an authentic deed as long as the parties acknowledge and do not deny the truth of what is written on the underhanded deed as stated in Article 1857 of the Indonesian Civil Code.

b. Authentic deed

An authentic deed according to Article 1868 of the Indonesian Civil Code, namely "an authentic deed is a deed made in a form determined by law by or before a public official who is authorized to do so at the place where the deed was made". An authentic deed is a binding evidence, the truth of the things written in the deed must be recognized by the Judge, that is, it must be considered true as long as the truth is there is no other party who can prove otherwise.

Article 1 paragraph (1) Law Number 2 of 2014 concerning Amendments to Law Number 30 of 2004 concerning the Office of a Notary and Article 1 paragraph (1) Government Regulation Number 24 of 2016 concerning Amendments to Government Regulation Number 37 of 1998 concerning Regulations The position of Official for Making Land Deeds states that Notary and PPAT are general officials who are authorized to make authentic deeds.

There are 2 (two) requirements regarding the validity of an authentic deed made by a Notary/PPAT, including:

a. Material Requirements

Concerning material requirements, a deed must meet the legal requirements of an agreement as stipulated in the provisions of Article 1320 of the Civil Code described above.

b. Formal Requirements

The formal requirements for an authentic deed state that the form of an authentic deed based on the provisions of the Head of Agency Regulations National Land Affairs Number 8 of 2012 if the PPAT deed and Article 38 of Law Number 2 of 2014 concerning Amendments On Law Number 30 of 2004 if the Notary deed.

An authentic deed can be considered "legally disabled" if it does not fulfill the material and/or formal requirements as described above, and as a consequence, the deed can be canceled or null and void by law.

Based on the case data "The plaintiff is paying off the remaining credit deposits at the Woja Unit Office of PT. Bank Rakyat Indonesia (PERSERO) Tbk. Dompu Branch Rp. 40.000.000 (forty million rupiah), get a temporary money loan from Defendant I with an oral agreement will be returned in the amount of Rp. 50,000,000 (fifty million rupiah) with the condition that the Certificate of Ownership Number 569 in the name of MARIAM (Plaintiff) is held by Defendant I as the Collateral".

According to the author, if this is related to the description regarding the legal principle of the agreement, based on the provisions of Article 1338 paragraph (1) of the Indonesian Civil Code which states that "all agreements made legally apply as laws for those who make them". The word "all" in the article indicates that everyone is free to make agreements. Freedom in making an agreement is not absolute, but there are certain limitations that have been determined by laws and regulations. The parties still have limitations as stipulated in Article 1337 of the Indonesian Civil Code, namely to pay attention to law, decency and public order. This makes the parties in this case freely make and determine the contents of the agreement as long as it does not conflict with the law, decency and public order.

Based on data on the legal considerations of the Dompu District Court judge who stated that "in line with the Jurisprudence of the Supreme Court of the Republic of Indonesia Number 3309 K/Pdt/1985 dated 29 July 1987 explained that "The Authorized Recipient who becomes the Buyer in underhand sales on the threat of cancellation, whether the purchase is made by themselves as well as by intermediary persons, the authorities regarding the goods they are authorized to sell. The purpose of the ban is actually so that the recipient of the power of attorney does not abuse the power of attorney for his benefit. This kind of legal action (authorization) is contrary to the principle of "contrary to the public interest (*Van Openbare Orde*)" because if the sale of collateral is not carried out voluntarily it must be carried out in public by way of auction according to local customs so that the authorization of sale like this is null and void by law".

According to the author, the data on the legal considerations of the judges at the Dompu District Court above are related to the provisions of Article 1338 paragraph (1) of the Indonesian Civil Code concerning the principle of freedom of contract and the principle of *pacta sunt servanda* juncto Article 1320 of the Indonesian Civil Code concerning the terms of the validity of an agreement in which the parties freely make the agreement must pay attention to the limitations related to the freedom to determine the contents of the agreement compatible with Article 1337 of the Indonesian Civil Code so that the agreement contained in the deed can be said to be valid and legally enforceable. The provisions of Article 1337 of the Civil Code which state that "a cause is prohibited, if the cause is prohibited by law or if the cause is contrary to decency or public order" is an explanation regarding one of the conditions for the validity of an agreement, namely a cause (*causa*) which is lawful as stated in Article 1320 of the Indonesian Civil Code [8].

According to the author, this is compatible with the description of the terms of the validity of the agreement in which the conditions for a lawful cause (*causa*) are an objective condition of the agreement so that if these conditions are not fulfilled it can result in the agreement being null and void, meaning that from the start the agreement was deemed to have never happened. The cancellation of the deed of Power of Attorney to Sell according to the judge's considerations at the Dompu District Court based on the Jurisprudence of the Supreme Court of the Republic of Indonesia Number 3309 K/Pdt/1985 has actually been regulated in the provisions of Article 1470 of the Indonesian Civil Code which states that "Likewise, with the threat of cancellation, it is not may become buyers in private sales, whether the purchase is made by themselves or through intermediaries: attorneys, insofar as the goods are authorized to them to be sold", because of that reason, the cause of making the agreement contained in the deed of Power of Attorney has been contrary to law and public interest.

According to the author, the deed of Power of Attorney to sell which was declared null and void inflict in the cancellation of the sale and purchase preliminary agreement deed and the sale and purchase deed as well as the registration of the transfer of land rights at the Dompu Regency Land Office. The deed of Sale and Purchase Preliminary Agreement in this case becomes null and void because that deed is used as the basis for making the deed of the Selling Power of Attorney which is proven with the order number of establishment the deed of the Selling Power of Attorney after the number of the deed of the Sale and Purchase Agreement deed, and made at the same Notary and on the same date. Then the Deed of Sale and Purchase made by another PPAT was declared null and void because it was made based on the

deed of the Sale and Purchase Preliminary Agreement and the Deed of Power of Attorney.

Based on data from the legal considerations of the Mataram High Court judge Number 130/PDT/2019/PT. MTR which stated that "Considering, that initially between the Appellant, originally Defendant I, and the defendant appeal, there was a debt-receivable legal relationship, the Appellant originally stated that the defendant appeal had debt with the Appellant, originally Defendant I, but did not explain in detail when the debt occurred, when the defendant appeal returned/paid his debt to the Appellant, originally Defendant I, it was also unclear whether the amount owed was Rp. 40.000.000 (forty million rupiah) or Rp. 50.000.000 (fifty million rupiah)", so the Mataram High Court judge decided to cancel the decision of the Dompu District Court dated 29 May 2019 Number 23/Pdt.G/2018/PN.Dpu which the appeal was filed for and stated that the plaintiff's original appeal was unacceptable (*Niet Ontvankelijke verklaard*).

According to the author of the legal considerations of the Mataram High Court judge above, consider what actually happened between the parties was a sale and purchase agreement because the Plaintiff in his lawsuit did not explain in detail when the debt agreement occurred, when the Plaintiff returned/paid his debt to the Appellant, originally Defendant I, and the amount owed. These legal considerations, if related to the description of the Sale and Purchase Agreement, are based on the provisions of Article 1458 of the Indonesian Civil Code which reads "Buying and selling is considered to have taken place between the two parties, as soon as the people reach an agreement regarding the goods and the price, even though the goods it has not been submitted and the price has not been paid" [9], in this case, what was agreed upon by the Plaintiff was not a sale and purchase agreement but a debt and credit agreement so that the sale and purchase was deemed not to have occurred because an agreement was not reached.

The legal considerations of the judge of the High Court which are then related to the description of the Sale and Purchase Preliminary Agreement, which is a preliminary agreement before the sale and purchase deed is made as a condition for the transfer can be made for several reasons, namely (1) payment cannot be made to the object in full or paid off; (2) administrative files in the form of letters/object documents cannot be completed; (3) the parties, sellers or buyers, cannot control the object; and (4) considerations regarding the value of the object being traded for which there is still no agreement between the parties [10]. In this case, Defendant I as the Buyer has submitted full payment to Plaintiff as the Seller and the Seller has submitted documents of ownership of the object to the Buyer, then in terms

of documents, the ownership of the object has been registered in the name of the Seller. In such a situation, a sale and purchase deed should be made immediately without making a sale and purchase agreement deed in advance for the purposes of transitional registration at the local Regency/City Land Office. Taking into account this description, according to the author, the legal considerations of the Mataram High Court judges were inappropriate and not based on law.

Based on data from the legal considerations of Supreme Court judges Number 1615K/Pdt/2020 "Considering, after carefully examining the cassation memorandum on October 21 2019 it was linked to *judex factie* considerations, in this case, the Mataram High Court which annulled the decision of the Dompu District Court there was an error in applying the law, with the consideration that the *a quo* case between the Plaintiff (Mariam) and Defendant I (Eni Riani) was regarding the Plaintiff's loan of Rp. 40.000.000.00 (forty million rupiah) to the Defendant with a guaranteed title certificate in the name of the Plaintiff (Mariam), by because what happened was debts agreement with a guarantee, then the sale and purchase carried out by Defendant I and Co-Defendant IV on behalf of the power of attorney to sell the disputed object belonging to the Plaintiff which was used as collateral for the loan was invalid".

According to the author, the legal considerations of the Supreme Court judges are compatible with the provisions of Article 1335 of the Indonesian Civil Code which explains that "an agreement without cause, or made based on a false or prohibited cause, has no force" so the judge decides on the PPJB Deed, The deed of power of attorney to sell and the deed of sale and purchase and the write-off of the right holder in the certificate are declared null and void because a cause in the sale and purchase agreement drawn up and stated in the deed is not a real cause (simulated cause).

The land sale and purchase agreement and debt agreement with land collateral are agreements that have different constructions and are mutually independent because the two agreements are the main agreements. The debt agreement according to the provisions of Article 1754 of the Indonesian Civil Code is an agreement whereby one party gives the other party a certain amount of goods that have been used up due to usage, with the condition that the latter party will return the same amount of the type and the situation is the same. Meanwhile, the sale and purchase agreement according to the provisions of Article 1457 of the Indonesian Civil Code is an agreement by which one party binds himself to deliver an item, and the other party to pay the promised price [11].

Taking into account the explanation of the sale and purchase agreement and debt agreement above, there are very clear differences regarding the rights and

obligations of the parties. In the sale and purchase agreement there is a seller who has the obligation to deliver an item and the buyer who has the obligation to pay the price of the item in money, while the rights of the parties are contrary to their obligations where the seller's right is to receive payment from the buyer and the buyer's right i.e. receiving goods that have been paid for.

The debt agreement is different from the sale and purchase agreement, in that in the debt agreement there is a party receiving the loan (debtor) and a party providing the loan (creditor). According to J. Satrio, explained that the engagement as a legal relationship has 2 (two) aspects, namely the aspect of assets (in terms of rights), which is in the form of claims owned by the creditor, and the aspect of liabilities (in terms of liabilities), which is in the form of debts that must be paid by the debtor. In terms of passivity, people distinguish between schuld and haftung. Schuld is the performance obligation (debt), while haftung is the juridical responsibility [12].

Based on this description, the debtor in the debt agreement is not only obliged to fulfill the achievement (schuld) but also must have a guarantee (haftung) to ensure the implementation of these obligations as explained in Article 1131 of the Indonesian Civil Code which states that "all goods movable and immovable belonging to the debtor, both existing and future, shall serve as collateral for the debtor's individual agreements". This confirms that the rights and obligations arising from the debt agreement are not owned by each party, the debtor only has the obligation to pay his debts, while the creditor only has the right to collect his receivables.

According to the author, taking into account the description above, where there is a false reason in making a sale and purchase agreement, this affects the validity of the Sale and Purchase Deed which is an authentic deed, resulting in the Sale and Purchase Deed originating from a debt agreement with collateral in the case of a Supreme Court Decision Number 1615K/Pdt/2020 becomes null and void and has no legal force. The cancellation of the sale and purchase deed is due to one of the legal requirements for an authentic deed, namely the material requirements are not met. The validity of an authentic deed is largely determined by the truth regarding the events written in the deed because a deed is a writing that contains a legal event that is then signed by the parties and used as evidence in the event of a dispute.

Mechanism of Return the Land Rights towards Transfer of Land Rights that Canceled by the Court

The Indonesian National Land Agency, Badan Pertanahan Nasional (BPN) is mandated to administer the entire land base of Indonesia according to Agrarian

Law no. 5/1960. This law serves as the basis for defining and classifying land as public (state) land or private land, and for allocating land for large-scale plantations such as rubber, coffee, and tobacco, with a more recent emphasis on converting forest areas into oil palm plantations [13]. During the Dutch colonial rule and the early independence era, land governance in Indonesia was based on indigenous customary tenure (adat), which varied between different regions of the country. One of the most important land governance legislations during the postindependence era was the Basic Agrarian Law (UUPA), which was enacted in 1960 and later complemented by a number of other laws, regulations, and decrees [14].

The National Land Agency (BPN) is a government agency that is given the authority, duties, functions, and responsibilities to organize governance in the agrarian and spatial planning sector as formulated in Article 33 paragraph (3) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia which is based on the conception that all land is the land of the Indonesian nation as a gift from God Almighty. The stage after the sale and purchase deed for the transfer of land rights is that the Land Deed Making Officer (PPAT) is tasked with registering the transfer of rights to the National Land Agency no later than 7 (seven) working days. From the registration of the transfer of land as a result of the sale and purchase, the resulting output is a land certificate that has been renamed with the name of the new right holder, so that the legal action applies in strong evidence as stated in Article 32 Paragraph (1) of Government Regulation Number 24 of the Year 1997 that:

"A certificate is a letter of proof of rights which is valid as a strong means of proof regarding the physical data and juridical data contained therein, as long as the physical data and juridical data are due to the data contained in the measurement letter and land title book in questio".

Gustav Radbruch put forward 4 (four) fundamental things related to the meaning of legal certainty, namely:

- a. That the law is positive, means that the positive law is legislation.
- b. That the law is based on facts means that it is based on reality.
- c. That facts must be formulated in a clear way so as to avoid mistakes in meaning, besides being easy to implement.
- d. Positive law should not be easily changed [15].

The next provision in Article 32 paragraph (2) of Government Regulation Number 24 of 1997 states that "In the event that a certificate has been legally issued on a parcel of land in the name of a person or legal entity who has acquired the land in good faith and actually controls it, then the Others who feel

they have rights over said land can no longer demand the exercise of said rights if within 5 (five) years from the issuance of the certificate they do not submit a written objection to the certificate holder and the Head of the Land Office concerned or do not file a lawsuit against the Court regarding land tenure. or the issuance of the certificate", meaning that the certificate of land rights can still be challenged by other interested parties who feel they have been harmed.

The transfer of land rights is the transfer or transfer of land ownership that originally belonged to a person or group of people to another community. The transfer of land rights regulated in the provisions of Article 37 paragraph (1) of Government Regulation Number 24 of 1997 concerning Land Registration states as follows:

"Transfers of land rights and ownership rights to apartment units through buying and selling, exchange, grants, entry into the company and other legal acts of transferring rights, except for the transfer of rights through auctions, can only be registered if proven by a deed drawn up by the PPAT who is authorized according to the provisions of the applicable laws and regulations".

Based on these provisions, the types of transfer of rights can occur due to buying and selling, exchange, grants, income within the company, transfer of rights through auctions, and other transfers of rights. Transfer of other rights can be in the form of distribution of joint rights, granting of building use rights, usufructuary rights, auctions, granting of mortgage rights and inheritance.

The process of land registration related to the transfer of land rights that has been completed and the land certificate issued, if there is falsification in the authentic deed, it can cause material or immaterial losses, if the certificate has changed its name, it must be canceled to provide legal certainty to the holder of the certificate of land rights [16]. This is similar to the Supreme Court decision case number 1615K/Pdt/2020 where the authentic deed which forms the basis of a transfer of land rights is canceled by a court decision that results in the cancellation of the transfer.

Regarding the return of land rights to the transfer of land rights that were canceled by the court, the provisions of Article 55 paragraphs (1) and (2) of Government Regulation Number 24 of 1997 state that:

"(1) The Court Registrar is obligated to notify the Head of the Land Office regarding the contents of all Court decisions which have obtained permanent legal force and decisions of the Head of Court which result in changes to the data concerning land parcels that have been registered or apartment units to be recorded in the relevant land book and as far as possible on certificates and other lists.

(2) The recording as referred to in paragraph (1) can also be carried out at the request of an interested party, based on an official copy of the Court's decision that has permanent legal force or a copy of the decision of the Head of the Court concerned submitted by him to the Head of the Land Office".

Based on the provisions above, when associated with the Supreme Court decision number 1615K/Pdt/2020 which states that the deletion of the Name of the Rightholder in the Certificate of Property Rights (SHM) Number 569 of 2006 from Mariam/Plaintiff to Eni Riyani/Defendant is invalid and has no legal force because the Sale and Purchase Deed which became the basis for the transfer of land rights was declared invalid and null and void, the Court Registrar is obliged to notify the Head of the Dompu District Land Office the contents of all decisions to be recorded in the land book. The registration of the cancellation of the transfer of land rights on the certificate of land rights can also be carried out by interested parties in this case, namely the Plaintiff by submitting an application to the Dompu District Land Office and attaching an official copy of the Court Decision.

Conclusions

1. The validity of the Deed of Sale and Purchase of land rights based on debts according to Article 1868 of the Indonesian Civil Code, a deed in order to be said to be an authentic deed must meet several requirements, namely, First, the deed is drawn up by or before a public official; secondly, the deed must be drawn up in the form determined by law; Third, the public official must have the authority to make deeds. Authentic deed regulated in the Article must meet the formal requirements and material requirements for making an authentic deed so that it can be declared valid and has legal force.

The formal requirements for an authentic deed state that the form of an authentic deed is based on the provisions of the Regulation of the Head of the National Land Agency Number 8 of 2012 if it is a PPAT deed and Article 38 of Law Number 2 of 2014 concerning Amendments to Law Number 30 of 2004 if it is a Notary deed. Then the material requirements for an authentic deed state that in making an authentic deed one must fulfill the legal requirements of an agreement as stipulated in Article 1320 of the Indonesian Civil Code.

The case in the Supreme Court Decision Number 1615K/Pdt/2020 states that the Sale and Purchase Deed made by the PPAT which is an authentic deed is declared invalid and null and void. This is because the PPAT made the sale and purchase deed based on the PPJB deed (the deed of the Sale and Purchase Preliminary Agreement) and deed of power of attorney to sell made by a notary. The making of the PPJB deed and the Power of Attorney to Sell by a Notary

do not fulfill the material requirements of an authentic deed, namely the non-fulfillment of elements of a lawful cause as stipulated in Articles 1335 – 1337 of the Indonesian Civil Code, resulting in a Sale and Purchase Deed which is the next stage of the PPJB deed becomes invalid and cancels the transfer of land rights that have been registered with BPN.

2. The mechanism for returning land rights to the transfer of land rights canceled by a court decision in the Supreme Court Decision Case Number 1615K/Pdt/2020 can be carried out by submitting an application to the Land Office and attaching an official copy of the Court Decision which has permanent legal force to delete and return of rights on the land certificate to the previous Name of the Right Holder. This is in accordance with the provisions of Article 55 paragraph (1) and (2) Government Regulation Number 24 of 1997 concerning Land Registration.

Recommendations

Judges in giving legal considerations should explain in more detail the legal aspects that are the source of deciding a case so that there is clarity on the rules for a problem. Then for Notaries and PPATs as public officials who are authorized to make authentic deeds, in carrying out their positions, it is hoped that they will be more careful when there are parties who face having to make a deed.

BPN is expected to be responsive to a problem of transferring land rights so that parties who have been declared legally owning the land that is the object of the dispute do not have to make an application because there is already a court decision that has permanent legal force, moreover, the BPN is also a defendant in the trial and knows the process in the trial. This is an effort to achieve legal certainty related to the land demanded by the rights holders.

References

- [1] Sutedi, A. (2007). *Peralihan Hak Atas Tanah dan Pendaftarannya*. Jakarta: Sinar Grafika.
- [2] Soerodjo, I. (2003). *Kepastian Hukum Hak Atas Tanah di Indonesia*. Surabaya: Arkola.
- [3] Salim, H.S. (2018). *Perkembangan Hukum Jaminan Di Indonesia*. Jakarta: PT. Rajagrafindo Persada.
- [4] Muhammad, A. (2000). *Hukum Perdata Indonesia*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- [5] Ismia, Hayatul, Ulfia Hasanah, & Firdaus, Devi Suarsanti. (2019). Cancellation of Land Grants Based on Customary Law in Pelalawan District, Riau Province. *International Journal of Innovation, Creativity and Change, Faculty of Law, Riau University, Pekanbaru, Indonesia*, 10(3), 140-153.
- [6] Mertokusumo, S. (1987). *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Yogyakarta: Liberty.
- [7] Yunus, Anugerah, & M. Syukri Akub dan Anwar Borahima. (2014). Notary Responsibility for Placement of False Statements in Authentic Deeds. *Jurnal Analisis, Notary Masters Program, Faculty of Law, Hasanuddin University*, 3(2), 189-194.

- [8] Setiawan, Fajar Bayu, Himma Asihsalista, & Nikki Ramadhani M. Pranoto. (2013). Position of Rahim Lease Contract in Indonesian Positive Law. *Private Law, Journal of the Faculty of Law, Sebelas Maret University*, 1(1), 67-74.
- [9] Meliala, A. Qirom Syamsudin. (2010). *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*. Yogyakarta: Liberty.
- [10] Amasangsa, Made Ara DA & I MD Priyanto. (2019). Sale Purchase Preliminary Agreement (PPJB) in the Transfer of Land and/or Building Rights Transactions. *Kertha Semaya: Journal Ilmu Hukum, Journal of Civil Specialization Program, Faculty of Law, Udayana University*, 8(1), 1-18.
- [11] Larasati, Fadhila Restyana & Mochammad Bakri. (2018). Implementation of Supreme Court Circular Number 4 of 2016 on Judge Decisions in Providing Legal Protection for Good Faith Buyers. *Jurnal Konstitusi, Notary Masters Study Program, Postgraduate Faculty of Law, Brawijaya University*, 15(4), 882-902.
- [12] Satrio, J. (1999). *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*. Bandung: Alumni.
- [13] Sirait, M.T., White, B., & Pradhan, U. (2017). Chapter 9 - Land Rights and Land Reform Issues for Effective Natural Resources Management in Indonesia. *ICRAF-SEA, Bogor, Indonesia Institute of Social Studies (ISS), Den Haag, The Netherlands*, 1, 141-155. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-805454-3.00009-8>.
- [14] Krishna, Vijesh V., Christoph Kubitza, Unai Pascual, & Matin Qaim. (2017). Land markets, Property rights, and Deforestation: Insights from Indonesia. *World Development*, 99, 335-349. <http://dx.doi.org/10.1016/j.worlddev.2017.05.018>.
- [15] Erwin, Muhammad. (2012). *Filsafat Hukum*. Jakarta: Raja Grafindo.
- [16] Agustin, Riska Sri. (2020). Criminal Liability for Falsification of Authentic Deeds Used as the Basis for Submission of Land Ownership Certificates. *Lex Journal: Kajian Hukum & Keadilan. Dr. Soetomo University*, 4(2), 254-271.

Bima Setoaji

Master of Notary, Faculty of Law, Collage, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: bimasetoaji@gmail.com
ORCID 0000-0001-5308-8008

Sulistyandari

Lecturer, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: sulistyandari265@yahoo.co.id
ORCID 0000-0002-7756-9954

Siti Kunarti

Lecturer, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: siti_kunarti@yahoo.co.id
ORCID 0000-0002-1478-2758

Біма Сетоаджі

магістр нотаріату, юридичний факультет, коледж, юридичний факультет
Університет імені генерала Судірманна, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
e-mail: bimasetoaji@gmail.com
ORCID 0000-0001-5308-8008

Сулістандарі

викладач, юридичний факультет

Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

e-mail: sulistyandari265@yahoo.co.id

ORCID 0000-0002-7756-9954

Ситі Кунарти

викладач, юридичний факультет

Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

e-mail: siti_kunarti@yahoo.co.id

ORCID 0000-0002-1478-2758

Suggested Citation: Setoaji, B., Sulistyandari, & Kunarti, S. (2023). Validity of Land Rights Transfer Based on Debt with Collateral of Land Certificate under Indonesian Law. *Problems of Legality*, 160, 284-303. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.269672>.

Рекомендоване цитування: Сетоаджі Б., Сулістандарі, Кунарти С. Дійсність передачі прав на землю на основі боргу із заставою земельного сертифікату за законодавством Індонезії. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 284–303. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.269672>.

Статтю подано / Submitted: 06.01.2023

Доопрацьовано / Revised: 15.01.2023

Схвалено до друку / Accepted: 20.01.2023

Опубліковано / Published: 25.03.2023

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

Збірник наукових праць

Випуск 160

Мови видання: українська, англійська

Відповідальний за випуск проф. *Д. В. Лученко*

Редакторка *С. А. Пашинська*

Коректорка *І. А. Гребцова*

Комп'ютерне макетування *А. Г. Якиної*

Підп. до друку 25.03.2023 р. Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний.

Друк офсетний. Ум. друк. арк. 21,83. Обл.-вид. арк. 19,52.

Тираж 50 прим. Зам. № 23-03/1. Ціна договірна.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Редакційно-видавничий відділ наукових видань

Україна, 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77, к. 412

тел. (057) 704-92-99, 704-89-16

e-mail: problzakon@ukr.net; сайт: <http://plaw.nlu.edu.ua>

Віддруковано у ФОП Єфименко С. А.

61166, м. Харків, вул. Коломенська, 27.

Свідоцтво серія ДК № 6869. Видане 08.08.2019 р.