

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

Міністерство освіти і науки України

**Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого**

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 154

**Харків
2021**

Засновник і видавець: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Заснований у 1976 р. Виходить 4 рази на рік

Мови видання: українська, англійська, російська

*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 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 № 2 від 17.09.2021 р.*

Редакційна колегія: д-р юрид. наук, проф. А. П. Гетьман (відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. Д. В. Лученко (заст. відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. К. В. Гусаров (відп. секретар); д-р юрид. наук, проф. Ю. Г. Барабаш; д-р юрид. наук, проф. Ю. П. Битяк; 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. Комаров; 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. В. Я. Тацій; 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 юрид. наук, проф. С. О. Балащенко (Білорусь); 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 імені Ярослава Мудрого, 2021. – Вип. 154. – 336 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 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), «Vielefeld 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.

При посиланні на матеріали збірника наукових праць «Проблеми законності» слід використовувати транслітеровану назву «Problemy zakonnosti» або «Problems of legality».

Founder and publisher: Yaroslav Mudryi National Law University

Founded in 1976. Published 4 times per year

Language of edition: Ukrainian, English, Russian

*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. 2, 17.09.2021.*

Editorial team: *Anatolii Getman* – Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Dmytro Luchenko* – Deputy Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Kostiantyn Gusarov* – Executive Editor, Dr. of Law, Prof.; *Yurii Barabash* – Dr. of Law, Prof.; *Yurii Bytiak* – 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.; *Vasyl Tatsii* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Titko* – Dr. of Law, Prof.; *Sergiy Kharytonov* – Dr. of Law, Prof.; *Viktor Shevchuk* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Yakoviuk* – Dr. of Law, Prof.; *Oleh Yaroshenko* – Dr. of Law, Prof.

Foreign Members of the Editorial team: *Serhei Balashenko* – Dr. of Law, Prof. (Belarus); *William E. Butler* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Lukasz Gruszczyński* – PhD, Prof. (Poland); *Thomas Davulis* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Karl-Hermann Kestner* – Dr. of Law, Prof. (Germany); *Roberto Giordano Lerena* – Prof. (Argentina); *Sniehole Matiulienė* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Mario Ferreira Monte* – Dr. of Law, Prof. (Portugal); *Diego Rodriguez-Pinzon* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Rocío 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, 2021. – Issue 154. – 336 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 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.

When referring to the materials of the collection of scientific papers «Problems of Legality», the transliterated title «Problemy zakonnosti» or «Problems of Legality» should be used.

УДК 340(06)

Основатель и издатель: Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

Основан в 1976 г. Выходит 4 раза в год

Языки издания: украинский, английский, русский

*Свидетельство о государственной регистрации печатного средства массовой информации:
серия КВ № 21387-11187 ПР от 17.06.2015 г.*

Сборник научных трудов включен в категорию «Б»

*Перечня научных рецензируемых изданий Украины по юридическим наукам (специальности 081, 082) –
приказ Министерства образования и науки Украины № 612 от 07.05.2019 г.*

Рекомендован к печати и распространению через Интернет ученым советом

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, протокол № 2 от 17.09.2021 г.

Редакционная коллегия: д-р юрид. наук, проф. А. П. Гетьман (отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. Д. В. Лученко (зам. отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. К. В. Гусаров (отв. секретарь); д-р юрид. наук, проф. Ю. Г. Барабаш; д-р юрид. наук, проф. Ю. П. Битяк; д-р юрид. наук, проф. Е. А. Гриненко; д-р юрид. наук, проф. Н. И. Инишин; канд. юрид. наук, доц. А. Н. Исаяев; канд. юрид. наук, проф. В. В. Комаров; 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. Ортинский; д-р юрид. наук, проф. В. Я. Тацкий; д-р юрид. наук, проф. И. А. Титко; д-р юрид. наук, проф. С. А. Харитонов; д-р юрид. наук, проф. В. М. Шевчук; д-р юрид. наук, проф. И. В. Яковюк; д-р юрид. наук, проф. О. Н. Ярошенко.

Иностранцы члены редакционной коллегии: д-р юрид. наук, проф. С. А. Балашенко (Беларусь); д-р права, проф. В. Е. Батлер (США); д-р философии, проф. Л. Груцинский (Польша); д-р юрид. наук, проф. Т. Даулис (Литва); д-р права, проф. К.-Г. Кестнер (Германия); проф. Р. Дж. Лерена (Аргентина); д-р юрид. наук, проф. С. Матюльене (Литва); д-р права, проф. М. Ф. Монте (Португалия); д-р права, проф. Д. Родригес-Пинзон (США); д-р юрид. наук, проф. Р. П. Хуэртас-дель Пилар (Колумбия).

Проблемы законности : сб. науч. трудов / отв. ред. А. П. Гетьман. – Харьков : Нац. юрид. ун-т имени Ярослава Мудрого, 2021. – Вып. 154. – 336 с.

В сборнике помещены научные статьи, посвященные актуальным проблемам правоведения: теории и истории государства и права, государственного строительства, конституционного, гражданского, трудового, финансового, хозяйственного, административного, таможенного, экологического, уголовного права, уголовного и гражданского процессов, криминалистики, вопросам борьбы с преступностью.

Для научных сотрудников, преподавателей, аспирантов, студентов и всех, кто интересуется правовой тематикой.

Сборник научных трудов индексируется в Google Scholar, в международных реферативных базах данных «EBSCO Publisher» (США), «WorldCat» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Швеция), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (MIAR) (Испания), «Index Copernicus International» (Польша), «Bielefeld Academic Search Engine» (Германия), имеет полнотекстовые сетевые версии в Интернете на платформах Национальной библиотеки Украины имени В. И. Вернадского, «Научная периодика Украины», «Central and Eastern European Online Library» (Германия), «Worldwide Scientific and Educational Library» (США), Республиканской Межвузовской Электронной Библиотеки (Казахстан) и др. В настоящее время редколлегия ведет работу по включению сборника у Scopus и Web of Science.

Адрес редакционной коллегии: Украина, 61024, г. Харьков, ул. Пушкинская, 77,
e-mail: problzakon@ukr.net

Использование опубликованных в сборнике материалов допускается при условии обязательной ссылки на источник информации.

При ссылке на материалы сборника научных трудов «Проблемы законности» следует использовать транслитерированное название «Problemy zakonnosti» или «Problems of legality».

ЗМІСТ

ПРАВОВІ ЗАСАДИ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

<i>Яковюк І. В., Туренко А. Ю.</i> Економічна безпека України як передумова забезпечення її суверенітету.....	8
---	---

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Єрмолаєв В. М.</i> Концепції державотворення доби національно-визвольних змагань (1917–1920 роки).....	37
<i>Камінська І. В.</i> Доктрина методів тлумачення норм права, сформована у практиці Суду ЄС.....	51
<i>Трихліб К. О.</i> Обсяг меж вільного розсуду держави у практиці Європейського суду з прав людини.....	65

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

<i>Гринчак А. А.</i> Конституційно-правові засади регіоналізації у європейських країнах: структурно-функціональні характеристики механізму публічної влади.....	79
---	----

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

<i>Уршиновська О. І., Івашко О. Д.</i> Звернення стягнення на грошові кошти та (або) майно інших осіб: пошук законодавчого компромісу та огляд правозастосовної практики.....	93
<i>Уразова Г. О.</i> Правова природа фідучіарного обов'язку в цивільному праві України.....	109
<i>Коробцова Н. В.</i> Електронна система охорони здоров'я (e-Health): механізм упровадження та етапи розвитку.....	117
<i>Попов О. І.</i> Роль адвоката у забезпеченні єдності судової практики при розгляді цивільних справ.....	127
<i>Левандовська Є.</i> Зникла особа як власник авторських прав (англійською мовою).....	138

ТРУДОВЕ ПРАВО

<i>Галиакбарова Г. Г.</i> Особливості праці медичних і фармацевтичних працівників: порівняльний аналіз законодавства Казахстану і деяких країн Організації економічного співробітництва та розвитку (англійською мовою).....	154
--	-----

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

<i>Суетнов Є. П.</i> Екосистемний підхід у рамках Конвенції про охорону біологічного різноманіття: огляд рішень Конференції Сторін.....	162
<i>Туліна Е. Є.</i> Правове регулювання інтродукції в Україні.....	186

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ.

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

<i>Северук В. Г.</i> Теоретичні та прикладні проблеми протидії організованим групам і злочинним організаціям, які сформовані на етнічній основі в країнах Азії, Африки та Австралії.....	198
<i>Гіргінов А. Т.</i> Термін давності відповідно до кримінального законодавства Болгарії (англійською мовою).....	219
<i>Гринчак С. В.</i> Кримінальна відповідальність за незаконну трансплантацію: минуле, сучасне, майбутнє.....	244
<i>Олійниченко А. Є.</i> Обмежувальні заходи кримінально-правового характеру в системі правового забезпечення запобігання та протидії домашньому насильству.....	257

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

<i>Щокін Ю. В.</i> Покликання до відповідальності держави за порушення зобов'язань щодо міжнародної спільноти в цілому (російською мовою).....	274
<i>Майданик С. В.</i> Міжнародно-правове регулювання прав осіб з інвалідністю: проблеми становлення та розвитку (англійською мовою).....	288
<i>Мурайова С. В.</i> Правовий захист національних інтересів Німеччини у сфері екологічної безпеки: еволюція підходів (англійською мовою).....	302
<i>Гітій А. О.</i> Механізм захисту прав людини від незаконної діяльності FRONTEX у рамках Європейського Союзу.....	321

CONTENTS

LEGAL PRINCIPLES OF UKRAINE'S NATIONAL SECURITY

<i>Yakoviyk I. V., Turenko A. Yu.</i> Ekonomichna bezpeka Ukrainy yak peredumova zabezpechennia yii suverenitetu.....	8
---	---

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

<i>Yermolaiev V. N.</i> Concepts of state formation of the era national liberation competition (1917–1920).....	37
<i>Kaminska I. V.</i> Doctrine of methods of interpretation of legal norms formed in the case law of the Court of Justice	51
<i>Trykhlub K. O.</i> The scope of the margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.....	65

CONSTITUTIONAL LAW

<i>Grynychak A. A.</i> Constitutional and legal principles of regionalization in European countries: structural and functional characteristics of the mechanism of public power	79
---	----

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

<i>Uhrynovska O. I., Ivashko O. D.</i> Claiming for recovery of funds and (or) property of others: search for legislative compromise and review of law enforcement practice.....	93
<i>Urazova H. O.</i> The legal nature of fiduciary duty in civil law of Ukraine	109
<i>Korobtsova N. V.</i> Electronic health care system (e-Health): implementation mechanism and stages of development	117
<i>Popov O. I.</i> The role of the advocate in the ensuring the unity of the judicial practice in civil cases	127
<i>Lewandowska E.</i> A missing person as a copyright holder	138

LABOR LAW

<i>Galiakbarova G. G.</i> Peculiarities of labor of medical and pharmaceutical workers: a comparative analysis of legislations of Kazakhstan and some OECD countries.....	154
---	-----

ENVIRONMENTAL LAW

<i>Suietnov Ye. P.</i> The ecosystem approach under the Convention on Biological Diversity: a review of decisions of the Conference of the Parties.....	162
<i>Tulina E. Ye.</i> Legal regulation of introduction in Ukraine.....	186

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY. CRIMINAL PROCEDURE

<i>Sevruk V. G.</i> Theoretical and applied problems of counteracting organized groups and criminal organizations that are formed on an ethnic basis in Asia, Africa and Australia	198
<i>Girginov A. T.</i> Statute of limitations under the penal law of Bulgaria	219
<i>Grynychak S. V.</i> Criminal liability for illegal transplantation: past, present, future	244
<i>Oliinychenko A. Ye.</i> Restrictive measures of a criminal law nature in the system of legal regulation of prevention and to combat domestic violence.....	257

INTERNATIONAL LAW

<i>Shchokin Yu. V.</i> Invocation of State Responsibility for Violation of Obligations Owed to the International Community as a Whole.....	274
<i>Maidanik S. V.</i> International legal regulation of the rights of persons with disabilities: problems of formation and development	288
<i>Muravyova S.</i> Legal protection of Germany's national interests in the field of environmental security: the evolution of approaches	302
<i>Hnitiu A. O.</i> Mechanism to protect human rights from illegal activities of FRONTEX within the EU.....	321

СОДЕРЖАНИЕ

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ УКРАИНЫ

<i>Яковюк И. В., Туренко А. Ю.</i> Экономическая безопасность Украины как предпосылка обеспечения ее суверенитета.....	8
--	---

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Ярмолаев В. Н.</i> Концепции государственности времени национально-освободительных соревнований (1917–1920 годы).....	37
<i>Каминская И. В.</i> Доктрина методов толкования норм права, сформированная в практике Суда ЕС.....	51
<i>Трихлеб К. А.</i> Объём границ свободного усмотрения государства в практике Европейского суда по правам человека.....	65

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

<i>Гринчак А. А.</i> Конституционно-правовые основы регионализации в европейских странах: структурно-функциональные характеристики механизма публичной власти.....	79
--	----

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Урыновская О. И., Ивашко О. Д.</i> Обращение взыскания на имущество и/или денежные средства других лиц: поиск законодательного компромисса и обзор правоприменительной практики.....	93
<i>Уразова А. А.</i> Правовая природа фидуциарной обязанности в гражданском праве Украины.....	109
<i>Коробцова Н. В.</i> Электронная система здравоохранения (e-Health): механизм внедрения и этапы развития.....	117
<i>Попов А. И.</i> Роль адвоката в обеспечении единства судебной практики при рассмотрении гражданских дел.....	127
<i>Левандовска Е.</i> Исчезнувшее лицо как владелец авторских прав (на английском языке).....	138

ТРУДОВОЕ ПРАВО

<i>Галиакбарова Г. Г.</i> Особенности труда медицинских и фармацевтических работников: сравнительный анализ законодательств Казахстана и некоторых стран Организации экономического сотрудничества и развития (на английском языке).....	154
--	-----

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

<i>Суетнов Е. П.</i> Экосистемный подход в рамках Конвенции о биологическом разнообразии: обзор решений Конференции Сторон.....	162
<i>Тулина Э. Е.</i> Правовое регулирование интродукции в Украине.....	186

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Северук В. Г.</i> Теоретические и прикладные проблемы противодействия организованным группам и преступным организациям, которые сформированы на этнической основе в странах Азии, Африки и Австралии.....	198
<i>Гиргинов А. Т.</i> Срок давности в соответствии с уголовным законодательством Болгарии (на английском языке).....	219
<i>Гринчак С. В.</i> Уголовная ответственность за незаконную трансплантацию: прошлое, настоящее, будущее.....	244
<i>Олийниченко А. Е.</i> Ограничительные меры уголовно-правового характера в системе правового обеспечения предупреждения и противодействия домашнему насилию.....	257

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Щёкин Ю. В.</i> Призывание к ответственности государства за нарушение обязательств в отношении международного сообщества в целом.....	274
<i>Майданик С. В.</i> Международно-правовое регулирование прав лиц с инвалидностью: проблемы становления и развития (на английском языке).....	288
<i>Муравьева С. В.</i> Правовая защита национальных интересов Германии в сфере экологической безопасности: эволюция подходов (на английском языке).....	302
<i>Гиттий А. А.</i> Механизм защиты прав человека от незаконной деятельности FRONTEX в рамках Европейского Союза.....	321

ПРАВОВІ ЗАСАДИ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ



Яковюк Іван Васильович,
*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри права Європейського Союзу,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
завідувач сектору, НДІ державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН України,
Україна, м. Харків
e-mail: yakoviuk@ukr.net
Scopus Author ID: 57200072341
ORCID 0000-0002-8070-1645*



Туренко Анна Юріївна,
*аспірантка,
НДІ державного будівництва та місцевого
самоврядування НАПрН України,
Україна, м. Харків
e-mail: Varley1986@ukr.net
ORCID 0000-0002-7157-973X*

doi: 10.21564/2414–990X.154.238747
УДК 341

ЕКОНОМІЧНА БЕЗПЕКА УКРАЇНИ ЯК ПЕРЕДУМОВА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЇЇ СУВЕРЕНІТЕТУ

Економічна безпека – це невід’ємна складова національної безпеки. Як засвідчує історія, міцна економіка є обов’язковою передумовою могутності держави, її місця і ролі у світовій спільноті. З другої половини XX ст. питання економічного розвитку стали невід’ємною частиною уявлень

про національну безпеку як наукової спільноти, так і урядів більшості країн. Якщо в одних країнах акцент робиться передусім на економічній могутності держави і економічному суверенітеті, то в інших на перший план висувуються питання, пов'язані з енергетичною, технологічною, продовольчою безпекою або захищеністю держави від світових і регіональних економічних катаклізмів, або небезпекою «економічного шпигунства».

Економічна безпека становить фундамент національної безпеки і при цьому вона тісно взаємопов'язана з її іншими складовими, є основою забезпечення таких її підвидів, як військова, політична, екологічна, інформаційна та інші.

Необхідність забезпечення економічної безпеки на макрорівні посилюється у зв'язку з розвитком у другій половині ХХ ст. глобалізаційних та інтеграційних процесів. Глобалізація і економічна інтеграція, з одного боку, несуть загрози економічному суверенітету, а з іншого – створюють нові можливості для економічного зростання. В умовах економічної глобалізації та регіональної інтеграції надзвичайно важливо розкрити сутність забезпечення економічної безпеки держави. Для досягнення мети дослідження необхідно розглянути теоретичні та методологічні підходи до забезпечення економічної безпеки.

Ключові слова: економічна безпека держави; національна безпека; економічний суверенітет; стратегія.

Яковюк І. В., доктор юридических наук, професор, завідуючий кафедрою права Європейського Союзу, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, завідуючий сектором, НИИ государственного строительства и местного самоуправления НАПрН Украины, Украина, г. Харьков.

e-mail: yakoviuk@ukr.net ; Scopus Author ID: 57200072341 ; ORCID 0000-0002-8070-1645

Туренко А. Ю., аспірантка, НИИ государственного строительства и местного самоуправления НАПрН Украины, Украина, г. Харьков.

e-mail: Varley1986@ukr.net ; ORCID 0000-0002-7157-973X

Экономическая безопасность Украины как предпосылка обеспечения ее суверенитета

Экономическая безопасность – неотъемлемая составляющая национальной безопасности. Как показывает история, крепкая экономика является обязательной предпосылкой могущества государства, его места и роли в мировом сообществе. Со второй половины ХХ в. вопросы экономического развития стали неотъемлемой частью представлений о национальной безопасности как научного сообщества, так и правительств большинства стран. Если в одних странах акцент делается, прежде всего, на экономической мощи государства и его экономическом суверенитете, то в других на первый план выдвигаются вопросы, связанные с энергетической, технологической, продовольственной безопасностью или защищенности государства от мировых и региональных экономических катаклизмов, или опасностью «экономического шпионажа».

Экономическая безопасность является фундаментом национальной безопасности и при этом она тесно взаимосвязана с ее другими составляющими, является основой обеспечения таких ее подвидов как военная, политическая, экологическая, информационная и другие.

Необходимость обеспечения экономической безопасности на макроуровне усиливается в связи с развитием во второй половине ХХ в. глобализационных и интеграционных процессов. Глобализация и экономическая интеграция, с одной стороны, представляют угрозу экономическому суверенитету, а с другой – создают новые возможности для экономического развития. В условиях экономической глобализации и региональной интеграции чрезвычайно важно раскрыть сущность обеспечения экономической безопасности государства. Для достижения цели исследования необходимо рассмотреть теоретические и методологические подходы к обеспечению экономической безопасности.

Ключевые слова: экономическая безопасность государства; национальная безопасность; экономический суверенитет; стратегия.

Постановка проблеми. Безпека завжди мала важливе значення в житті суспільства, а тому її забезпечення державою не носить кон'юнктурний характер. Якщо протягом декількох тисячоліть акцент робився на військовій могутності як основі державної безпеки, то від початку XVIII ст. Англія та інші європейські країни відповідно до теорії меркантилізму [1] починають розглядати воєнну безпеку держави у нерозривному зв'язку зі ступенем економічного розвитку країни, зокрема з розвитком торгівлі, рівнем її благополуччя.

У XIX ст. економічна безпека розглядалася в контексті політики протекціонізму, яка передбачала обмеження вільної торгівлі заради захисту національної промисловості, запобігання іноземному поглинанню вітчизняної промисловості, захоплення національних ринків, інших форм економічної агресії з боку іноземних держав [2] (у кінці XX – на початку XXI ст. окремі ідеї протекціонізму (наприклад, обмеження іноземних інвестицій у стратегічно важливі галузі американської економіки) трансформувалися у концепцію «економічного націоналізму» [3; 4], про що свідчить зокрема прийняття в 1988 р. Конгресом США «положення Ексон-Флоріо», відповідно до якого президент отримав повноваження забороняти будь-яку угоду зі злиття або поглинання американських компаній, якщо вона, на його думку, загрожує підірвати національну безпеку [5]).

У другій половині XX і особливо в XXI ст. концепція безпеки зазнає чергових змін. Після закінчення «холодної війни» та руйнації біполярної міжнародної системи національні держави намагаються адаптувати свою політику безпеки до викликів нової ери. З усього комплексу загроз національній безпеці сучасних держав найбільшу небезпеку становлять економічна і військова складові¹, оскільки саме вони набувають найбільшого значення для забезпечення суверенітету держави.

Економічна безпека як проблематика наукових досліджень, що виходить за рамки проблем оборонного сектору національної безпеки, почала розроблятися вітчизняними вченими після здобуття Україною незалежності². Розбудова державності, необхідність забезпечення суверенітету спричинили особливу увагу до проблеми забезпечення національної безпеки держави і, зокрема, її стрижня – економічної безпеки.

У сучасних умовах саме економічна безпека відіграє ключову роль у забезпеченні національної безпеки таких великих держав, як США³, Китай, Росія, а

¹ У Стратегії національної безпеки Великої Британії (п. 4.98) наголошується на існуванні «зв'язків між фінансовою стабільністю та безпекою» [6].

² Для порівняння, перші кроки з формування політики економічної безпеки США і відповідного наукового і експертного її супроводження розпочалося в 1934 р., коли відповідно до указу президента Ф. Д. Рузвельта було створено Президентський комітет з економічної безпеки. Комітет отримав завдання щодо розробки «рекомендації щодо пропозицій, які, на його думку, сприятимуть більшій економічній безпеці». На сьогодні поняття «економічна безпека держави» не використовується в Стратегії національної безпеки США. Натомість мова йде про забезпечення і підтримання «strength and vitality», «national power» [7].

³ У Стратегії національної безпеки США (2010 р.) зазначалося, що економічна могутність виступає джерелом впливу Америки в світі [8]. Такий висновок було сформульовано за результатами дискусії на конференції «Економічна безпека: ігнорований вимір національної безпеки?»

також інтеграційних об'єднань (Європейський Союз), оскільки від її стану значною мірою залежить ефективність реалізації усіх інших складових національної безпеки, зокрема воєнної [10]. При цьому економічні інструменти можуть служити як невійськовою формою захисту держави, так і дієвим засобом агресії¹. У Китаї економічний розвиток є передумовою військової модернізації шляхом надання засобів для збільшення оборонних бюджетів, а також завдяки системним перевагам зростаючої національної промислової і технологічної бази [11]. Досвід функціонування провідних держав світу засвідчує, що стан економічної безпеки має вирішальне значення для закріплення за державою чіткого місця в глобальному світі, яке відповідає її значенню та потенціалу.

Економічна безпека є важливим елементом державності, умовою забезпечення її суверенітету. Забезпечення економічної безпеки є найважливішою функцією держави, а тому економічна безпека завжди має певний політичний вимір. Роль економічної безпеки в забезпеченні життєздатності держави демонструє стійку тенденцію до постійного ускладнення і зростання. Сьогодні вже не сприймається перебільшенням твердження про те, що парадигма економічної безпеки фактично виступає синонімом національної безпеки сучасних держав (у *Interim National Security Strategic Guidance (2021)* сформульовано однозначний висновок: «у сучасному світі економічна безпека – це національна безпека» [7]; схоже бачення місця і ролі економічної безпеки в системі національної безпеки спостерігається у Китаї: «КПК надає пріоритет економічному розвитку як центральному завданню та силі, яка рухає модернізацією Китаю у всіх сферах, включаючи збройні сили» [11]). Хибне розуміння економічної безпеки, відсутність чіткої та прагматичної економічної політики може становити для держави загрозу більш небезпечну, аніж державний борг і його наслідки [9, с. xii]. Колишній Генеральний контролер Сполучених Штатів Д. М. Волкер (D. M. Walker) зазначає, що мало хто знає, що більшу частину своєї історії США функціонували в умовах відсутності стратегічного, інтегрованого, перспективного та орієнтованого на результат стратегічного плану. Як наслідок, Сполучені Штати занадто довго спиралися на свої минулі успіхи. Сьогодні за такими ключовими показниками як заощадження, критична інфраструктура, інвестиції у фундаментальні дослідження, результати освіти та охорони здоров'я США посідають місце нижче середнього для промислово розвинутих країн [12, с. 2–3].

Сказане пояснює ту увагу, яку приділяє сучасна наука розробці теорії економічної безпеки, визначенню її місця і ролі у системі національної безпеки, розкриття співвідношення з іншими підвидами останньої.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Існує різниця між концептуалізацією економічної безпеки у західній безпековій і економічній думці та

(24–25 серпня 2010 р.), під час якої експерти намагалися сформувати системне розуміння економічного елемента національної могутності [9].

¹ У новітній історії часто мали місце спроби повалення режиму певних країн шляхом руйнування їх економіки і фінансової системи, що призводить до соціальних протестів і політичних заворушень. Руйнація СРСР є прикладом найбільш успішної агресії проти економічної безпеки однієї з провідних країн світу.

підходами, що реалізуються в країнах з перехідною економікою. Англomовна наукова література зосереджена на економічній безпеці держави, підприємства, сім'ї та окремої людини (наукові публікації XIX та початку XX ст. присвячені проблемам економічної безпеки сім'ї та економічної безпеки держави, рідко – економічній безпеці фірм, економічній безпеці бізнесу¹). Західні дослідники розглядають економічну безпеку як реалізацію стабілізаційної економічної політики держави в умовах глобалізації і регіональної економічної інтеграції.

У наукових дослідженнях на пострадянському просторі, зокрема в Україні, в центрі уваги була переважно держава. Вивчення економічної безпеки держави, а також економічної безпеки регіону та підприємства² стали логічним продовженням тенденцій радянської економічної науки. Українські науковці були погано обізнані із західними науковими теоріями, які часто вважалися неприйнятними для перехідної економіки через відмінності в інститутах та бізнес-культурах.

На початку XXI ст. ситуація почала змінюватися. Кількість наукових і аналітичних публікацій вітчизняних авторів суттєво зросла. Насамперед слід вказати на роботи із загальної теорії національної безпеки, в яких зазвичай приділяється увага різним аспектам економічної безпеки, її зв'язку з іншими підвидами національної безпеки, а також системі забезпечення [14; 15; 16]. Важливе значення у процесі цих досліджень відіграють політико-правові документи (стратегії національної безпеки) провідних країн світу. Разом з тим недоліком цих досліджень є брак систематизованого викладення політичних механізмів забезпечення економічної безпеки. Однак узагальнення і висновки, що містяться у цих наукових працях, мають доволі важливе методологічне значення для вузькоспеціальних досліджень економічної безпеки.

Іншу групу складають численні публікації з власне проблем економічної безпеки. Серед них переважають роботи з економічної теорії [17–24], а також розробки окремих підвидів економічної безпеки (доктрини національної безпеки багатьох країн розглядають торгівлю, технології, інновації, енергетику та фінанси як основні елементи національної економічної безпеки) [25–27]. Показово, що багато робіт видано з грифом підручника або навчального посібника [28–30].

Ще одну групу утворюють дослідження політологічного [31] і юридичного характеру [32–35], а також публікації в сфері державного управління [36–37]. Однак наукові праці з права національної безпеки серед останньої групи робіт складають незначну частку [38–40]. Питанням співвідношення економічного суверенітету і економічної безпеки у вітчизняній літературі взагалі майже не приділяється увага [41–42].

Аналіз вітчизняних і зарубіжних розробок, присвячених комплексу теоретичних і практичних проблем у сфері становлення та вдосконалення політики

¹ Це можна пояснити тим, що «... фірма відносно слабо претендує на статус референтного об'єкта безпеки через суперечності між інструментальною, ефемерною природою фірми і логікою екзистенціальних загроз, яка лежить в основі безпеки» [13, с. 100].

² Поняття економічної безпеки регіону та економічної безпеки підприємства можна вважати похідними від концепції державної економічної безпеки.

економічної безпеки України, дозволяє наголосити на об'єктивній необхідності у теоретичному уточненні низки суттєвих аспектів еволюції цієї політики, розкритті її співвідношення з економічним суверенітетом і національною безпекою, іншими її підвидами.

Методологія. Структурна перебудова вітчизняної економіки і системи національної безпеки на етапі становлення української державності, а з часом – інтеграції України до європейських і євроатлантичних структур носить динамічний характер і вимагає постійного методологічного осмислення. Дослідження здійснено на принципах діалектичної логіки. Багатогранність, багатофакторність і багатофункціональність феномена економічної безпеки, неоднозначність тлумачення останньої обумовлює використання системного, структурно-функціонального, ситуаційного підходу до її вивчення. У роботі також застосовувалися методи системного, логічного, інституційного, ретроспективного аналізу, синтезу, індукції і дедукції, аналогій, прогнозування. У розробленні положень і висновків використовувались можливості компаративістики, конфліктології, теорії раціонального вибору, неоінституціоналізму, геополітики і геоekonomіки.

Метою статті є уточнення концептуальних основ політики економічної безпеки України, суб'єктів і чинників її забезпечення у ХХІ ст.

Виклад основного матеріалу. Визначення змісту категорії «економічна безпека» має надзвичайно важливе теоретичне значення, оскільки вона виступає інструментом оцінки інших підвидів національної безпеки, їх матеріальною основою. Як наслідок, економіка у політиці національної безпеки розглядається як її об'єкт, ресурс та засоби [44, с. 334–335].

Економічна безпека – це політико-правова і одночасно економічна категорія, зміст якої не є очевидним (особливо в умовах сучасного нового та ширшого розуміння національної безпеки¹), а отже підлягає уточненню шляхом доктринального та нормативного тлумачення.

Фундаментальні національні інтереси України зберігаються з часу заснування держави. Однак сьогодні для просування цих інтересів потрібен підхід, що відповідав би на виклики сучасності.

Теорія економічної безпеки може розроблятися на різних світоглядних і методологічних засадах², що ускладнює процес формування універсального

¹ У «Interim National Security Strategic Guidance» наголошується, що ми не можемо вдавати, що світ можна просто відновити таким, яким він був 75, 30 або навіть чотири роки тому. У зовнішній політиці та національній безпеці, так само як і у внутрішній політиці, ми повинні намітити новий курс [7].

² Слід зазначити, що дискусії з приводу ролі держави (особливо в умовах глобалізації), про співвідношення держави і ринку суттєво ускладнюють вирішення питання про економічний суверенітет держави, а отже і про економічну безпеку. Більш детально, наприклад, див.: [44]. Слід також погодитися з К. А. Стрельниковим, що для оцінки системи гарантування безпеки можуть бути використані різні підходи, що розкривають ступінь агресивності до держави з боку інших держав: реалістичний (Т. Гоббс), відповідно до якого на міжнародній арені одна країна з неминучістю повинна боротися проти інших; ідеалістичний (І. Кант), що базується на моделі «постійного миру»; раціоналістичний (Г. Гроцій), відповідно до якого держави обмежені в своїх конфліктах певними правилами. Сам К. А. Стрельников виділяє ще й реалістичний підхід, який

категоріального апарату, її опису, аналізу та порівняння [43, с. 1–2]. Крім того, зважаючи на взаємозв'язок економічної безпеки і стійкості розвитку держави на сучасному етапі, суттєво ускладнюється ідентифікація рівня економічної безпеки. Це пов'язано з необхідністю проведення оцінки стану стійкості розвитку держави як найважливішого національного інтересу, а вже потім – визначення ступеня захищеності стійкості від внутрішніх і зовнішніх загроз. При цьому в змісті політики економічної безпеки акцент має робитися не тільки на запобіганні падінню національної економіки, але й на забезпеченні її зростання, посиленні порівняно з країнами-конкурентами¹.

Правильне розуміння змісту економічної безпеки має важливе значення для конструювання правової моделі економічної безпеки. У вітчизняному законодавстві та наукових дослідженнях правовий механізм забезпечення економічної безпеки переважно трактується як система захисних заходів від різного роду загроз і небезпек. Серед правників поширений підхід, відповідно до якого безпека трактується як захищеність життєво важливих інтересів суспільства і держави, а також національних цінностей і способу життя від широкого спектра зовнішніх і внутрішніх загроз, різних за своєю природою (військових, економічних, екологічних, політичних, інформаційних та ін.) [49, с. 156; 50]. Визначення у Стратегії національної безпеки (далі – Стратегія) «стримування» і «стійкості» як основних засад [48] свідчить про те, що в Україні в цілому реалізується оборонна модель стратегії. Схожий напрям у дослідженні питань економічної безпеки був властивий для пострадянських країн у 1990-х роках. Його збереження в сучасних умовах можна пояснити тим, що в Україні досі є нагальна потреба у розробленні основних напрямів вирішення економічних проблем внаслідок, з одного боку, реалізації курсу на входження нашої країни в єдиний світовий (а також європейський регіональний) правовий та економічний простір, а з другого, – гарантування економічного суверенітету в умовах російсько-українського конфлікту.

Однак для забезпечення стійкості розвитку суспільства і держави не менш важливою є діяльність держави, що спрямована на реалізацію її економічних

передбачає у функціонуванні сучасних держав жорсткого конкурентного їх протистояння [45]. Зазначимо, що таке протистояння може стосуватися не лише ворогуючих держав (наприклад, торговельні війни США – КНР [46], але й союзників (США і Японія чи Європейський Союз). Більше див.: [47].

¹ У Стратегії національної безпеки України (2020 р.) (пункти 24–29) вказано на основні внутрішні чинники, що загрожують економічній безпеці України, стримують її економічне зростання, залучення внутрішніх та зовнішніх інвестицій, зменшують її конкурентоспроможність і зрештою підривають національну стійкість, людський, економічний і воєнний потенціал: непослідовність та незавершеність реформ, корупція, повільний розвиток ринкових відносин у ключових сферах, у тому числі в користуванні землею і надрами, значна роль державного сектору в економіці, недосконалість та фрагментарність законодавства; недостатній рівень конкуренції та панування монополій, зокрема в енергетичній сфері та інфраструктурі, низька енергоефективність; відсутність інвестицій в оновлення та розвиток критичної інфраструктури; недостатні можливості адаптації економіки до зміни клімату; еміграція, насамперед фахівців і молоді [48].

інтересів. Стратегія розглядає «сталій розвиток національної економіки та її інтеграція в європейський економічний простір» як один з напрямів реалізації пріоритетів національних інтересів України та забезпечення її національної безпеки; при цьому зазначається, що «низький рівень добробуту породжує зневіру і невпевненість у майбутньому, провокує насильство, що гальмує розвиток та консервує відсталість»¹. У цьому зв'язку особливої значущості набувають дослідження нового – наступального напрямку в державно-правовому механізмі забезпечення економічної безпеки².

Зазначимо, що в стратегіях національної безпеки країн Балтії цей підхід був сприйнятий ще в середині 1990-х років³. Актуальність і практичну значущість цієї діяльності засвідчує проєкт Стратегії зовнішньополітичної діяльності, в якому Україна позиціонується як сильна і авторитетна європейська держава – держава нових економічних можливостей, яка здатна забезпечити сприятливі зовнішні умови для сталого розвитку та реалізації потенціалу держави, економіки і українців. Серед шести пріоритетних напрямів зовнішньополітичної

¹ Зауважимо, що вказане завдання є актуальним не лише для України, але для США як світового лідера: «Ми постійно зацікавлені у розширенні економічного процвітання та можливостей, але ми повинні переосмислити економічні інтереси Америки з точки зору забезпечення засобів до існування працюючих сімей, а не корпоративного прибутку чи сукупного національного багатства. Це породжує імператив для економічного відновлення, заснованого на справедливому та інклюзивному зростанні, а також інвестицій для заохочення інновацій, зміцнення національної конкурентоспроможності, створення високооплачуваних робочих місць, відновлення американських ланцюгів поставок критично важливих товарів та розширення можливостей для всіх американців» [7].

² Слід зазначити, що межі такої активності в національній політиці економічної безпеки залежать від можливостей конкретної держави і її амбіцій, покликаних підтвердити існуючий статус на міжнародній арені чи набути нового статусу. Так, Стратегія національної безпеки США «Економічна безпека – це національна безпека» (2017 р.) мали на меті досягти двох основних цілей: забезпечити здатність ефективно конкурувати в довгостроковій перспективі у сфері безпеки з Китаєм та здійснити тиск на держави-ізої (Іран, КНДР та Венесуела), щоб примусити їх змінити свою поведінку та обмежити загрозу, яку вони представляють, для інтересів США. Для реалізації зазначених цілей адміністрація президента Д. Трампа застосувала широкий спектр економічних інструментів: санкції, тарифи та експортний контроль; використання можливостей Комітету з іноземних інвестицій США; створення нових організацій, покликаних конкурувати з китайськими іноземними інвестиціями; заборона доступу китайським фірмам до американських товарів [51; 52].

³ Рамкова стратегія національної безпеки Литовської Республіки (1996 р.) трактувала економічну безпеку як послідовне зростання економіки країни, створення сприятливих умов для розвитку всіх секторів економіки, створення превентивних заходів щодо скорочення тіньової економіки, забезпечення більш високого рівня життя громадян і створення конкурентоспроможної економіки [53, с. 83]. Унаслідок успішної реалізації реформ підходи Литви до забезпечення економічної безпеки після її вступу до ЄС і НАТО дещо змінилися. Метою економічної безпеки було визнано таке: економічна стабільність і здатність фінансувати оборонні потреби; забезпечення безпеки «стратегічних галузей» (наприклад, енергопостачання); диверсифікація зовнішньої торгівлі; незалежність від домінуючих гравців у міжнародній економіці; захист від економічного шпигунства; хороші макроекономічні показники; соціальна захищеність індивіда при певному рівні засобів до існування; зайнятість, забезпечена робочими місцями; ефективність економічної діяльності тощо [54].

діяльності виділено зокрема просування українського експорту і залучення інвестицій¹.

Конкретизації змісту категорії «економічна безпека» очевидно сприяло б нормативне визначення даного поняття. На жаль, у провідних країнах Заходу, що виступають орієнтиром для України, як правило, не існує практики прийняття окремих законів чи інших спеціальних правових актів, присвячених саме економічній безпеці, а акти, що регулюють здійснення політики безпеки (наприклад, *White Paper on German Security Policy and the Future of the Bundeswehr* (2016 р.) [57]), не завжди містять норми, присвячені цьому підвиду національної безпеки. Винятком з цього правила можна вважати доповідь японського міністерства зовнішньої торгівлі і промисловості 1982 р. (у доповіді під економічною безпекою пропонувалося розуміти такий стан економіки, при якому вона захищена насамперед економічними засобами, від серйозних загроз її безпеці, що виникають під впливом міжнародних факторів [58, с. 94]), а також Стратегію національної безпеки США, останні редакції якої містять розділи, присвячені проблемам забезпечення економічної безпеки держави².

Закон «Про національну безпеку України» також не містить визначення даного поняття. Щоправда, Стратегія національної безпеки України (2020 р.) передбачає розробку Стратегії економічної безпеки, яка має містити визначення цього поняття, а також аналіз глобальної обстановки в сфері безпеки, національні цінності і інтереси, цілі, орієнтовний перелік і оцінку майбутніх ризиків³,

¹ Голова Комітету Верховної Ради України з питань економічного розвитку Д. Наталуха вважає, що здійснюваних сьогодні урядом кроків недостатньо. Без активізації темпів економічного розвитку і створення додаткових стимулів для прискореного зростання ВВП можна взагалі не говорити не тільки про перспективу соціально-економічного майбутнього України, але навіть і про повернення до далеко не блискучого докризового рівня життя. Одним з додаткових стимулів повинна стати політика локалізації виробництва промислової продукції, механізми якої прописані у прийнятому в першому читанні законопроекті № 3739 «Про внесення змін до Закону України «Про державні закупівлі» по створенню передумов для сталого розвитку та модернізації вітчизняної промисловості» [55; 56].

² Так, другий блок Стратегії зразка 2017 р. присвячений забезпеченню економічного процвітання Америки, що є однією з головних цілей внутрішньої і зовнішньої політики США. У Стратегії зазначено: «Міцна економіка захищає американський народ, підтримує наш спосіб життя та підтримує американську владу. Зростаюча та інноваційна економіка дозволяє Сполученим Штатам підтримувати найпотужніші військові сили світу та захищати нашу батьківщину. Ми повинні відновити нашу економічну силу та відновити впевненість у американській економічній моделі». Реалізація проголошеної мети потребує: оновлення економіки; сприяння вільним, чесним та взаємним економічним відносинам; лідерства у галузі досліджень, технологій, винаходів та інновацій; сприяння та захисту інноваційної бази національної безпеки тощо. Засоби, що використовує держава для забезпечення економічної безпеки (наприклад, інструменти економічної дипломатії), містяться й в інших блоках Стратегії [59]. Аналогічний підхід було викладено і в попередніх Стратегіях, починаючи з 1999 р. [8; 60–63].

³ Включення ризику в планування національної безпеки – це певна новація, яка здебільшого властива для права національної безпеки США, але не для України. Як зазначає М. К. du Mont, «ризик» – це критично важлива концепція, яка допомагає особам, які приймають стратегічні рішення, визначити і робити політичний вибір. Проте досить часто вона застосовується неправильно [64].

загроз і викликів, огляд необхідних засобів і ресурсів¹. 10 березня 2021 р. Кабінет Міністрів України затвердив проєкт Стратегії економічної безпеки України на період до 2025 року [66]. Таким чином, в Україні вперше на законодавчому рівні буде визначено зміст і співвідношення понять «економічний суверенітет», «економічна безпека», «національні економічні інтереси» і «економічна стабільність», а також перелічені основні виклики і загрози економічній безпеці державі і шляхи їх подолання. Державна політика в галузі економічної безпеки матиме два взаємопов'язаних напрями – напрями розвитку і безпеки. Ухвалення цього документа стане суттєвим проривом, зважаючи на те, що правові стратегії здатні виступати основою державно-правового регулювання суспільних відносин, а отже, є значущим джерелом розвитку права².

Аналіз американської правової традиції в сфері політико-правового регулювання сфери безпеки дозволяє виділити такі переваги стратегії як документа [68; 69]:

– національна стратегія розглядається як мистецтво застосування влади для досягнення цілей у межах, визначених політикою. Стратегія пов'язує політичні цілі із засобами; політика виступає засобом досягнення цілей стратегії;

– стратегія – це «процес, що вимагає постійної адаптації до мінливих умов та обставин у світі, де панують випадки, невизначеність та двозначність» (якщо національні цінності залишаються в цілому статичними, то національні інтереси можуть змінюватися від одного президента до іншого відповідно до внутрішніх політичних пріоритетів і міжнародних проблем; істотні зміни в сфері безпеки впливають на національні інтереси, а отже призводять до перегляду стратегічного бачення цілей і стають приводом для розробки нової стратегії [67]).

Отже, стратегія національної безпеки в американській політичній і правовій традиціях – це основний документ держави, що приймається на строк повноважень президента і який відповідає на питання про те, як державна влада розуміє основні цілі і орієнтири, принципи і напрями діяльності щодо забезпечення безпеки і яким чином має намір забезпечити скоординоване застосування

¹ У США з 1997 р. існує практика підготовки Національною розвідувальною радою документа «Глобальні тенденції», в якому оцінюються основні тенденції та невизначеності, зокрема в економічній сфері. Американські експерти звертають увагу на необхідність розрізняти змістовно такі поняття як «загрози», «ризики» і «виклики». Для того щоб стратегія могла служити належним керівництвом для дій уряду, вона повинна визначати пріоритетність ризиків на основі ймовірності і серйозності їх можливого впливу на національні інтереси. Необхідно усвідомлювати, що не всі ризики погані і не всі ризики повинні бути зменшені [65].

² Слід зазначити, що наявність слабкого глави держави або проблеми із формуванням уряду (як це часто буває останнім часом у Бельгії) ускладнює процес консолідації політичної еліти держави навколо чіткої системи національних інтересів для їх наступного викладу в стратегії національної безпеки. У таких випадках стратегія національної безпеки де-факто переорієнтується на користь внутрішньополітичного маневрування. Відповідно інерція, а не сплановані дії можуть стати домінуючими в підході до національної безпеки. Відповідно, країни, які відчують труднощі з формулюванням національних інтересів, ризикують виявитися нездатними передбачити загрози і нейтралізувати їх. Стратегічне бачення дозволяє сформулювати кінцевий набір цілей, які будуть реалізовуватися [67].

інструментів (правових, дипломатичних, інформаційних, військових та економічних)¹, що є в її розпорядженні, щоб протистояти загрозам і викликам нації [70, с. 1–2; 71].

У нормотворчій діяльності державних органів України, зокрема президента, на відміну від США, традиція щодо розроблення і періодичності оновлення базових стратегій у сфері національної безпеки почала формуватися лише з 2007 р. Тож у вітчизняній теорії права стратегічні акти тривалий час не були предметом комплексного дослідження. Як наслідок, серед науковців досі немає єдності у питанні визначення поняття «стратегічні акти», розкриття їх характерних ознак і співвідношення між ними [72; 73]. Недивно, що не тільки у наукових публікаціях, але й в Стратегії 2012 р. висловлювалися цілком слушні нарікання щодо їхнього змісту [74, с. 12–13]. Тому в цілому вітчизняні Стратегії національної безпеки поки що не стали ефективним джерелом розвитку системи нормативно-правового регулювання відносин у сфері безпеки, правової свідомості і юридичної практики².

Економічна безпека держави не є спонтанним продуктом діяльності держави та інших зацікавлених суб'єктів. Вона вимагає цілеспрямованих зусиль з боку держави і громадянського суспільства. Зважаючи на те, що державний суверенітет, сталий розвиток національної економіки і її інтеграція в європейський економічний простір визнані одними з фундаментальних національних інтересів [75], сучасний стан економічної безпеки держави обумовлює можливість і необхідність періодичних інституційних перетворень, удосконалення політико-правових регуляторів і установ, спрямованих на усунення або пом'якшення чинників, які негативно впливають на забезпечення сталого розвитку економіки, її інтеграцію в регіональний і світовий економічний простір.

На пострадянському просторі законодавець і наукова спільнота інколи вдаються до спроб розроблення концепцій економічної безпеки [76–80]. Оскільки вказані держави (за винятком Росії і Білорусі) зазвичай йдуть шляхом адаптації свого безпекового законодавства до законодавства ЄС і НАТО, то відсутність практики ухваленням державами-членами вказаних міжнародних організацій спеціальних нормативних актів у сфері економічної безпеки ускладнює проведення порівняльного аналізу. Загалом слід зазначити, що політика в сфері економічної безпеки не може бути однаковою для різних країн. Її зміст і спрямованість буде визначатися складною сукупністю різних чинників, а тому порівнювати можна моделі економічної безпеки країн, які можна віднести до однієї групи. Та все ж попри відсутність єдиного розуміння економічної безпеки основною метою будь-якої держави в цій сфері виступає забезпечення стабільного економічного зростання, незалежність у проведенні власної економічної політики і збереження економічного суверенітету.

¹ Слід зазначити, що вказані інструменти не є всеохоплюючими, президент може використовувати й інші інструменти національної влади

² Зокрема, в них не реалізується така вимога, як встановлення відповідальності за реалізацію усіх її елементів урядом і усіма підпорядкованими йому органами. Без цього будь-яка стратегія безпеки не перетворюється на ефективний план дій уряду.

Завдання щодо визначення змісту економічної безпеки ускладнюється також тим, що економічна безпека визначається характером, орієнтацією та спрямованістю загроз (як зовнішніх, так і внутрішніх) суверенітету, територіальній цілісності і сталому економічному розвитку держави на відповідному етапі її історичного розвитку [48]. Виходячи з цілей і завдань економічної безпеки, уряд може і навіть повинен запроваджувати обмеження на використання тих методів реалізації економічної політики, які здатні знизити рівень економічної безпеки і/або породжують деструктивні явища і процеси у політичній, соціальній чи військовій сферах.

Аналіз доктринальних джерел дозволяє зробити висновок, що головний сенс економічної безпеки полягає у:

– запровадженні, підтримці і забезпеченні за допомогою різних засобів, методів і способів такого економічного стану, при якому суб'єктам (державі, суспільству, регіонам, окремим підприємствам і індивідам) не загрожує внутрішня і зовнішня небезпека;

– цілеспрямованій діяльності суб'єктів, спрямованій на виявлення, попередження, ослаблення і усунення небезпек і загроз, здатних завдати національним економічним інтересам неприйнятну шкоду, а також управління ризиками.

Безпосереднім об'єктом економічної безпеки виступають національні інтереси держави, що пов'язані із забезпеченням економічних засад державності, її економічної самодостатності, належного рівня життя населення.

На практиці державна політика в сфері економічної безпеки реалізується переважно через закони, що регулюють найважливіші питання економічної діяльності та наділяють державу важливими контрольними функціями, та іншими нормативно-правовими актами. На жаль, далеко не всі нормативно-правові акти України в сфері безпеки приділяють належну увагу проблемі забезпечення економічної безпеки держави. Так, Стратегія національної безпеки України (2020 р.) в розділі I «Пріоритети національних інтересів України та забезпечення національної безпеки, цілі та основні напрями державної політики у сфері національної безпеки» не містить прямих посилань на економічну безпеку, хоча очевидно, що реалізувати визначені у Стратегії пріоритети без неї неможливо. Разом з тим, аналіз тлумачення тексту Стратегії дозволяє констатувати, що основні елементи економічної безпеки в ній знайшли своє відображення.

Під економічною безпекою сучасних розвинутих держав у найбільш загальному плані розуміють здатність захищати і просувати основні економічні інтереси держави в умовах, які можуть загрозувати або блокувати ці інтереси [81]. У більш розгорнутому вигляді під економічною безпекою слід також додатково розуміти здатність держави економічно забезпечувати адекватний зовнішнім загрозам оборонний потенціал у контексті оборонної політики; сприяти реалізації соціально орієнтованої політики держави (функціонування welfare states) з метою підтримання соціально-політичної стабільності суспільства [22; 82].

Стосовно Європейського Союзу як квазі-федеративного, наднаціонального об'єднання зміст економічної безпеки трактується дещо інакше. По-перше,

термін «економічна безпека» пов'язаний із визначенням місця ЄС у глобальній економічній системі. По-друге, акцент робиться на здатності ЄС в цілому і його держав-членів конкурувати в світі, що постійно глобалізується. Завдяки спільному використанню ресурсів компанії в Європейському Союзі зможуть зрівнятися, а в деяких випадках і перевершити економічну могутність конкуруючих країн (США, КНР, Японія та інші економічно розвинуті країни). По-третє, втілення принципів економічної рівності і солідарності, без чого досягнути цілей¹ європейської інтеграції неможливо. При цьому варто погодитися з тим, що зміст концепції економічної безпеки Європейського Союзу загалом не слід розглядати поза аналізом національних доктрин, програм та концепцій економічної безпеки провідних держав-членів ЄС [84, с. 25].

Слід вказати, що належний стан економічної безпеки не може бути досягнутий виключно скоординованими діями держави економічного характеру. В окремих випадках забезпечення економічної безпеки держави потребує здійснюваних на субсидіарних засадах і відповідно до принципів міжнародного права² і міжнародного економічного права дій міжнародних організацій, інтеграційних об'єднань і окремих держав. На цей випадок необхідна нормативно-правова база, на основі якої буде здійснюватися координація колективних і індивідуальних дій міжнародних організацій і окремих держав з надання допомоги державі, яка постраждала від зовнішнього впливу.

Забезпечення економічної безпеки держави залишається однією з найбільш складних проблем сучасного міжнародного права. Нормативне регулювання даної сфери суспільних відносин пов'язане з протистоянням різних груп країн, насамперед розвинених і країн, що розвиваються, і країн з перехідною економікою, за закріплення в міжнародному праві своїх національних інтересів, на визначення яких впливають національні підходи до розуміння економічної безпеки. У цьому зв'язку набуває актуальності проблема забезпечення економічної безпеки держав у межах регіональних економічних об'єднань. Це пов'язано з тим, що створення економічних інтеграційних об'єднань у другій половині ХХ–ХХІ ст. є важливим способом забезпечення колективної економічної безпеки. Як наслідок, вироблення стратегії забезпечення національної безпеки в економічній сфері потребує ретельного аналізу чинного міжнародного права. Ініціювання на початку 1950-х років європейського інтеграційного процесу було обумовлено як

¹ Мова йде про дві головні мети: «забезпечити мир, процвітання та стабільність для своїх народів» та «підтримувати цінності, які поділяють європейці, такі як сталий розвиток та міцне середовище, повага до прав людини та соціальна ринкова економіка» [83].

² Мова йде про принципи: суверенної рівності; рівноправності і самовизначення держав; співробітництва відповідно до статуту ООН; невтручання у внутрішні справи; незастосування сили або загрози силою; розв'язання міжнародних суперечок мирним шляхом; сумлінного виконання державами зобов'язань, прийнятих ними відповідно до Статуту [85]. При цьому слід зазначити, що у випадку прямого втручання, здійснюваного в публічній сфері, принцип невтручання може стати одним з елементів захисту від протиправного втручання у внутрішні справи держави. Однак у разі коли негативне втручання в економічне життя країни є результатом діяльності транснаціональних корпорацій чи приватних іноземних компаній, протидія йому можлива лише на підставі норм національного права.

потребою забезпечення воєнної безпеки (попередження війни на континенті), так і потребою економічного відновлення Західної Європи¹. Історія об'єднаних процесів в Європі [100] переконливо доводить, що без чітко визначених політичних мотивів² регіональні інституції будуть або ігноруватися як стратегія досягнення національних інтересів держав-членів, або будуть зруйновані, якщо держави піддаються до регіональних забобонів та страхів [103, с. 3].

Потреба держави у субсидіарній підтримці власної економічної безпеки з боку міжнародних організацій, інтеграційних об'єднань і окремих держав часто носить об'єктивний характер. Насамперед це пов'язано з системними проблемами, які охоплюють світову фінансову, демографічну і екологічну системи, а з 2020 р. – протидією пандемії, зокрема *Saracovirus-19*³.

Слід зважити на те, що рекомендації (програми) міжнародних фінансових інституцій інколи можуть сприйматися на національному рівні як порушення економічного суверенітету держави, тому їх зміст підлягає аналізу на предмет зору їх відповідності вимогам економічної безпеки. У цьому зв'язку слід зазначити, що економічний суверенітет ніколи не абсолютизувався в контексті «права невтручання у внутрішні справи».

Зважаючи на те, що економічний суверенітет – це багатомірне явище, надзвичайно важко в кожному конкретному випадку визначити факт його обмеження або зростання економічного суверенітету в цілому. Вбачається, що більш коректно говорити про обмеження його окремих аспектів або про делегування права реалізації окремих суверенних прав наднаціональним інституціям [86, с. 90, 568–569].

На жаль, слід констатувати, що на сьогодні ні у зарубіжній, ні у вітчизняній юридичній науці немає загальновизнаної теорії співвідношення державного суверенітету і суверенних прав. Виняток становлять праці представників «Правової школи досліджень європейських і євроатлантичних інтеграційних процесів» Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

¹ Серед дослідників немає єдності в оцінці того, який з двох факторів (безпековий чи економічний) був визначальним у розвитку європейського інтеграційного процесу після Другої світової війни і до завершення ери «холодної війни» [101; 102].

² Логіка політичної інтеграції має більш чіткий зв'язок з безпековою і зовнішньою політикою. На це, зокрема, вказує більш обережний підхід до обмеження суверенітету держав-членів, а також нездатність національних урядів досягти такого ж ступеня консенсусу щодо кінцевих цілей у воєнно-політичній інтеграції, який існує у галузі економічної інтеграції [90; 91].

³ 23 квітня 2020 р. Європейська рада доручила Європейській комісії терміново розробити пропозиції щодо створення фонду відновлення ЄС, спрямованого на пом'якшення наслідків пандемії COVID-19; а також уточнити зв'язок між фондом та довгостроковим бюджетом ЄС. Проєкт плану відновлення Європи був представлений Європейською Комісією 27 травня 2020 р. 21 липня 2020 р. лідери ЄС домовились про заходи з відновлення економіки у розмірі 750 млрд євро, щоб допомогти ЄС подолати кризу, спричинену пандемією. Щоб скористатися цими коштами, держави-члени мають подати свої плани відновлення та стійкості до Європейської Комісії. 13 липня 2021 р. 12 країн ЄС отримали зелене світло на використання коштів ЄС для стимулювання своєї економіки та відновлення після наслідків COVID-19. Більше про це див.: [87].

[88–91]. Щоправда, започаткована нами дискусія досі не отримала продовження серед дослідників вітчизняної теорії права і міжнародного права.

Іншою причиною для залучення державою інших держав і/або міжнародних організацій до забезпечення своєї економічної безпеки є потреба у відновленні країни після війни. Найбільш відомим (хоча далеко не однозначним з точки зору оцінки його ефективності в економічному та політичному плані) прикладом такого залучення у другій половині ХХ ст. є реалізація плану Маршала (the European Recovery Program) – програми надання Сполученими Штатами допомоги країнам Західної Європи після Другої світової війни.

Ще однією підставою для отримання державою допомоги від інших держав чи міжнародних організацій для забезпечення економічної безпеки є міждержавний конфлікт. Надання такої допомоги державі, яка є членом інтеграційного об'єднання (наприклад, ЄС), передбачено і чітко регламентовано установчими договорами і підтверджено рішеннями Європейського Суду справедливості¹.

Зовсім інша ситуація має місце у разі, коли допомога надається державі, яка не входить до складу інтеграційних об'єднань. Така допомога є актом доброї волі і водночас, зазвичай, реалізації геополітичних чи гео економічних інтересів тих суб'єктів міжнародного права, які надають таку допомогу. У цьому випадку держава, у нашому контексті Україна, має спрямовувати свої зусилля на розвиток стратегічних відносин із ключовими іноземними партнерами, насамперед з Європейським Союзом і НАТО та їх державами-членами, Сполученими Штатами Америки, прагматичне співробітництво з іншими державами та міжнародними організаціями на основі національних інтересів (п. 4 Стратегії національної безпеки України).

Саме така ситуація склалася навколо російсько-українського конфлікту. Без застосування економічних санкцій до Російської Федерації з боку США [92], Європейського Союзу [93], а також санкцій з боку США й інших держав (наприклад, Польщі) проти компаній і фізичних осіб, які займаються діяльністю, що підпадає під обмеження через будівництво та експлуатацію газопроводів («OPAL»²,

¹ Так, у Рішенні у справі T-883/16 «Польща проти Комісії» Суд підтримав позов Республіки Польща та скасував рішення Комісії щодо порушення принципу енергетичної солідарності, викладеного у статті 194 (1) ДФЕС. Цей принцип тісно пов'язаний з принципом широкій співпраці. Принцип солідарності передбачає права та обов'язки як для Європейського Союзу, так і для держав-членів, при цьому Європейський Союз має обов'язок солідарності щодо держав-членів, а держави-члени мають однакові зобов'язання між собою та щодо спільних інтересів Європейського Союзу.

² У 2009 р. Європейська комісія схвалила, при дотриманні умов, рішення Федерального мережевого агентства Німеччини про звільнення газопроводу OPAL від правил, передбачених Директивою 2003/55 (пізніше заміненою Директивою 2009/73) про доступ третіх сторін до газопровідної мережі і про тарифне регулювання. Польські газові компанії розпочали справу проти OPAL через втрату певних обсягів транзиту та тарифних доходів у результаті відкриття «Nord Stream-1» у 2011 р. Вони подали скаргу у 2016 р., коли Газпром заявив про намір подвоїти потужність експорту газу до Німеччини через «Nord Stream-2». Німеччина подала апеляцію до Суду ЄС після того, як у 2019 р. трибунал скасував рішення ЄС дозволити «Газпрому» збільшити поставки через OPAL. У вересні 2019 р. Європейський Суд справедливості за позовом Польщі ухвалив рішення про обмеження пропускну здатності газопроводу OPAL на 50 %. У липні 2021 р. Європейський Суд справедливості відхилив апеляцію Німеччини і підтвердив

«Turk Stream», «Nord Stream-2»¹), забезпечення економічної, а отже національної безпеки України сьогодні і в майбутньому виглядає проблематичним².

Особливої актуальності у цьому зв'язку набуває питання застосування економічних санкцій щодо суверенних держав. Очевидно, що існує нагальна потреба у створенні в рамках ООН нормативної бази та міжнародних органів, до повноважень яких увійшли б, по-перше, питання застосування економічних санкцій і, по-друге, здійснення контролю за реалізацією заходів примусу.

З огляду на складність залучення міжнародних організацій і окремих держав до забезпечення на субсидіарних засадах економічної безпеки, поєднання в цьому процесі як об'єктивних, так і суб'єктивних чинників, безпекова політика держави повинна передбачати такі кроки у сфері міжнародного права:

– використання міжнародних інститутів, угод та норм, що відповідають міжнародному порядку (насамперед G7, WTO³, IMF та WB⁴), для забезпечення власної економічної безпеки⁵ (слід зазначити, що цей напрям діяльності

своє попереднє рішення (129/2021 : 15 July 2021 – Judgment of the Court of Justice in Case C-848/19 P). Більше див.: [94; 95]. Загальний суд скасовує рішення Комісії, яким затверджується зміна режиму звільнення від експлуатації газопроводу OPAL, оскільки це рішення було прийнято з порушенням принципу енергетичної солідарності. [96].

¹ Закон про захист енергетичної безпеки Європи від 2019 р. (LXXV of Public Law 116-92; 133 Stat. 2300; 22 U.S.C. 9526 note). Цей законопроект зобов'язує президента накласти санкції щодо візового режиму та блокування активів на будь-яку іноземну особу, яка свідомо надає судна, що прокладають труби, для будівництва нафтопроводу російського походження, який потрапляє до Німеччини чи Туреччини [97].

Закон про виділення асигнувань на 2021 фінансовий рік для військової діяльності Міністерства оборони, для військового будівництва та для оборонної діяльності Міністерства енергетики, для визначення чисельності військовослужбовців на такий фінансовий рік, та для інших цілей включає поправку, що розширює санкції у зв'язку з проектами газопроводу «Nord Stream-2» та «Turk Stream». Поправка базується на законопроекті «Закон про роз'яснення енергетичної безпеки Європи 2020 року», який мав на меті роз'яснити та розширити існуючі санкції США відповідно до Закону про захист енергетичної безпеки Європи [98].

² За даними експертів, якщо буде запущено газопровід «Nord Stream-2», Україна щорічно втрачатиме не менш 1,5 млрд доларів, що породить серйозні геополітичні та економічні виклики. Завдяки позиції Данії, а згодом і санкціям США, запланований на 2019 р. запуск газопроводу було перенесено спочатку на 2020 р., а згодом на кінець 2021 р.

³ У рамках WTO на сьогодні створено ефективний механізмів забезпечення економічної безпеки. Зокрема, створено механізм мирного врегулювання спорів, передбачена можливість правомірного застосування економічних репресалій для протидії нечесної ділової практики з боку господарюючих суб'єктів держав-членів WTO.

⁴ У Стратегії національної безпеки Великої Британії (4/73) зазначено: «МВФ та Світовий банк мають важливе значення для боротьби зі змінами, спричиненими глобалізацією, та для підтримки глобальної економічної стабільності, зростання відкритих ринків, що є одним із найважливіших рушіїв безпеки та стабільності. Ми будемо працювати в рамках цих інституцій, щоб адаптувати їх структуру управління до нових світових економічних реалій, забезпечити нагляд для запобігання світовій економічній кризі та забезпечити швидке відновлення та зростання економіки після конфлікту» [6].

⁵ У Стратегії національної безпеки України цей напрям сформульовано значно ширше: «Використання всіх наявних механізмів ООН, Ради Європи, ОБСЄ, інших міжнародних організацій для консолідації міжнародної підтримки України у протидії російській агресії, відновленні територіальної цілісності та державного суверенітету України» (п. 6); «Україна продовжить позовну роботу у міжнародних судових інстанціях із притягнення Російської Федерації до міжнародно-правової відповідальності» (п. 43).

традиційно активно використовують США для забезпечення власної економічної безпеки¹: «Ми будемо працювати з нашими союзниками над реформуванням WTO, щоб вона функціонувала як для підтримки американських робочих місць, так і для цінностей, які ми поділяємо» [7]);

– активна участь у розробленні і прийнятті актів у рамках міжнародних організацій (відповідно до Стратегії зовнішньополітичної діяльності Україна є активним учасником міжнародної політики, що бере участь у формуванні архітектури безпеки для себе, регіону і світу, а також створює нові економічні можливості);

– створення та удосконалення договірної бази в рамках інтеграційних об'єднань щодо забезпечення економічної безпеки держав-членів² (в Стратегії національної безпеки Великої Британії (2008 р.) зазначено: «Поява спільнот безпеки, де міцні регіональні інституції, засновані на правилах, часто побудовані на спільних економічних інтересах, відіграє все більшу роль у регіональній безпеці та зменшенні ризику насильницьких конфліктів» [6]);

– створення договірної бази з дружніми країнами з питань взаємної допомоги у забезпеченні економічної безпеки³ (у Стратегії (пп. 35–37) відносини України з дружніми державами диференційовані на види залежно від їхньої ролі у забезпеченні суверенітету і економічної безпеки: наприклад, співробітництво зі США, Великою Британією, Канадою, ФРН і Францією для України має пріоритетний стратегічний і всебічний характер; відносини України з Азербайджаном, Грузією, Литвою, Польщею та Туреччиною Україна мають характер стратегічного партнерства; з іншими державами Балтії та державами Північної Європи – партнерські відносини; з державами Центральної та Південно-Східної Європи – тісні добросусідські відносини; з Республікою Білорусь та Молдовою – прагматичні відносини; з провідними державами Азії, Близького Сходу, Африки та Південної Америки – взаємовигідне економічне співробітництво);

¹ У Стратегії національної безпеки США (2017 р.) зазначено: «Протягом 70 років Сполучені Штати дотримувалися стратегії, що базувалася на переконанні, що керівництво стабільною міжнародною економічною системою, яка заснована на американських принципах взаємності, вільному ринку і вільній торгівлі, відповідає нашим інтересам у сфері економіки та безпеки. Працюючи з нашими союзниками та партнерами, Сполучені Штати очолили створені групи фінансових установ та інших економічних форумів, які встановили справедливі правила і побудували інструменти для стабілізації міжнародної економіки й усунення проблем, які спричинили дві світові війни. Ця економічна система продовжує служити нашим інтересам, але її потрібно реформувати, щоб допомогти американським працівникам процвітати, захистити наші інновації та відображати принципи, на яких ця система була заснована» [59].

² Стратегія національної безпеки України (п. 6) також передбачає «продовження ... активного використання переговорних форматів та консолідації міжнародного тиску на Російську Федерацію як гарантії недопущення ескалації конфлікту з боку Росії, зменшення напруги та припинення Російською Федерацією збройної агресії».

³ Наприклад, Taiwan Relations Act від 1979 р. декларує, що США будуть розглядати будь-які зусилля щодо визначення майбутнього Тайваню іншими способами, крім мирних, у тому числі шляхом бойкоту чи ембарго, як загрозу миру та безпеці в західній частині Тихого океану та серйозне занепокоєння Сполучених Штатів [99]. Таким чином, США не обіцяли захищати Тайвань (сприяти забезпеченню його економічної безпеки), але давали зрозуміти КНР, що можуть зробити це.

– аналіз багатосторонніх і/або двосторонніх угод, а також національного законодавства на предмет виявлення норм, які допускають участь указаних суб'єктів у процесі забезпечення економічної безпеки держави.

Висновки. Проблематика національної безпеки і її складової – економічної безпеки увійшла у науковий обіг у ХХ ст., хоча питання безпеки розглядалися ще античними філософами. Залежно від мети економічної політики (наприклад, захист економічного добробуту окремих верст населення або суспільства і держави в цілому) конкретних історичних періодів, масштабності втручання держави в економічні відносини, а також інструментів і механізмів, що вона використовувала для цього, можна розрізнити кілька етапів у формуванні концепції економічної безпеки держави.

У сучасних умовах без безпечного та стабільного політичного і соціального середовища важко досягнути економічного зростання. Національна безпека виступає обов'язковою передумовою економічного розвитку, тоді як економічний розвиток суттєво сприяє захисту національної безпеки. Таким чином, вони є, так би мовити, двома боками однієї медалі.

Для забезпечення економічної безпеки, а отже і національної безпеки, державі слід зосередитися на захисті всіх видів значних загроз, ризиків та викликів. Україна повинна бути дуже пильною не тільки до інцидентів, які виходять за межі очікувань і мають серйозні наслідки, але й запобігати загрозам, що пов'язані з потенційними прихованими конфліктами.

На сучасному етапі розвитку міжнародних економічних відносинах існують певні особливості, які впливають на розвиток міжнародного права, а отже повинні враховуватися у контексті питання про міжнародно-правове забезпечення економічної безпеки держав. Сучасне міжнародне право, ядром якого є принципи: суверенної рівності; рівноправності і самовизначення держав; співробітництва відповідно до статуту ООН; невтручання у внутрішні справи; незастосування сили або загрози силою; розв'язання міжнародних спорів мирним шляхом; сумлінного виконання державами зобов'язань, прийнятих ними відповідно до Статуту, може бути використано для протидії загрозам як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру.

Функціонування регіональних економічних об'єднань, насамперед Європейського Союзу, дає підстави констатувати, що вони в цілому є дієвим інструментом забезпечення економічної безпеки як держав-членів, так і держав, які є країнами-кандидатами або підписали угоду про Асоціацію з ЄС, від загроз зовнішнього характеру.

У процесі залучення Україною інших держав до забезпечення своєї економічної безпеки акцент не повинен робитися на примушенні країн-союзниць дотримуватися цілей політики України. Санкції з боку ЄС та окремих держав стосовно Росії мають бути зосереджені на питаннях забезпечення міжнародної та регіональної безпеки. Стійкість і ефективність санкцій залежатиме від їх усвідомленої законності та усвідомлення ризику для міжнародного і регіонального правопорядку.

Список літератури

1. Reinert E. S., Reinert S. A. Mercantilism and Economic Development: Schumpeterian Dynamics, Institution Building, and International Benchmarking. *OIKOS*. 2011. Vol. 10. № 1. Pp. 8–37.
2. Classical Trade Protectionism 1815–1914 / Edited by Jean-Pierre Dormois and Pedro Lains. London and New York, 2017. Routledge. 370 p.
3. Parpiani K. Economic nationalism takes centre stage in the 2020 US election. 2020. URL: <https://www.orfonline.org/expert-speak/economic-nationalism-takes-centre-stage-in-the-2020-us-election/>.
4. McCorriston S., Sheldon I. M. Economic Nationalism: US Trade Policy VS. BREXIT. *Ohio State Business Law Journal*. 2019. URL: https://aede.osu.edu/sites/aede/files/publication_files/McCorristonSheldonEconNationalismMoritzWP.pdf.
5. Jackson J. K. The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment. 2013. URL: <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL33312.pdf>.
6. The National Security Strategy of the United Kingdom. Security in an interdependent world. URL: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2010/oct/uk-national-security-strategy-2008.pdf>.
7. Renewing America's Advantages. Interim National Security Strategic Guidance, march 2021. URL: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/03/NSC-1v2.pdf>.
8. The National Security Strategy of the United States, May 2010. URL: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf.
9. Economic Security: Neglected Dimension of National Security? Edited by Sh. R. Ronis. The National Defense University Press ashington, D.C. 2011. 116 p.
10. Александров О. С. Новая стратегия национальной безопасности Польши – відповідь на європейські виклики та загрози сьогодення. *Стратегічні пріоритети*. 2015. № 1 (34). С. 130–138.
11. Military and Security Developments Involving the People's Republic of China 2020. Annual Report to Congress. A Report to Congress Pursuant to the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2000, as Amended. URL: <https://media.defense.gov/2020/Sep/01/2002488689/-1/-1/1/2020-DOD-CHINA-MILITARY-POWER-REPORT-FINAL.PDF>.
12. Walker D. M. We the People: Keeping the Economy and the Nation Strong. *Economic Security: Neglected Dimension of National Security?* Edited by Sh. R. Ronis. The National Defense University Press ashington, D.C. 2011.
13. Buzan B., Wæver O. & Wilde J. de Security: A New Framework for Analysis. *National Bureau of Economic, "Research Working Paper Series"*. 1998. Vol. 93.
14. Вечканов Г. С. Экономическая безопасность. Санкт-Петербург : Вектор, 2005. 256 с.
15. Пастернак-Таранушенко Г. Економічна і національна безпека держави. *Економіка України*. 1994. № 2. С. 51–56.
16. Мірошніченко О. В. Економічна безпека як складова економічної підсистеми національної безпеки України. *Вісник Східноукраїнського національного університету ім. В. Даля*. Луганськ, 2010. № 12(154). С. 125–132.
17. Бородін Є. І. Економічна безпека держави: сутність та напрями формування. Харків : Право, 2009. 309 с.
18. Варналій З. С., Буркальцева О. С. Економічна безпека України: проблеми та пріоритети зміцнення : кол. монографія. Київ, 2011. 299 с.
19. Дацків Р. М. Економічна безпека держави в умовах глобальної конкуренції. Львів : Центр Європи, 2006. 160 с.
20. Економічна безпека держави: сутність та напрями формування : монографія / за ред. Л. С. Шевченко. Харків : Право, 2009. 309 с.
21. Економічна безпека України в умовах глобалізаційних викликів : монографія / за заг. ред. А. А. Мазаракі. Київ : КНТЕУ, 2010. 717 с.
22. Токарський Т. Б. Соціальні аспекти економічної безпеки України в процесі євроінтеграції : дис. ... д-ра економ. наук : 21.04.01. Київ : Національний ін-т стратегічних досліджень, 2021. 422 с.

23. Новікова О. Ф. Економічна безпека: концептуальне визначення та механізми забезпечення : монографія. Донецьк : КІНД ІЕПНАНУ, 2006. 408 с.
24. Реқун І. І. Інституціональна зміна парадигми економічної безпеки. Інституціональний вектор економічного розвитку. *Institutional Vector of Economic Development* : зб. наук. пр. МІДМУ «КПУ». Мелітополь : Вид-во КПУ, 2016. Вип. 8 (2). С. 57–65.
25. Барановський А. І. Фінансова безпека. Київ : Фенікс, 1999. 338 с.
26. Краснощочкова Ю. В. Інноваційна безпека підприємства як запорука конкурентоспроможності в умовах інтеграції. *Управління розвитком*. 2011. № 4(101). С. 177–178.
27. Кириленко В. І. Інвестиційна складова економічної безпеки : монографія. Київ : КНЕУ, 2005. 232 с.
28. Корченко А. О., Скачек Л. М, Хорошко В. О. Банківська безпека : підручник / за заг. ред. О. В. Хорошка. Київ : ПВП «Задруга», 2014. 185 с.
29. Економічна безпека : навч. посіб. / за ред. О. М. Джужі. Київ : Правова єдність, 2010. 367 с.
30. Економічна безпека : навч. посіб. / під заг. ред. З. С. Варналія. Київ : Знання, 2009. 647 с.
31. Криштанович М. Ф., Пушак Я. Я., Флейчук М. І., Франчук В. І. Державна політика забезпечення національної безпеки України: основні напрямки та особливості здійснення : монографія. Львів : Сполом, 2020. 418 с.
32. Білоусов Є. М. Господарсько-правові засоби забезпечення економічної безпеки України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04. Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2019. 454 с.
33. Білоусов Є. М., Яковюк І. В. Поняття та види економічної безпеки України. *Національна безпека у філософсько-правовому дискурсі* : монографія. О. Г. Данільян, О. П. Дзьобань, Є. М. Білоусов, Ю. Ю. Калиновський, І. В. Яковюк. Харків, 2019. С. 190–212.
34. Білоусов Є. М. Загрози економічній безпеці держави та засоби їх подолання (економіко-правовий аспект). *Наше право*. 2013. № 13. С. 143–148.
35. Кириченко О. А. Проблеми управління економічною безпекою суб'єктів господарювання : кол. монографія. Київ, 2008. 401 с.
36. Ситник Г. П. Державне управління у сфері національної безпеки (концептуальні та організаційно-правові засади) : підручник. Київ : НАДУ, 2012. 544 с.
37. Котковський В. Р. Державне регулювання економічної безпеки в Україні : дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.02. Запоріжжя, 2007. 196 с.
38. Антонов В. О. Конституційно-правові засади національної безпеки України : монографія ; наук. ред. Ю. С. Шемшученко. Київ : ТАЛКОМ, 2017. 576 с.
39. Блістів Т. І., Колесник В. Т., Пригунов П. Я., Карпова К. В. Концептуальні підходи до визначення методологічної функції законодавчого забезпечення національної безпеки України. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2015. Вип. № 4 (81). С. 13–26.
40. Янчук А. В. Формування основ нормативно-правового забезпечення національної безпеки України. *Інвестиції: практика та досвід*. 2016. № 20. С. 84–88.
41. Байдін Ю. В. Державний суверенітет і його межі в умовах європейської інтеграції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2012. 20 с.
42. Економічний суверенітет держави та напрями його правового забезпечення / за ред. О. О. Ашуркова. Донецьк : Юго-Восток, 2012. 406 с.
43. Козлова А. В. Политические механизмы обеспечения безопасности государства в экономической сфере : дис. ... д-ра полит. наук : 23.00.02. Москва, 2009.
44. Kleinherenbrink A., Tuinen S. van. The Repoliticized State: Political Ecology versus Economic Sovereignty. Hagen Schölzel. *Latour and the State*. Baden Baden: Nomos Verlag, 2019. Pp. 29–54.
45. Стрельников К. А. Правовые аспекты обеспечения экономической безопасности современного российского государства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Нижний Новгород, 2004. 167 с.
46. Steinbock D. U.S.-China Trade War and Its Global Impacts. *China Quarterly of International Strategic Studies*. 2018. Vol. 4, No. 4. Pp. 515–542. doi: <https://doi.org/10.1142/S2377740018500318>.

47. Bollen J., Rojas-Romagosa H. Trade Wars: Economic impacts of US tariff increases and retaliations. An international perspective. 2018. URL: <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Background-Document-November2018-Trade-Wars-update.pdf>.

48. Стратегія національної безпеки України: Безпека людини – безпека країни : Указ Президента України від 14.09.2020 р. № 392/2020. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/3922020-35037> (дата звернення: 25.06.2021).

49. Экономическая и национальная безопасность : учебник / под ред. Е. А. Олейникова. Москва : Изд-во «Экзамен», 2005. 768 с.

50. Нижник Н. С. Национальная безопасность: концептуальные основания и феноменологическая характеристика. *Международное сообщество и глобализация угроз безопасности* : сб. науч. докл. : в 2 ч. Ч. 1. Исторические, теоретические и правовые аспекты противодействия угрозам национальной безопасности / отв. ред. В. В. Грохотова, Б. Н. Ковалев, Е. А. Макарова; НовГУ им. Ярослава Мудрого. В. Новгород, 2008. С. 69–88.

51. U.S. Department of the Treasury, “The Committee on Foreign Investment in the United States”, accessed November 22, 2020. URL: <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius>.

52. Lorber E. B. Securing America’s Interests: A New Era of Economic Power. Foundation for Defense of Democracies. 2017. URL: <https://www.fdd.org/analysis/monographs/2017/02/03/securing-american-interests-a-new-era-of-economic-power>.

53. Kremer-Matyškevič I., Černius G. Country’s Economic Security Concept: Theoretical Insights. Pp. 78–98. URL: https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/16031/WOE_Kremer-Maty%5a1kevi%4%8d.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

54. Makštutis A. Security Cooperation: the views of Lithuania. In *Tendency of National Security in the Baltic Sea Region* : monograph. Vilnius. 2006. Pp. 179–192.

55. Дмитрий Наталуха: економику спасут мегапроекты, как «Большое строительство». URL: <https://vesti.ua/politika/dmitrij-nataluha-ekonomiku-spasut-megaproekty-kak-bolshoe-stroitelstvo> (дата звернення: 15.07.2021).

56. Про публічні закупівлі щодо створення передумов для сталого розвитку та модернізації вітчизняної промисловості : проект Закону про внесення змін до Закону України. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69275 (дата звернення: 15.07.2021).

57. White Paper on German Security Policy and the Future of the Bundeswehr 2016. URL: <https://issat.dcaf.ch/download/111704/2027268/2016%20White%20Paper.pdf>.

58. Орлова А. В. Эволюция понятия «Экономическая безопасность». *Научные ведомости БелГУ. Сер. История. Политология. Экономика. Информатика*. 2012. № 19(138). Вып. 24/1. С. 93–97.

59. National Security Strategy of the United States of America, December 2017. URL: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>.

60. National Security Strategy, February 2015. URL: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2015_national_security_strategy_2.pdf.

61. National Security Strategy, March 2006. URL: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/>.

62. National Security Strategy of the United States of America, September 2002. URL: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/63562.pdf>.

63. A National Security Strategy for a New Century, December 1999. URL: <https://clintonwhitehouse4.archives.gov/media/pdf/nssr-1299.pdf>.

64. Du Mont M. K. Incorporating risk into national security planning. 2019. URL: <https://www.atlanticcouncil.org/content-series/strategy-consortium/incorporating-risk-into-national-security-planning/>.

65. Structural forces: Economics. *Global trends 2040. A more contested world*. URL: <https://www.dni.gov/index.php/gt2040-home/gt2040-structural-forces/economics>.

66. Government has approved a draft Economic Security Strategy of Ukraine for the period up to 2025. URL: <https://www.kmu.gov.ua/en/news/uryad-shvaliv-proekt-strategiyi-ekonomichnoyi-bezpeki-ukrayini-na-period-do-2025-roku>.

67. Du Mont M. K. Elements of National Security Strategy. 2019. URL: <https://www.atlantic-council.org/content-series/strategy-consortium/elements-of-national-security-strategy/>.
68. Marcella G., Fought S. O. Teaching Strategy in the 21st Century. *Joint Force Quarterly*. 2009. Issue 52. P. 56–60.
69. Murray W., Grimsley M. Introduction: On Strategy. In *The Making of Strategy: Rulers, States and War*, ed. Williamson Murray, Macgregor Knox, and Alvin Bernstein. New York : Cambridge University Press. 1994.
70. Правкина И. Н. Правовые стратегии как источник развития современного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва : Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В. Я. Кикотя, 2016.
71. Boroff A., Calhoun B. The Next National Security Strategy: A Way Forward to Counter a Resurgent China. 2020. URL: <https://thestrategybridge.org/the-bridge/2020/8/18/the-next-national-security-strategy-a-way-forward-to-counter-a-resurgent-china>.
72. Берназюк І. М. Конституційно-правовий статус та механізми реалізації стратегічних (програмних) актів : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02. Ужгород, 2017. 39 с.
73. Харченко Н. П. Види стратегічних правових актів: загальнотеоретичні аспекти. *Актуальні проблеми держави і права*. 2020. № 87. С. 48–51.
74. Getman A. P., Yakoviyk I. V. National security strategy of Ukraine: history of belated reforms. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 147. С. 8–22. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.147.186338>.
75. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 31. Ст. 241.
76. Концепція забезпечення національної безпеки у фінансовій сфері : схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 серпня 2012 р. № 569-р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/569-2012-%D1%80> (дата звернення: 25.06.2021).
77. Государственная стратегия экономической безопасности Российской Федерации : одобр. Указом Президента РФ от 29 апреля 1996 г. № 608. URL: <http://www.scrf.gov.ru/documents/23.html> (дата звернення: 25.06.2021).
78. Колупаев В. А. Формирование концепции национальной экономической безопасности в зарубежных странах. *Белорусская экономика: анализ, прогноз, регулирование. Экономический бюллетень НИЭИ Минэкономики РБ*. Минск, 2002. № 12. С. 2–9.
79. Концепція економічної безпеки України. Інститут економіки та прогнозування; керівник проєкту В. М. Гесьць. Київ : Логос, 1996. 56 с.
80. Скриба Н. Н., Скриба А. С. Стратегия обеспечения экономической безопасности Республики Беларусь в условиях глобализации. *Беларусь в современном мире : тезисы докладов V Междунар. науч. конф., посвящ. 85-летию Белорус. гос. ун-та (г. Минск, 3 нояб. 2006 г.)* / редкол. : А. В. Шарапо и др. Минск : БГУ, 2007. С. 182–184.
81. Neu S. R., Wolf Ch. Jr. (1994). The Economic Dimensions of National Security. National Defense Research Division. RAND, 1994. 156 p.
82. Поснова Т. В. Механізм функціонування соціальної складової економічної безпеки : автореф. дис. ... канд. екон. наук. Київ, 2008. 19 с.
83. Europa. “What Future for Europe?”. *European Union*. Retrieved on February, 2009. URL: http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_12/index_en.htm.
84. Muratova Sh. Analysis of economic security and internal market protection practices in European Union. *Sciences of Europe*. 2020. № 47. Pp. 24–28.
85. Declaration on the principles of international law friendly relations and cooperation among states in accordance with the Charter of the United Nations. URL: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf>.
86. Яковюк І. В. Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз : монографія. Харків : Право, 2013. 760 с.
87. The Recovery and Resilience Facility. URL: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_en.

88. Державний суверенітет в умовах європейської інтеграції : монографія / за заг. ред. Ю. П. Битяка, І. В. Яковюка. Київ, 2013. 336 с.

89. Державний суверенітет: теоретико-правові проблеми : монографія / за ред. Ю. П. Битяка, І. В. Яковюка. Харків : Право, 2010. 272 с.

90. Vytyak Y., Yakovyuk I., Tragniuk O., Komarova T., Shestopal S. The State Sovereignty and Sovereign Rights: The Correlation Problem. *Man In India*. 2017. № 97. Pp. 577–588.

91. Yakoviyk I. V., Shestopal S. S., Baranov P. P., Blokhina N. A. State sovereignty and sovereign rights: EU and national sovereignty. *Opcion*. 2019. № 34 (87-2). Pp. 376–385.

92. Executive Order – Blocking Property of Certain Persons Contributing to the Situation in Ukraine. URL: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/03/06/executive-order-blocking-property-certain-persons-contributing-situation>.

93. Council Decision 2014/145/CFSP of 17 March 2014 concerning restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine. *Official Journal of the European Union*. 17 March 2014. L 78/16.

94. Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC. *OJ* 2003 L 176. P. 57.

95. 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. *OJ* 2009 L 211. P. 94.

96. General Court of the European Union. Press Release n° 107/19.Luxembourg, 10 September 2019. Judgment in Case T-883/16 Poland v Commission. URL: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190107en.pdf>.

97. Protecting Europe's Energy Security Act of 2019. URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/3206>.

98. An Act to authorize appropriations for fiscal year 2021 for military activities of the Department of Defense, for military construction, and for defense activities of the Department of Energy, to prescribe military personnel strengths for such fiscal year, and for other purposes. URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6395/text>.

99. Taiwan Relations Act (Public Law 96-8, 22 U.S.C. 3301 et seq.) January 1, 1979. URL: <https://www.ait.org.tw/our-relationship/policy-history/key-u-s-foreign-policy-documents-region/taiwan-relations-act/>.

100. Архітектура європейської безпеки: історія становлення і розвитку : монографія : у 2 ч. / А. П. Гетьман, І. В. Яковюк, Д. С. Бойчук та ін. ; за наук. ред. А. П. Гетьмана, І. В. Яковюка. Харків : Право, 2020. Ч. 1: Від Давнього Риму до Другої світової війни. 180 с.

101. Baun M. J. An Imperfect Union: The Maastricht Treaty and the New Politics of European Integration. Boulder, Colorado: Westview Press, Inc. 1996.

102. Moravcsik A. The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht. Ithaca: Cornell University Press. 1998.

103. Pryor J. M. State Preferences and Institution Evolution: From Security to Economic Interests: thesis submitted in partial satisfaction of the requirements for the degree of master of arts in International Affairs at California State University, Sacramento. 2005. 142 p.

References

1. Reinert, E.S., Reinert, S.A. (2011). Mercantilism and Economic Development: Schumpeterian Dynamics, Institution Building, and International Benchmarking. *OIKOS*. Vol. 10, 1, 8–37.

2. Dormois, J.-P., Lains, P. (Eds.). (2017). Classical Trade Protectionism 1815–1914. London and New York.

3. Parpiani, K. (2020). Economic nationalism takes centre stage in the 2020 US election. URL: <https://www.orfonline.org/expert-speak/economic-nationalism-takes-centre-stage-in-the-2020-us-election/>.

4. McCriston, S., Sheldon, I.M. (2019). Economic Nationalism: US Trade Policy VS. BREXIT. Ohio State Business Law Journal. URL: https://aede.osu.edu/sites/aede/files/publication_files/McCorristonSheldonEconNationalismMoritzWP.pdf.
5. Jackson, J.K. (2013). The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment. URL: <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL33312.pdf>.
6. The National Security Strategy of the United Kingdom. Security in an interdependent world. URL: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2010/oct/uk-national-security-strategy-2008.pdf>.
7. Renewing America's Advantages. Interim National Security Strategic Guidance, march 2021. URL: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/03/NSC-1v2.pdf>.
8. The National Security Strategy of the United States, May 2010. URL: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf.
9. Ronis, Sh.R. (2011). Economic Security: Neglected Dimension of National Security? The National Defense University Press ashington, D.C.
10. Aleksandrov, O.S. (2015). Nova stratehiia natsionalnoi bezpeky Polshchi – vidpovid na yevropeiski vyklyky ta zahrozy sohodennia. *Stratehichni priorityty*, 1 (34), 130–138 [in Ukrainian].
11. Military and Security Developments Involving the People's Republic of China 2020. Annual Report to Congress. A Report to Congress Pursuant to the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2000, as Amended. URL: <https://media.defense.gov/2020/Sep/01/2002488689/-1/-1/1/2020-DOD-CHINA-MILITARY-POWER-REPORT-FINAL.PDF>.
12. Walker, D.M. (2011). We the People: Keeping the Economy and the Nation Strong. *Economic Security: Neglected Dimension of National Security?* Sh. R. Ronis (Ed.). The National Defense University Press ashington, D.C.
13. Buzan, B., Wæver, O. & Wilde, J. de (1998). Security: A New Framework for Analysis. *National Bureau of Economic, "Research Working Paper Series", vol. 93*.
14. Vechkanov, G.S. (2005). Economic security. St. Petersburg: Vector [in Russian].
15. Pasternak-Taranushenko, H. (1994). Ekonomichna i natsionalna bezpeka derzhavy. *Ekonomika Ukrainy*, 2, 51–56 [in Ukrainian].
16. Miroshnychenko, O.B. (2010). Ekonomichna bezpeka yak skladova ekonomichnoi pidcyctemy natsionalnoi bezpeky Ukpainy. *Visnyk Shkhidnoukrainskoho natsionalnogo universytetu imeni Volodymyra Dalia*, 12(154), 125–132 [in Ukrainian].
17. Borodin, Ye.I. (2009). Ekonomichna bezpeka derzhavy: sutnist ta napriamy formuvannia. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
18. Varnalii, Z.S., Burkaltseva, O.S. (2011). Ekonomichna bezpeka Ukrainy: problemy ta prioritytety zmitsnennia. Kyiv [in Ukrainian].
19. Datskiv, R.M. (2006). Ekonomichna bezpeka derzhavy v umovakh hlobalnoi konkurentsii. Lviv: Tsentr Yevropy [in Ukrainian].
20. Shevchenko, L.S. (Ed.). (2009). Ekonomichna bezpeka derzhavy: sutnist ta napriamy formuvannia. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
21. Mazaraki, A.A. (Ed.). (2010). Ekonomichna bezpeka Ukrainy v umovakh hlobalizatsiinykh vyklykiv. Kyiv: KNTEU [in Ukrainian].
22. Tokarskyi, T.B. (2021). Sotsialni aspekty ekonomichnoi bezpeky Ukrainy v protsesi yevrointehratsii. *Doctor's thesis*. Kyiv: Natsionalnyi in.-t stratehichnykh doslidzhen [in Ukrainian].
23. Novikova, O.F. (2006). Ekonomichna bezpeka: kontseptualne vyznachennia ta mekhanizmy zabezpechennia. Donetsk: KIND IEPNANU [in Ukrainian].
24. Rekun, I.I. (2016). Instytutsionalna zmina paradyhmy ekonomichnoi bezpeky. Instytutsionalnyi vektor ekonomichnogo rozvytku. *Institutional Vector of Economic Development: zbirnyk naukovykh prats MIDMU "KPU", issue 8 (2)*, 57–65. Melitopol: Vyd-vo KPU [in Ukrainian].
25. Baranovskyi, A.I. (1999). Finansova bezpeka. Kyiv: Feniks [in Ukrainian].
26. Krasnoshchokova, Yu.V. (2011). Innovatsiina bezpeka pidpriemstva yak zaporuka konkurentospromozhnosti v umovakh intehratsii. *Upravlinnia rozvytkom*, 4(101), 177–178 [in Ukrainian].

27. Kyrylenko, V.I. (2005). Investytsiina skladova ekonomichnoi bezpeky. Kyiv: KNEU [in Ukrainian].
28. Korchenko, A.O., Skachek, L.M., Khoroshko, V.O. (2014). Bankivska bezpeka. O. V. Khoroshko (Ed.). Kyiv: PVP "Zadruha" [in Ukrainian].
29. Dzhuzha, O.M. (Ed.). (2010). Ekonomichna bezpeka. Kyiv: Pravova yednist [in Ukrainian].
30. Varnalii, Z.S. (2009). Ekonomichna bezpeka. Kyiv: Znannia [in Ukrainian].
31. Kryshchanovych, M.F., Pushak, Ya.Ya., Fleichuk, M.I., Franchuk, V.I. (2020). Derzhavna polityka zabezpechennia natsionalnoi bezpeky Ukrainy: osnovni napriamky ta osoblyvosti zdiisnennia. Lviv: Spolom [in Ukrainian].
32. Bilousov, Ye.M. (2019). Hospodarsko-pravovi zasoby zabezpechennia ekonomichnoi bezpeky Ukrainy. *Doctor's thesis*. Kharkiv: Nats. yuryd. un-t imeni Yaroslava Mudroho [in Ukrainian].
33. Bilousov, Ye.M., Yakoviuk, I.V. (2019). Poniattia ta vydy ekonomichnoi bezpeky Ukrainy. *Natsionalna bezpeka u filosofsko-pravovomu dyskursi*. O. H. Danilian, O. P. Dzoban, Ye. M. Bilousov, Yu. Yu. Kalynovskiy, I. V. Yakoviuk. Kharkiv, 190–212 [in Ukrainian].
34. Bilousov, Ye.M. (2013). Zahrozy ekonomichnii bezpetsi derzhavy ta zasoby yikh podolannia (ekonomiko-pravovyi aspekt). *Nashe pravo*, 13, 143–148 [in Ukrainian].
35. Kyrychenko, O.A. (2008). Problemy upravlinnia ekonomichnoiu bezpekoiu sub'iektiv hospodariuvannia. Kyiv [in Ukrainian].
36. Sytnyk, H.P. (2012). Derzhavne upravlinnia u sferi natsionalnoi bezpeky (kontseptualni ta orhanizatsiino-pravovi zasady). Kyiv: NADU [in Ukrainian].
37. Kotkovskiy, V.R. (2007). Derzhavne rehuliuвання ekonomichnoi bezpeky v Ukraini. *Candidate's thesis*. Zaporizhzhia [in Ukrainian].
38. Antonov, V.O. (2017). Konstytutsiino-pravovi zasady natsionalnoi bezpeky Ukrainy. Yu. S. Shemshuchenko (Ed.). Kyiv: TALKOM [in Ukrainian].
39. Blystiv, T.I., Kolesnyk, V.T., Pryhunov, P.Ya., Karpova, K.V. (2015). Kontseptualni pidkhody do vyznachennia metodolohichnoi funktsii zakonodavchoho zabezpechennia natsionalnoi bezpeky Ukrainy. *Zovnishnia torhivlia: ekonomika, finansy, pravo*, 4 (81), 13–26 [in Ukrainian].
40. Yanchuk, A.V. (2016). Formuvannia osnov normatyvno-pravovoho zabezpechennia natsionalnoi bezpeky Ukrainy. *Investytsii: praktyka ta dosvid*, 20, 84–88 [in Ukrainian].
41. Baidin, Yu.V. (2012). Derzhavnyi suverenitet i yoho mezhi v umovakh yevropeiskoi intehratsii. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
42. Ashurkov, O.O. (Ed.). (2012). Ekonomichnyi suverenitet derzhavy ta napriamy yoho pravovoho zabezpechennia. Donetsk: Yuho-Vostok [in Ukrainian].
43. Kozlova, A.V. (2009). Political mechanisms for ensuring the security of the state in the economic sphere. *Doctor's thesis*. Moscow [in Russian].
44. Kleinherenbrink, A., Tuinen, S. van. (2019). The Repoliticized State: Political Ecology versus Economic Sovereignty. Hagen Schölzel. Latour and the State. Baden Baden: Nomos Verlag, 29–54.
45. Strelnikov, K.A. (2004). Legal aspects of ensuring the economic security of the modern Russian state. *Candidate's thesis*. Nizhny Novgorod [in Russian].
46. Steinbock, D. (2018). U.S.-China Trade War and Its Global Impacts. *China Quarterly of International Strategic Studies*, vol. 4, No. 4, 515–542. doi: <https://doi.org/10.1142/S2377740018500318>.
47. Bollen, J., Rojas-Romagosa, H. (2018). Trade Wars: Economic impacts of US tariff increases and retaliations. An international perspective. URL: <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Background-Document-November2018-Trade-Wars-update.pdf>.
48. Stratehiia natsionalnoi bezpeky Ukrainy: Bezpeka liudyny – bezpeka krainy. Zatverdzheno Ukazom Prezydenta Ukrainy vid 14 veresnia 2020 r. № 392/2020. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/3922020-35037>.
49. Oleinikov, E.A. (Ed.) (2005). Economic and National Security. Moscow: Exam Publishing House [in Russian].
50. Nizhnik, N.S. (2008). National security: conceptual foundations and phenomenological characteristics. *The international community and the globalization of security threats*: scientific. dock.

At 2 parts. Part 1: Historical, theoretical and legal aspects of countering threats to national security. V. V. Grokhotov, B. N. Kovalev, E. A. Makarova (Eds.); NovSU named after Yaroslav the Wise. V. Novgorod, 69–88 [in Russian].

51. U.S. Department of the Treasury, “The Committee on Foreign Investment in the United States”, accessed November 22, 2020. URL: <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius>.

52. Lorber, E.B. (2017). *Securing America’s Interests: A New Era of Economic Power*. Foundation for Defense of Democracies. URL: <https://www.fdd.org/analysis/monographs/2017/02/03/securing-american-interests-a-new-era-of-economic-power>.

53. Kremer-Matyškevič, I., Černius, G. Country’s Economic Security Concept: Theoretical Insights. URL: https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/16031/WOE_Kremer-Maty%20%20a1kevi%20%20c4%20%208d.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

54. Makštutis, A. (2006). Security Cooperation: the views of Lithuania. In *Tendency of National Security in the Baltic Sea Region*. Vilnius.

55. Dmitry Natalukha: megaprojects will save the economy, like Big Construction. URL: <https://vesti.ua/politika/dmitrij-nataluha-ekonomiku-spasut-megaproekty-kak-bolshoe-stroitelstvo>.

56. Pro publichni zakupivli» shchodo stvorennia peredumov dlia staloho rozvytku ta modernizatsii vitchyznianoï promyslovosti: proekt Zakonu pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69275.

57. White Paper on German Security Policy and the Future of the Bundeswehr (2016). URL: <https://issat.dcaf.ch/download/111704/2027268/2016%20White%20Paper.pdf>.

58. Orlova, A.V. (2012). The evolution of the concept of «Economic security». *Scientific statements of BelsU. Ser. History. Political science. Economics. Computer science*, 19(138), 93–97.

59. National Security Strategy of the United States of America, December 2017. URL: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>.

60. National Security Strategy, February 2015. URL: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2015_national_security_strategy_2.pdf.

61. National Security Strategy, March 2006. URL: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/>.

62. National Security Strategy of the United States of America, September 2002. URL: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/63562.pdf>.

63. A National Security Strategy for a New Century, December 1999. URL: <https://clintonwhitehouse4.archives.gov/media/pdf/nssr-1299.pdf>.

64. Du Mont, M.K. (2019). Incorporating risk into national security planning. URL: <https://www.atlanticcouncil.org/content-series/strategy-consortium/incorporating-risk-into-national-security-planning/>.

65. Structural forces: Economics. *Global trends 2040. A more contested world*. URL: <https://www.dni.gov/index.php/gt2040-home/gt2040-structural-forces/economics>.

66. Government has approved a draft Economic Security Strategy of Ukraine for the period up to 2025. URL: <https://www.kmu.gov.ua/en/news/uryad-shvaliv-proekt-strategiyi-ekonomichnoyi-bezpeki-ukrayini-na-period-do-2025-roku>.

67. Du Mont, M.K. (2019). Elements of National Security Strategy. URL: <https://www.atlanticcouncil.org/content-series/strategy-consortium/elements-of-national-security-strategy/>.

68. Marcella, G., Fought, S.O. (2009). Teaching Strategy in the 21st Century, *Joint Force Quarterly*, issue 52, 56–60.

69. Murray, W., Grimsley, M. (1994). Introduction: On Strategy. In *The Making of Strategy: Rulers, States and War*, ed. Williamson Murray, Macgregor Knox, and Alvin Bernstein. New York: Cambridge University Press.

70. Pravkina, I.N. (2016). Legal strategies as a source of the development of modern law. *Candidate’s thesis*. Moscow: Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation named after V.Ya. Kikotya.

71. Boroff, A., Calhoun, B. (2020). The Next National Security Strategy: A Way Forward to Counter a Resurgent China. URL: <https://thestrategybridge.org/the-bridge/2020/8/18/the-next-national-security-strategy-a-way-forward-to-counter-a-resurgent-china>.

72. Bernaziuk, I.M. (2017). Konstytutsiino-pravovyi status ta mekhanizmy realizatsii stratehichnykh (prohramnykh) aktiv. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Uzhhorod [in Ukrainian].

73. Kharchenko, N.P. (2020). Vydy stratehichnykh pravovykh aktiv: zahalnoteoretychni aspekty. *Aktualni problemy derzhavy i prava*, 87, 48–51 [in Ukrainian].

74. Getman, A.P., Yakoviyk, I.V. (2019). National security strategy of Ukraine: history of belated reforms. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 147, 8–22. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.147.186338>.

75. Pro natsionalnu bezpeku Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 21 chervnia 2018 r. № 2469-VIII. (2018). *Vidomosti Verkhovnoi Rady*, 31, art. 241.

76. Kontsepsiia zabezpechennia natsionalnoi bezpeky u finansovii sferi: skhvaleno rozporiadzhenniam Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 15 serpnia 2012 r. № 569-r. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/569-2012-%D1%80>.

77. State Strategy for Economic Security of the Russian Federation: approved. Decree of the President of the Russian Federation of April 29, 1996, No. 608. URL: <http://www.scrf.gov.ru/documents/23.html>.

78. Kolupaev, V.A. (2002). Formation of the concept of national economic security in foreign countries. *Belarusian economy: analysis, forecast, regulation. Economic bulletin of the Ministry of Economy of Belarus*, 12, 2–9. Minsk.

79. Kontsepsiia ekonomichnoi bezpeky Ukrainy. (1996). Instytut ekonomiky ta prohnozuvannia; kerivnyk proektu V. M. Heiets. Kyiv: Lohos [in Ukrainian].

80. Scriba, N.N., Scriba, A.S. (2007). Strategy for ensuring the economic security of the Republic of Belarus in the context of globalization. *Belarus in the modern world: Theses of the V International reports. scientific. conference dedicated to the 85th anniversary Belarus. state*. Un-ta, Minsk, 3 Nov. 2006. Redcol.: A. V. Sharapo et al. Minsk: BSU, 182–184.

81. Neu, C.R., Wolf, Ch.Jr. (1994). The Economic Dimensions of National Security. National Defense Research Division. RAND.

82. Posnova, T.V. (2008). Mekhanizm funktsionuvannia sotsialnoi skladovoi ekonomichnoi bezpeky. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

83. Europa. (2009). “What Future for Europe?” *European Union*. Retrieved on February, 2009. URL: http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_12/index_en.htm.

84. Muratova, Sh. (2020). Analysis of economic security and internal market protection practices in European Union. *Sciences of Europe*, 47, 24–28.

85. Declaration on the principles of international law friendly relations and cooperation among states in accordance with the Charter of the United Nations. URL: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf>.

86. Yakoviuk, I.V. (2013). Pravovi osnovy intehratsii do YeS: zahalnoteoretychnyi analiz. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

87. The Recovery and Resilience Facility. URL: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_en.

88. Bytiak, Yu.P., Yakoviuk, I.V. (2013). Derzhavnyi suverenitet v umovakh yevropeiskoi intehratsii. Kyiv: Red. zhurn. “Pravo Ukrainy” [in Ukrainian].

89. Bytiak, Yu.P., Yakoviuk, I.V. (2010). Derzhavnyi suverenitet v umovakh Derzhavnyi suverenitet: teoretyko-pravovi problem. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

90. Bytyak, Y., Yakovyuk, I., Tragniuk, O., Komarova, T., Shestopal, S. (2017). The State Sovereignty and Sovereign Rights: The Correlation Problem. *Man In India*, 97, 577–588.

91. Yakoviyk, I.V., Shestopal, S.S., Baranov, P.P., Blokhina, N.A. (2019). State sovereignty and sovereign rights: EU and national sovereignty. *Opcion*, 34(87-2), 376–385.

92. Executive Order – Blocking Property of Certain Persons Contributing to the Situation in Ukraine. URL: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/03/06/executive-order-blocking-property-certain-persons-contributing-situation>.

93. Council Decision 2014/145/CFSP of 17 March 2014 concerning restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine. *Official Journal of the European Union*. 17 March 2014. L 78/16.

94. Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC. *OJ* 2003 L 176, p. 57.

95. 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. *OJ* 2009 L 211, p. 94.

96. General Court of the European Union. Press Release n° 107/19.Luxembourg, 10 September 2019. Judgment in Case T-883/16 Poland v Commission. URL: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190107en.pdf>.

97. Protecting Europe's Energy Security Act of 2019. URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/3206>.

98. An Act to authorize appropriations for fiscal year 2021 for military activities of the Department of Defense, for military construction, and for defense activities of the Department of Energy, to prescribe military personnel strengths for such fiscal year, and for other purposes. URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6395/text>.

99. Taiwan Relations Act (Public Law 96-8, 22 U.S.C. 3301 et seq.) January 1, 1979. URL: <https://www.ait.org.tw/our-relationship/policy-history/key-u-s-foreign-policy-documents-region/taiwan-relations-act/>.

100. Hetman, A.P., Yakoviuk, I.V., Boichuk, D.S. et al. (2020). *Arkhitektura yevropeiskoi bezpeky: istoriia stanovlennia i rozvytku / A. P. Hetman, I. V. Yakoviuk (Eds.)*. Kharkiv: Pravo. Part 1. Vid Davnoho Rymu do Druhoi svitovoi viiny [in Ukrainian].

101. Baun, M.J. (1996). *An Imperfect Union: The Maastricht Treaty and the New Politics of European Integration*. Boulder, Colorado: Westview Press, Inc.

102. Moravcsik, A. (1998). *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*. Ithaca: Cornell University Press.

103. Pryor, J.M. (2005). *State Preferences and Institution Evolution: From Security to Economic Interests*: thesis submitted in partial satisfaction of the requirements for the degree of master of arts in International Affairs at California State University, Sacramento.

Yakoviuk I. V., Doctor of Law, Full Professor, Head of the European Union Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Head of Department, Research Institute of State Building and Local Self-Government of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: yakoviuk@ukr.net ; Scopus Author ID: 57200072341 ; ORCID 0000-0002-8070-164

Turenko A. Yu., Postgraduate Student, Research Institute of State Building and Local Self-Government of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: Varley1986@ukr.net ; ORCID 0000-0002-7157-973X

Economic security of Ukraine as a prerequisite for ensuring its sovereignty

Economic security is an integral part of national security. As history shows, a strong economy is a prerequisite for the power of the state, its place and role in the world community. From the second half of the twentieth century economic development issues have become an integral part of the national security ideas of both the scientific community and the governments of most countries. While in some countries the emphasis is primarily on the economic power and economic sovereignty of the state, in others – on

the issues related to «energy», «technological», «food» security or protection of the state from global and regional economic cataclysms, or the danger of «economic espionage».

Economic security is the foundation of national security and at the same time it is closely interconnected with its other components. Also it is the basis for ensuring its subspecies such as military, political, environmental, information and others.

The need to ensure economic security at the macro level is growing in connection with the development of globalization and integration processes in the second half of the twentieth century. Globalization and economic integration, on the one hand, threaten economic sovereignty and, on the other, create new opportunities for economic growth. In the context of economic globalization and regional integration, it is extremely important to reveal the essence of ensuring the economic security of the state. To achieve the goal of studying the economic security of the modern state, it is necessary to consider theoretical and methodological approaches to ensuring economic security.

Keywords: economic security of the state; national security; economic sovereignty; strategy.

Рекомендоване цитування: Яковюк І. В., Туренко А. Ю. Економічна безпека України як передумова забезпечення її суверенітету. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 8–36. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238747>.

Suggested Citation: Yakoviyk, I.V., Turenko, A.Yu. (2021). Ekonomichna bezpeka Ukrainy yak peredumova zabezpechennia yii suverenitetu [Economic security of Ukraine as a prerequisite for ensuring its sovereignty]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154*, 8–36. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238747> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 20.08.2021 р.

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА



Ермолаєв Віктор Миколайович,
доктор юридичних наук, професор,
директор Інституту післядипломної освіти,
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, академік НАПрН України,
Україна, м. Харків
e-mail: iposvita@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-3305-6591

doi: 10.21564/2414–990X.154.233717
УДК 930.1

КОНЦЕПЦІЇ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ ДОБИ НАЦІОНАЛЬНО–ВИЗВОЛЬНИХ ЗМАГАНЬ (1917–1920 РОКИ)

У статті розглядаються концепції державотворення доби національно-визвольних змагань (1917–1920 рр.) – М. Грушевського, В. Винниченка, М. Туган-Барановського, П. Скоропадського, С. Петлюри, С. Дністрянського. В їх основі лежать ідеї розбудови суверенної, демократичної, парламентської республіки (УНР) або альтернативної їй гетьманської Української держави чи демократичної, правової держави (ЗУНР). Вони збагатили державно-правову думку, теоретичні моделі української державності, акумулювали програмні засади політичних партій і громадських організацій. Короткочасність існування УНР та ЗУНР не перекреслює плідного державотворчого досвіду її діячів і народу, демократичного законотворення. Співставляються теоретичні моделі Української Народної Республіки як демократичної, парламентської за формою правління (М. Грушевський, В. Винниченко, М. Туган-Барановський), «трудової монархії» (В. Липинський), парламентсько-президентської республіки як демократичної, правової, соціальної держави (С. Дністрянський).

Особлива увага приділяється політичній публіцистиці М. Грушевського та В. Винниченка, конституційним проектам вітчизняних державотворців. Вони ґрунтуються на короткому, але плідному державотворчому досвіді, сподіваннях реальної перспективи утвердження української національної державності при підтримці міжнародного співтовариства. Звертається увага на спрощене уявлення деяких дослідників про «федералізм» М. Грушевського та інших діячів Центральної Ради, про головні причини її падіння, про вплив геополітичних чинників на державотворчі процеси в Україні, що є порушенням методологічних принципів історизму та об'єктивності.

Позитивний потенціал державотворення 1917–1920 рр. та його невирішені теоретичні й практичні проблеми залишаються повчальним прикладом для нинішніх і майбутніх вітчизняних державних діячів.

Ключові слова: парламентська модель державності; автономія; суверенітет; федерація; УНР; Директорія; ЗУНР.

Ермолаев В. Н., доктор юридических наук, професор, директор Інститута послєдипломного образования Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, академик НАПрН України, Україна, г. Харків.

e-mail: iposvita@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0002-3305-6591

Концепции государственности времени национально-освободительных соревнований (1917–1920 годы)

В статье рассматриваются концепции государственности времени национально-освободительной борьбы (1917–1920 гг.) – М. Грушевского, В. Винниченко, М. Туган-Барановского, П. Скоропадского, С. Петлюры, С. Днестрянского. В их основе лежат идеи развития суверенной, демократической, парламентской республики (УНР) или альтернативной ей гетманского Украинского государства или демократического, правового государства (ЗУНР). Они обогатили государственно-правовую мысль, теоретические модели украинской государственности, аккумулировали программные принципы политических партий и общественных организаций. Кратковременность существования УНР и ЗУНР не перечеркивает плодотворного государственного опыта ее деятелей и народа, демократического законотворчества. Сопоставляются теоретические модели Украинской Народной Республики как демократической, парламентской по форме правления (М. Грушевский, В. Винниченко, М. Туган-Барановский), «трудовой монархии» (В. Литинский), парламентско-президентской республики как демократического, правового, социального государства (С. Днестрянский).

Особое внимание уделяется политической публицистике М. Грушевского и В. Винниченко, конституционным проектам отечественных творцов государственности. Они основаны на коротком, но плодотворном государственном опыте, надеждах реальной перспективы утверждения украинской национальной государственности при поддержке международного сообщества. Обращается внимание на упрощенное представление некоторых исследователей о «федерализме» М. Грушевского и других деятелей Центральной Рады, о главных причинах ее падения, о влиянии геополитических факторов на процессы построения государства в Украине, что является нарушением методологических принципов историзма и объективности. Положительный потенциал государства 1917–1920 гг. и его нерешенные теоретические и практические проблемы являются поучительным примером для нынешних и будущих отечественных государственных деятелей.

Ключевые слова: парламентская модель государственности; автономия; суверенитет; федерация; УНР; Директория; ЗУНР.

Вступ. Дослідження концепцій державотворення доби національно-визвольних змагань розкриває зміст державницьких проєктів, політичної публіцистики, спогадів діячів Центральної Ради, Директорії, УН Ради, гетьманської держави. Науковий інтерес і сьогодні мають їх конституційні проєкти, законодавчі ініціативи, відстоювані ними моделі державності, пропонувані шляхи вирішення соціально-економічних проблем, оцінки і висновки з практики державотворення.

Концепції відродження національної державності з весни 1917 р. набувають демократичного спрямування, започатковують конституційний процес. Національний конгрес, скликаний УЦР, за визначенням В. Винниченка, став

першим кроком на шляху організації державності. Формування організаційних структур і компетенції Центральної Ради, активний законодавчий процес стали визначальними у перетворенні її у вищий представницький орган, тимчасовий, «революційний парламент». Це був перший вітчизняний загальнонаціональний парламент. Більшовицький переворот в Петрограді у листопаді 1917 р., а потім і більшовицька агресія позбавили діячів УЦР автономістських ілюзій, стимулювали розбудову Української Народної Республіки, активне правотворення. Діячами Центральної Ради була обрана модель парламентської республіки з унітарним державним устроєм.

За п'ять неповних місяців її першого періоду існування відбулось відродження української державності, створена й функціонувала її політична і правова система. Голова Центральної Ради М. Грушевський, Голова Генерального Секретаріату В. Винниченко у своїх творах відобразили усю складність державотворення, конституційного процесу в УНР, її геополітичного становища. Вони висвітлювали й обґрунтовували напрямки і зміст державно-правового розвитку, розбудови державного механізму, врегулювання земельних відносин, вирішення проблеми захисту суверенітету УНР від більшовицької агресії. Важливого наукового значення набули їх критичні оцінки державотворчого досвіду доби національно-визвольних змагань.

П. Скоропадський мав на меті загасити полум'я революції, відновити порядок у країні, право приватної власності, встановити авторитарний режим. Гетьман був автором проекту Основних законів Української держави, що передбачав збереження й трансформацію гетьманської влади на спадкову конституційну монархію з двопалатним парламентом. Проте авторитет гетьмана, його реформ стрімко падав – далась взнаки залежність влади від німецько-австрійського окупаційного режиму.

Діячі Директорії відновили УНР, продовжили демократичне державотворення, проголосили соборність українських земель, намагались відродити демократичний конституційний процес. За ініціативою В. Винниченка Конгрес трудового народу як передпарламент обрав формою державного ладу в Україні диктатуру «трудова рад», які повинні забезпечувати справжнє народне представництво, «відродження і розвинення нашої національності».

Короткочасність існування Західно-Української Народної Республіки було також позначене плідним досвідом її діячів і народу з відродження української державності на західноукраїнських землях, їх соборності, розбудови центральних та місцевих органів влади і управління, судово-прокурорських органів та збройних сил. Прагнення державотворців ЗУНР засвідчили концептуальне і практичне вирішення ними демократичного законотворення, конституційного закріплення прав і свобод людини і громадянина, вирішення національного питання.

За масштабами суспільно-політичних перетворень в Україні та їх історичним значенням події 1917–1920 рр. співмірні з подіями розбудови нашої незалежної держави на початку 90-х років ХХ ст. Уроки цього досвіду в теорії

і практиці й сьогодні залишаються актуальними. Серед них – послідовне реформування державного механізму, вирішення нагальних соціально-економічних проблем, консолідація суспільства та його політичних сил, реформування судової системи, забезпечення верховенства права в державі, зміцнення її обороноздатності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Головні засади історико-правової історіографії національно-державного будівництва 1917–1920 рр. були закладені публіцистичними, історичними працями та спогадами визначних вітчизняних державних діячів – М. Грушевського, В. Винниченка, Д. Дорошенка, І. Мазепи, П. Христюка, О. Шульгіна, П. Скоропадського, К. Левицького та ін. Написані на злобу дня чи з часовою дистанцією від державотворчих процесів, ці праці зберігають велику історіографічну й джерельну цінність для сучасних дослідників.

Сучасні дослідження концептуальної скарбниці вітчизняних державотворців доби національно-визвольних змагань започатковані О. Л. Копиленком (О. Коруленко) [1], О. М. Мироненком (О. Myronenko) [2], В. Ф. Солдатенком (V. Soldatenko) [3], В. Ф. Верстюком (V. Verstyuk) [4], Д. Б. Яневським (D. Yanevskiy) [5], В. М. Єрмолаєвим (V. Yermolaiev) [6]. Так, О. Л. Копиленко вперше дослідив державницькі ідеї М. С. Грушевського, дав об'єктивну наукову оцінку політико-правових концепцій вченого, стрижнем яких виступала «українська ідея». О. М. Мироненко ґрунтовно вивчив витоки українського революційного конституціоналізму, конституційні проекти, розроблені діячами УЦР, ЗУНР, гетьманом П. Скоропадським. З нових публікацій тематично близькими є лише мої статті [7; 8]. Комплексно порушена тема фактично ще не досліджувалася.

Метою статті є короткий аналіз концепцій державотворення доби національно-визвольних змагань 1917–1920 рр., виокремлення державотворчих ідей в публіцистиці, конституційній правотворчості М. Грушевського, В. Винниченка, В. Липинського, С. Дністрянского. Їх твори відобразили не лише важливі сторінки історичного досвіду вітчизняного державотворення, а й містять немало актуальних ідей про народовладдя, демократичні традиції, самоврядування, історичний розвиток вітчизняного конституціоналізму.

Виклад основного матеріалу. У статті використовуються загальнонаукові й спеціально-наукові методи дослідження. Історико-юридичний характер теми зумовив використання методологічних принципів історизму, об'єктивності й соціального виміру політико-правових явищ, у вивченні праць визначних державотворців. Історичний підхід в аналізі державотворчих концепцій дозволяє встановити обставини й умови, які детермінували їх напрямок і зміст. Так, порушення принципу історизму привело деяких сучасних дослідників до легковажного звинувачення М. Грушевського, В. Винниченка та інших діячів УЦР у «федералізмі», недооцінки впливу геополітичних чинників на державотворчі процеси в Україні. Об'єктивність в аналізі й оцінці державотворчих ідей вимагає уникати суб'єктивізму і спрощень в трактуванні останніх. Їх праці доводять, зокрема таке: не дивлячись на поразку української революції,

нетривалість існування Української Народної Республіки і Західно-Української Народної Республіки, вони відродили традицію вітчизняної державності, демократичного державотворення, сприяли формуванню модерної української нації, утвердженню європейських зовнішньополітичних пріоритетів, юридичної визначеності території Української держави.

Методи дослідження диктуються специфікою його теми. Соціальний вимір концепцій дозволяє виявити їх народоправний зміст, тодішній рівень суспільної свідомості та його відображення в працях державотворців, а їх ідеї оцінювати й з позицій соціальних інтересів і очікувань, загальнолюдської моралі. Порівняльно-історичний метод виявляє кардинальне розходження у концепціях, державотворчій практиці діячів УНР та ЗУНР (шлях радикальних демократичних реформ) і більшовицької Росії. Він широко застосовувався, зокрема, М. Грушевським-істориком в аналізі вітчизняної тисячолітньої історії державотворення, його здобутків і поразок, у порівнянні державницьких і правотворчих процесів з європейськими і російськими. Логічний метод важливий у дослідженні концептуальних засад у працях діячів УЦР і Директорії та їх послідовність у реалізації, державотворенні. Цей метод вимагає встановлення причинно-наслідкових зв'язків у вивченні державотворчих процесів, їх відображенні у працях державотворців. Так, проголошення III та IV Універсалів Центральної Ради розглядався ними не лише як закономірний етап українського державотворення, утвердження суверенності й незалежності УНР, а й як логічна відповідь на зміни в міжнародному становищі України, яка ставала повноправним суб'єктом міжнародних відносин.

Використання юридико-догматичного методу допомагає виявити в працях державотворців концептуально нове, проаналізувати особливості їх праворозуміння, дослідження правової реальності й бачення проблем і перспектив відродження української державності, розбудови її політичної і правової систем. Такий аналіз дозволяє встановити правовий зміст конституційних проєктів, сформульованих державотворцями концепцій української держави. Наукова методологія дослідження концепцій державотворення виявляє багатогранність ідейної спадщини їх авторів.

З падінням самодержавства в Росії Тимчасовий український революційний комітет у Петрограді 2 березня 1917 р. у своєму зверненні до українського громадянства зазначав: «найповнішим висловом ідеї національного визволення є національно-державна самостійність». А як «найближчий етап до цього ідеалу виставити гасло вкупі з демократією інших народів Росії перебудови Російської держави на федеративну демократичну республіку з якнайширшими правами окремих націй і якнайширшою національною територіальною автономією України» [9, с. 257]. Ідеї автономії України, скликання Всеросійських Установчих зборів формулювались у постановах з'їздів Союзу українських автономістів-федералістів 25–26 березня, українських соціалістів-революціонерів 4–5 квітня [9, с. 264–265, 266–267]. Ці ідеї стають для української демократії загальноновизнаними.

Повернувшись із заслання, 19 березня М. Грушевський у Києві на українському вічі говорив про перспективи «свободної політичної роботи», утвердження народовладдя й демократичної автономії в складі Російської Федеративної Республіки» [10, с. 4]. Обраний Головою Української Центральної Ради, він в організації державотворення першочерговим завданням бачив перетворення її у вищий представницький орган України, не чекаючи Установчих зборів та їх санкції на українську автономію. Всеукраїнський Національний Конгрес 5–7 квітня поповнив склад УЦР, легітимізував її національне, соціальне та партійне представництво, визначив перспективи розбудови національно-територіальної автономії України [9, с. 283–285; 11, с. 60–70].

Обраний заступником Голови УЦР В. Винниченко теж поділяв орієнтацію на автономію України в складі «федеративно-республіканської Росії» з огляду на історичні, економічні й культурні зв'язки між ними [13, с. 4]. Знаючи трагічні наслідки таких ілюзій, нам легко засуджувати діячів УЦР за їх «федералізм», але він був складовою програм усіх тодішніх політичних партій, представлених в Раді, правової й суспільної свідомості в революційній Україні. Як недалеке майбутнє бачилась федерація Європи, а далі – «федерація світу». Ще один важливий аргумент на користь федералізму Грушевський наводив на засіданні Малої ради УЦР перед оголошенням III Універсалу: «Рятуймо Російську Федерацію! Їй грозить розвал. Ми не можемо до того допустити... Росія федеративна для нас цінна і потрібна, і ми мусимо її порятувати всіма силами» [10, с. 62, 74]. Голова Центральної Ради не міг припустити, що за місяць російські війська вже будуть у Харкові, щоб «рятувати» Україну. Правда, М. Грушевський вже тоді передбачав можливість альтернативного державного розвитку України: «або Федерація Російської держави, а як ні, то повна незалежність України» [14, с. 10–11].

За спогадами В. Винниченка, Д. Дорошенка Центральна Рада з самого початку мислилась «організацією парламентського типу» [13, с. 43–46; 15, с. 85–86]. Генеральний писар УЦР П. Христюк згадував, що із завершенням формування її складу на п'ятих загальних зборах 30 червня було вирішено почати процес перетворення Центральної Ради у «Тимчасовий крайовий парламент» [16, с. 86]. Неможливість проведення територіальних виборів за умов війни не зупинило діяльність парламентарів з формування його організаційних структур і компетенції, а головне, з проголошенням Української Народної Республіки після жовтневого більшовицького перевороту в Петрограді, активного право- і державотворення.

Не дивлячись на складні обставини (наявність фронтів на території України, протидія Тимчасового уряду, більшовицька агресія, початок громадянської війни, німецька окупація), Центральна Рада, прийняла близько 130 законів та інших нормативних актів. Серед них близько 100 – з проголошенням УНР та її самостійності [17, с. 277–278]. «Ті підстави соціального ладу, – зазначав Голова УЦР, – які досі заложило законодавство Центральної Ради, диктувались не страхом перед більшовизмом, ...вони клались на те, щоб справді дати підстави

Нової України» [14, с. 32–33]. На думку М. Грушевського, прийняті закони, Конституція УНР відкрили перспективи «перейти до нормального парламентського життя, закінчивши тим взагалі добу революційної творчості... Краще йти вперед, ніж назад» [10, с. 12–13].

Для В. Винниченка – письменника і політика, українська державність – не стільки мета, скільки засіб реалізації головного завдання: відродження нації. «... Нашою метою, істотною, ґрунтовною метою була не сама державність. Наша **мета була – відродження, розвинення нашої національності**, пробудження в нашому народі своєї національної гідності, здобуття сих форм і забезпечення їх» [13, с. 177].

Державність, державне життя нації для соціалістів – явище тимчасове, яке зникне з перемогою соціалізму у світі. Теоретичну модель переходового «державного соціалізму» для України розвивав і тодішній міністр фінансів уряду УНР академік М. Туган-Барановський [18, с. 342–369]. Політична влада перетвориться в «організацію культури», держава – в кооперативний соціалізм, з «самим широким розвитком місцевого самоврядування». Проте соціалістичні експерименти діячів Центральної Ради, скасування приватної власності позбавляли її широкої соціальної підтримки, загальмували її демократичне державотворення.

Державний переворот 29 квітня 1918 р., підтриманий німецьким командуванням у Києві, зримо засвідчив слабкість влади УНР, її соціальної опори. Гетьман П. Скоропадський у «Грамоті до всього Українського Народу» визначав завдання побудови такої державної влади, «яка здібна була б забезпечити населенню спокій, закон і можливість творчої праці» [19, с. 82–83]. Проте у своїх зобов'язаннях німецькому командуванню обіцяв: «...нові вибори до законодавчих установ відбудуться не раніше повного заспокоєння краю і строк їх скликання встановлюватиметься по згоді з німецьким командуванням» [20, с. 101]. Гетьман власноручно виправив «Проект Основних законів Української держави», складений за текстом одного з варіантів «Основного закону Російської імперії» [21, с. 224–258].

Проект гетьманської конституції передбачав перетворення гетьманської влади у спадкову конституційну монархію.

Теоретичну консервативно-монархічну модель української державності розробляв і гетьманський посол у Відні В. Липинський. Організація політичної влади ним передбачалась трирівневою: гетьман як гарант суверенітету нації, глава оборони держави, виконавчої влади; територіальна і трудова, верхня і нижня палати парламенту, де нижня палата своїм складом представляє землі України, а верхня – виборну аристократію, трудові організації (профспілки та ін.); місцеве самоврядування. У його концепції «трудої монархії» гетьманська влада обмежується законом, надається першорядного значення захисту прав і свобод людини і громадянина, децентралізації державного управління і розвитку місцевого самоврядуванню [22, с. 65–470].

14 листопада 1918 р. антигетьманський Український національний союз, що складався з представників різних політичних партій і груп, ухвалив план

повстання, обрав Директорію на чолі з В. Винниченком. Згодом В. Винниченко згадував: «Директорія, розпочинаючи революцію, поставила її під прапор демократичних гасел: відновлення Української Народної Республіки, повернення всіх демократичних свобод, знищення старост і відживлення демократичних місцевих, як міських, так і земських, самоврядувань» [13, с. 132]. За пропозицією Голови Директорії було вирішено, що політичну систему відновленої УНР складе система «трудоих рад». «Вищим же органом влади, – писав він, – було ухвалено Трудовий конгрес по тому самому принципу: мали право виборів тільки трудові елементи, велика ж буржуазія, класи паразитарні, експлуаторські цього права позбавлялись» [13, с. 134–135, 142]. Ця модель державності – «диктатура трудового люду» – й була закладена в «Декларації Директорії УНР» [19, с. 100–101].

Директорією та сформованим її урядом було відновлено дію законів УНР часів Центральної Ради, протягом січня 1919 р. ухвалено 66 законів та близько 100 постанов [23, с. 100]. 22 січня 1919 р. на Софіївській площі у Києві на масовому вічі Універсалом Директорії було проголошено соборність українських земель – «злуку Західної Української Народної Республіки з Наддніпрянською Народною Республікою – в одноцільну, суверенну Народну Республіку» [19, с. 107].

23–28 січня відбулась перша і остання сесія скликаного Трудового конгресу. Він почав виконувати функції передпарламенту: легітимізував владу Директорії та її уряду, поповнив склад Директорії, надав їй право видавати закони з наступним їх затвердженням сесією Конгресу, започаткував конституційне законодавство, ухваливши Акт злуки УНР та ЗУНР, Універсал та «Закон про форму влади на Україні», який делегати називали тимчасовою Конституцією УНР [24]. Проте Конгрес був вимушений перервати свою роботу під загрозою захоплення більшовиками Києва.

Рішення Державної наради Директорії у Вінниці 8 лютого про початок перемовин з Антантою призвело до виходу В. Винниченка із складу Директорії та відставки її уряду. Директорія затвердила новий склад Ради міністрів, ухвалила Тимчасовий закон «Про порядок внесення і затвердження законів в Українській Народній Республіці» [25]. Закон обмежував законотворчі повноваження уряду фактично необмеженими повноваженнями Голови Директорії С. Петлюри. На той час вона вже втратила всю територію Наддніпрянської України. Однак у відозві «До населення всієї соборної України» Голова Директорії обіцяв: «Уряд Республіки при першій змозі скличе Верховну Державну Раду, яка прозветься українським Парламентом з установчими функціями, до складу якого увійдуть представники найширших кіл українського громадянства. Цей парламент, а не хтось інший, розв'яже справу нашого державного устрою і дасть нарешті спокій, лад і силу Державі» [26, с. 235].

Своєрідним органом, що виконував тимчасово деякі парламентські функції, були державні наради з представників Директорії, уряду, Трудового конгресу, політичних партій та ін. У грудні 1919 р. в окупованому поляками Кам'ян-

ці-Подільському було засновано Українську Національну Раду, яка ставила метою скликати Державний Сейм для відновлення демократії, побудови парламентської республіки. Заступник Голови УН Ради С. Баран підготував проєкт конституції, який став основою для урядової комісії А. Ніковського та її проєкту «Основного державного закону Української Народної Республіки» [27, с. 184-188]. Він складався з 10 розділів, 158 артикулів (статей) і передбачав відродження держави «з демократично-республіканським, на основі парламентаризму, устроєм». У проєкті передбачались запобіжні заходи проти посилення особистої влади Голови Директорії.

Після тривалої тримісячної роботи урядова комісія підготувала два законопроєкти, які 12 листопада 1920 р. затвердив Голова Директорії, – «Закон про тимчасове верховне правління та порядок законодавства в Українській Народній Республіці» і «Закон про Державну Народну Раду Української Народної Республіки» [19, с. 114–116, 117–122]. Ці конституційні закони досить ретельно виписували розподіл повноважень між Директорією, Державною Народною Радою та Радою міністрів, містили нормативно-правове визначення порядку роботи передпарламенту.

Прийняті Директорією закони виявились останніми: «Варшавський договір» С. Петлюри з Ю. Пілсудським призвів до окупації Польщею більшої частини України, селянських повстань, наступу Червоної армії. В. Винниченко писав: «І знов треба щиро і відверто сказати, що коли б проти нас не було повстання нашого власного селянства й робітництва, то російський совітський уряд не зміг би нічого зробити проти нас...» [13, с. 180–182].

Історично коротким виявився державотворчий процес і в Західній Україні. Концепція державотворення була чітко сформульована вже у Маніфесті Української Національної Ради 19 жовтня 1918 р., напередодні утвореної з повноваженнями парламенту: визначена єдина українська територія, яка уконституїювалась як Українська держава; усім національним меншинам пропонувалося обрати своїх представників до УН Ради; вона розробить проєкт конституції [19, с. 93] З розпадом Австро-Угорської імперії УН Рада перебрала всю повноту влади у краї, визначила офіційну назву держави – Західно-Українська Народна Республіка (за тодішнім правописом – *В. Є.*), утворила уряд, організувала вибори органів місцевого самоврядування. Конституційні засади ЗУНР були визначені УН Радою вже 13 листопада 1918 р. у «Тимчасовому Основному законі про державну самостійність українських земель» [19, с. 96] УН Рада ініціювала укладання договору про злуку ЗУНР та УНР і соборність українських земель. Проте наприкінці 1920 р. – на початку 1921 р. процес національного відродження був перерваний перемогою радянської влади на більшій частині території України і окупацією західноукраїнських земель Польщею, Румунією, Чехословаччиною.

Уряд ЗУНР, перебуваючи в еміграції, продовжував підготовку демократичного проєкту Основного Закону. За його дорученням наприкінці 1920 р. професор С. Дністрянський розробив проєкт Конституції ЗУНР, що узагальнив

і розвинув демократичні концепції вітчизняного державотворення [28, с. 375–381; 29, с. 165–185]. Засадничими особливостями проєкту є положення про ЗУНР як суверенну, правову, демократичну національну державу, яка визнає людину з її правами і свободами важливою соціальною цінністю. Влада в державі заснована на конституційному принципі поділу на законодавчу, виконавчу й судову з широким місцевим самоврядуванням.

Для «обґрунтування тривалої народної влади в державі», вважав вчений, варто скликати Установчі збори на основі загального, прямого й таємного голосування без різниці статі. Одночасно з виборами до Установчих зборів повинні відбутися й вибори Президента республіки. Збори приймають Конституцію ЗУНР, затверджують адміністративно-територіальний поділ республіки, розробляють закон про вибори депутатів парламенту й місцевих представницьких органів, приймають необхідні податкові та фінансові закони. Організація публічної влади за проєктом передбачала однопалатний парламент – Народну Палату, обрану на чотири роки на основі загального, рівного й прямого виборчого права при таємному голосуванні. Для внесення змін і доповнень до Конституції з ініціативи парламенту або за результатами республіканського референдуму скликається спеціальний представницький орган – Загальнодержавна Рада. Крім перегляду або внесення змін до Основного Закону, вона ухвалює рішення щодо надзвичайних заходів в державі у випадку війни або дострокового припинення повноважень Президента республіки.

До системи органів виконавчої влади входять Президент республіки, уряд – Державна Рада й місцеві органи виконавчої влади. Президент обирається строком на чотири роки і є главою держави, очолює виконавчу владу, призначає членів уряду, «слідкує за законністю управління». Судова система включає загальні й спеціальні суди, Державний судовий трибунал і главу Державної юстиції. «Судді призначаються Президентом республіки, або заступаючим його Головою Державної юстиції, остаточно і на все життя». Участь народу в правосудді забезпечується мировими судами за участі народних засідателів або присяжних. Верховне правосуддя належить Державному судовому трибуналу, до повноважень якого віднесений також контроль за конституційністю законів, дотримання рамок компетенції представницьких органів, виконання обов'язків депутатами парламенту, затвердження його рішень із політичних звинувачень та ін.

Конституційний проєкт С. Дністряньського містить важливі положення про організацію та правові засади діяльності представницьких органів на місцях, про статус державних службовців, про порядок проведення референдумів різного рівня та ін. «Як політичний власник національної території український народ є носієм територіального верховенства в державі... Всі інші народи, які постійно проживають у державі, беруть пропорційну участь як у створенні й організації волевиявлення народу, так і його здійсненні». Проєкт Конституції ЗУНР залишився нереалізованим, однак її норми і принципи відповідали самим досконалим конституційним доктринам того часу й робили честь вітчизняному конституціоналізму.

Висновки. Концепції державотворення доби національно-визвольних змагань 1917–1920 рр. відобразили усю складність державотворення, внутрішнього і геополітичного становища України. Діячі Української Центральної Ради започаткували розбудову Української Народної Республіки, демократичного державотворення, вітчизняний парламентаризм. Найбільш визначним є внесок в розробку концептуальних основ державного будівництва М. Грушевського і В. Винниченка, які своєю політичною публіцистикою і керівництвом УЦР і Генеральним Секретаріатом сприяли державотворчому процесу, розв'язанню його нагальних проблем. Вершинами конституційного процесу в УНР стали III і IV Універсали, основоположні закони, Конституція УНР. Важливу роль у відновленні УНР зіграла її Директорія з моделлю «трудової демократії», у відстоюванні територіальної цілісності України, соборності її земель.

Для діячів Західно-Української Народної Республіки характерним було тяжіння до класичних зразків європейського парламентаризму, швидке створення демократичних інститутів держави. Законотворчі й установчі заходи УН Ради – утворення уряду, розбудова системи органів місцевого самоврядування, «Тимчасового Основного Закону», злука з УНР – стали реальним втіленням суверенітету західноукраїнського народу, його державності. У конституційному проєкті С. Дністрянського втілились основні положення і принципи правової держави.

Оцінюючи наслідки, значення і уроки національно-визвольних змагань 1917–1920 рр., М. Грушевський писав, що не дивлячись на величезні болісні втрати, народом були скинуті кайдани, найтяжче московське ярмо, покінчено з духовним холопством, холуйством раба, відновлена, хай ненадовго, державна самостійність, розгорнута широка соціальна програма, утверджено наше національне існування [10, с. 158–160, 229–236, 238–243]. Доводив важливість історичних зв'язків із Заходом, «західної орієнтації», свого, українського права – «однакового закону не складеш для Сибіру і України». У брошурі «На порозі Нової України» дійшов висновку: для її досягнення важливий «певний моральний ригоризм, ... конче потрібний для успіху, розвитку й твердості демократичного ладу... Тільки тоді, коли держава, громада стане не пустою вивіскою, ... а дійсним центром мислі і волі, предметом культу, релігії, яким вона була для старинного елліна або римлянина; тоді тільки збудується Велика Україна...» [10, с. 248–252].

Уроками для нинішніх державотворців залишаються й невирішені соціально-економічні проблеми в УНР століття тому, втрату соціальної опори влади, невизначений правовий статус опозиції, невинуваті сподівання на іноземну допомогу.

Список літератури

1. Копиленко О. Л. «Українська ідея» М. Грушевського: історія і сучасність. Київ : Либідь, 1991. 183 с.
2. Мироненко О. М. Витоки українського революційного конституціоналізму 1917–1920 рр. Теоретико-методологічний аспект : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2002. 260 с.

3. Солдатенко В. Ф. Революційна доба в Україні (1917–1920 роки): логіка пізнання, історичні постаті, ключові епізоди. 2-е вид., доп. і перероб. Київ : ДП НВЦ Пріоритети, 2012. 522 с.
4. Верстюк В. Революційна влада і суспільство: механізми взаємовпливу та взаємодії. *Проблеми вивчення історії Української революції 1917–1921 років*. 2012. Вип. 8. С. 5–43.
5. Яневський Д. Проект «Україна»: Грушевський. Скоропадський. Петлюра. Таємна історія української державності. Харків : Фоліо, 2012. 917 с.
6. Єрмолаєв В. М. Вищі представницькі органи влади в Україні: історія, теорія та практика. Харків : Право, 2017. С. 275–291.
7. Єрмолаєв В. М. Грушевський про установчу владу українського народу. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2020. № 4. С. 16–28.
8. Єрмолаєв В. М. Досвід першого вітчизняного парламенту в оцінках М. Грушевського. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 1 (88). С. 30–46.
9. Українська суспільно-політична думка у 20-му столітті : Документи і матеріали : у 2 т. / уклад. Т. Гунчак і Р. Сольчаник. Б. м. : Сучасність, 1983. Т. 1. 510 с.
10. Грушевський М. С. Твори : у 50 т. Т. 4, кн. І. Львів : Світ, 2007. 407 с. ; кн. ІІ. Львів : Світ, 2013. 556 с.
11. Українська Центральна Рада: Документи і матеріали : у 2 т. / НАН України ; Ін-т історії України ; Центр. держ. архів вищ. органів влади і упр. України. Т. 1 : 4 березня – 9 грудня 1917 р. Київ : Наук. думка, 1996. 588 с.
12. Українська Центральна Рада: Документи і матеріали : у 2 т. / НАН України ; Ін-т історії України ; Центр. держ. архів вищ. органів влади і упр. України. Т. 2 : 10 грудня 1917 р. – 29 квітня 1918 р. Київ : Наук. думка, 1997. 422 с.
13. Винниченко В. Відродження нації: Репринт. відтвор. вид. 1920 р. Ч. I, II, III. Київ : Політвидав України, 1990. 542 с.
14. Грушевський М. С. На порозі Нової України. Гадки і мрії. Київ : Наук. думка, 1991. 120 с.
15. Дорошенко Д. Мої спомини про недавнє-минуле (1914–1920) : у 4 ч. : Галицька Руїна. Доба Центральної Ради. Доба Гетьманщини. Доба Директорії. 2-е вид. Мюнхен : Укр. вид-во, 1969. 543 с.
16. Христюк П. Замітки і матеріали до історії Української революції. 1917–1920 : у 4 т. Т. 1. Відень : Б.в., 1921. 151 с.
17. Єрмолаєв В. М. Історія держави і права України : підручник. Харків : Право, 2021. 472 с.
18. Туган-Барановський М. И. К лучшему будущему : сб. социал.-филос. произведений. Москва : Рос. полит. энцикл., 1996. 369 с.
19. Конституційні акти України. 1917–1920. Невідомі конституції України. Київ : Філософ. і соціол. думка, 1992. 272 с.
20. Скоропадський П. П. Спогади: кінець 1917 – грудень 1918 / пер. з рос. Київ : Наш формат, 2017. 456 с.
21. Мироненко О.М. Витоки українського революційного конституціоналізму 1917–1920 рр. Теоретико-методологічний аспект : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2002. 260 с.
22. Липинський В. Повне зібрання творів, архів, студії. Т. 6, кн. 1 : Листи до братів-хліборобів. Про ідею і організацію українського монархізму. Київ ; Філадельфія, 1995. 470 с.
23. Український парламентаризм: минуле і сучасне / за ред. Ю. С. Шемшученка. Київ : Парлам. вид-во, 1999. 368 с.
24. Вісник Української Народної Республіки. 1919. 8 лютого.
25. Вісник державних законів для всіх земель УНР. 1919. Вип. 8.
26. Петлюра С. Статті, листи, документи. Нью-Йорк, 1956. Т. 1. 261 с.
27. Український вибір: політичні системи ХХ століття і пошук власної моделі суспільного розвитку / В. Ф. Солдатенко (керівник). Київ : Парлам. вид-во, 2007. 576 с.
28. Дністрянський С. Загальна наука права і політика. Т. 1 Львів : Вид-во Укр. катол. ун-ту, 2019. 428 с.
29. Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. Львів : Львів. держ. ун-т. 1999. 229 с.

References

1. Kopylenko, O.L. (1991). "Ukrayinska ideya" M. Grushevskogo: istoriya i suchasnist. Kyiv: Lybid [in Ukrainian].
2. Myronenko, O.M. (2002). Vytoky ukrayinskogo revolyucijnogo konstytucionalizmu 1917–1920 rr. Teoretyko-metodologichnyj aspekt. Kyiv: In-t derzhavy i prava im. V. M. Koreczkogo [in Ukrainian].
3. Soldatenko, V.F. (2012). Revolyucijna doba v Ukrayini (1917–1920 roky): logika piznannya, istorychni postati, klyuchovi epizody. Kyiv: Priorytety [in Ukrainian].
4. Verstyuk, V. (2012). Revolyucijna vlada i suspilstvo: mexanizmy vzayemovplyvu ta vzayemodiyi. *Problemy vyvchennya istoriyi Ukrayins`koyi revolyuciyi 1917–1921 rokiv – Problems of studying the history of the Ukrainian revolution of 1917–1921, issue 8, 5–43* [in Ukrainian].
5. Yanevskiy, D. (2012). Proekt "Ukrayina": Hrushevskiy. Skoropadskiy. Petliura. Taiemna istoriia ukrainskoi derzhavnosti. Kharkiv: Folio [in Ukrainian].
6. Yermolaiev, V.M. (2017). Vyshhi predstavnyczki organy vlady v Ukrayini: istoriya, teoriya ta praktyka. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
7. Yermolaiev, V.M. (2020). M. Grushevskiy`j pro ustanovchu vladu ukrayins`kogo narodu. *Visnyk Natsionalnoi akademiji pravovykh nauk Ukrayiny – Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, issue 4, 16–28* [in Ukrainian].
8. Yermolaiev, V.M. (2017). Dosvid pershoho vitchyznianoho parlamentu v otsinkakh M. Hrushevskoho. *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy – Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, issue 1 (88), 30–46* [in Ukrainian].
9. Ukrayinska suspilno-politychna dumka u 20-mu stolitti. (1983). (Vols. 1–2); Vol. 1: Dokumenty i materialy [in Ukrainian].
10. Grushevskiy, M.S. (2007). Tvory. (Vols. 1–50); Vol. 4. Book 2. Lviv: Svit [in Ukrainian].
11. Ukrayinska Centralna Rada: Dokumenty i materialy. (1996). (Vols. 1–2); Vol. 1. Kyiv: Nauk. dumka [in Ukrainian].
12. Ukrayinska Centralna Rada: Dokumenty i materialy. (1996). (Vols. 1–2); Vol. 2. Kyiv: Nauk. dumka [in Ukrainian].
13. Vynnychenko, V. (1990). Vidrodzhennya nacyi: Reprynt. vidtvor. vyd. 1920 r. Part I, II, III. Kyiv: Polityvydav Ukrayiny [in Ukrainian].
14. Grushevskiy, M.S. (1991). Na porozi Novoyi Ukrayiny. Gadky i mriyi. Kyiv: Nauk. dumka [in Ukrainian].
15. Doroshenko, D. (1969). Moyi spomy ny pro nedavnye mynule (1914–1920). Miunkhen: Ukr. vyd-vo [in Ukrainian].
16. Khrystiuk, P. (1921). Zamitky i materialy do istoriyi Ukrayinskoyi revolyuciyi. 1917–1920. (Vols. 1–4); Vol. 1. Viden: B.v. [in Ukrainian].
17. Yermolayev, V.M. (2021). Istoriya derzhavy i prava Ukrayiny. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
18. Tugan-Baranovskij, M.I. (1996). K luchshemu budushhemu: sb. social-filos. proizvedenij. Moscow: Ros. polit. jencikl. [in Russian].
19. Konstytucijni akty Ukrayiny 1917–1920. Nevidomi konstytuciyi Ukrayiny. (1992). Kyiv: Filos. i sociol. dumka [in Ukrainian].
20. Skoropadskiy, P.P. (2017). Spohady: kinets 1917 – gruden 1918. Kyiv: Nash format [in Ukrainian].
21. Myronenko, O.M. (2002). Vytoky ukrainskoho revoliutsiinoho konstytutsionalizmu 1917–1920 rr. Teoretyko-metodologichnyi aspekt. Kyiv: In-t derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho [in Ukrainian].
22. Lypynskiy, V. (1995). Povne zibrannya tvoriv, arxiv, studiyi. (Vols. 1–6); Vol. 1: Lysty do brativ-khliborobiv. Pro ideiu i orhanizatsiiu ukrainskoho monarkhizmu. Kyiv, Filadelfiia [in Ukrainian].
23. Ukrayinskyj parlamentaryzm: mynule i suchasne. (1999). Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].
24. Visnyk Ukrainskoi Narodnoi Respubliki. (1919) [in Ukrainian].
25. Visnyk derzhavnykh zakoniv dlia vsikh zemel UNR. (1919) [in Ukrainian].

26. Petlyura, S. (1956). Statti, lysty, dokumenty. (Vol. 1). New York [in Ukrainian].
27. Ukrayinskyj vybir: politychni systemy XX stolittya i poshuk vlasnoyi modeli suspilnoho rozvytku. (2007). Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].
28. Dnistrianskyj, S. (2019). Zagalna nauka prava i polityka. (Vol. 1). Lviv: Vyd-vo Ukr. katol. [in Ukrainian].
29. Ctetsiuk, P. (1999). Stanislav Dnistrianskyj yak konsty ucionalist. Lviv: Lviv. derzh. un-t [in Ukrainian].

Yermolaiev V. N., Doctor of Law, Full Professor, Director of the Institute of Postgraduate Education of the Yaroslav Mudryi National Law University, Academician of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: iposvita@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0002-3305-6591

Concepts of state formation of the era national liberation competition (1917–1920)

The article considers the concepts of state formation of the era of national liberation struggles (1917–1920) – M. Hrushevsky, V. Vynnychenko, M. Tugan-Baranovsky, P. Skoropadsky, S. Petliura, S. Dnistriansky. They are based on the ideas of building a sovereign, democratic, parliamentary republic (UPR) or an alternative hetman Ukrainian state or a democratic state governed by the rule of law (ZUNR). They enriched the state and legal thought, theoretical models of Ukrainian statehood, accumulated the program principles of political parties and public organizations. The short duration of the existence of the UPR and ZUNR does not cancel out the fruitful state-building experience of its leaders and people, democratic law-making, labor monarchy (V. Lypynsky), parliamentary-presidential republic as a democratic, legal, social state (S. Dnistriansky).

Particular attention is paid to the political journalism of M. Hrushevsky and V. Vynnychenko, the constitutional projects of domestic statesmen. They are based on a short but fruitful state-building experience, hopes for a real prospect of establishing Ukrainian national statehood with the support of the international community. The article draws attention to the simplified idea of some researchers about the “federalism” of M. Hrushevsky and other figures of the Central Council, the main reasons for its fall, the impact of geopolitical factors on state-building processes in Ukraine, which is a violation of methodological principles of historicism and objectivity. The positive potential of state formation in 1917–1920 and its unresolved theoretical and practical problems will remain an instructive example for current and future domestic statesmen.

Keywords: parliamentary model of statehood; autonomy; sovereignty; federation; UPR; Directory; ZUNR.

Рекомендоване цитування: Єрмолаєв В. М. Концепції державотворення доби національно-визвольних змагань (1917–1920 роки). *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 37–50. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.233717>.

Suggested Citation: Yermolaiev, V.N. (2021). Kontseptsii derzhavotvorennia doby natsionalno-vyzvolnykh zmahan (1917–1920 roky) [Concepts of state formation of the era national liberation competition (1917–1920)]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 37–50*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.233717> [in Ukrainian].

Надійшла до редакції 08.06.2021 р.



Камінська Ілона Василівна,
кандидатка юридичних наук, доцентка,
докторантка відділу теорії держави і права,
Інститут держави і права імені В. М. Корецького
НАН України, Україна, м. Київ
e-mail: ilonaelka2013@gmail.com
ORCID 0000-0001-9458-9730

doi: 10.21564/2414–990X.154.238535
УДК 340.115.7

ДОКТРИНА МЕТОДІВ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРАВА, СФОРМОВАНА У ПРАКТИЦІ СУДУ ЄС

Проаналізовано доктринальні підходи до визначення методів і принципів тлумачення норм права, які застосовує Суд ЄС. Виокремлено традиційні та особливі методи тлумачення, властиві інтеграційному правосуддю. Описано динаміку змін у підходах до тлумачення норм права у рішеннях Суду ЄС після підписання Лісабонської угоди. Вивчено наукові підходи до теоретико-правового визначення поняття «тлумачення норм права», які містяться у вітчизняних джерелах. Опрацьовано іноземні джерела, присвячені методам тлумачення норм права Судом ЄС.

Ключові слова: методи тлумачення; Суд ЄС; теологічний метод тлумачення; норма права ЄС; предмет тлумачення.

*Каминская И. В., кандидат юридических наук, доцент, докторант отдела теории государства и права, Институт государства и права имени В. М. Корецкого, Украина, г. Киев.
e-mail: ilonaelka2013@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9458-9730*

Доктрина методов толкования норм права, сформированная в практике Суда ЕС

Анализируются доктринальные подходы по вопросам определения методов и принципов толкования норм права, которые применяются Судом ЕС. Выделяются традиционные и особые методы толкования, присущие интеграционному правосудию. Описывается динамика изменений в подходах к толкованию норм права в решениях Суда ЕС после подписания Лиссабонского соглашения. Анализируются научные подходы к определению понятия толкования норм права, содержащиеся в отечественных источниках. Изучены иностранные источники, посвященные методам толкования норм права Судом ЕС.

Ключевые слова: методы толкования; Суд ЕС; теологический метод толкования; норма права ЕС; предмет толкования.

Вступ. Розвиток інтеграційних процесів у Європі, до яких Україна долучилась, підписавши Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з другої сторони (далі – Угода про асоціацію), розширює

межі досліджень науки теорії держави і права у бік вивчення інтеграційного правопорядку поряд з національним. Вивчення права ЄС, засад організації і функціонування інституцій ЄС не повинно обмежуватися лише однією галуззю юридичної науки – міжнародним правом, адже після вступу України до ЄС його «acquis» та інституції стануть невід’ємною частиною національного правопорядку.

Більше того, судову функцію з вирішення спорів на підставі права ЄС виконуватимуть національні суди, які, застосовуючи чи інтерпретуючи національне законодавство відповідно до права ЄС, повинні будуть осмислювати інтеграційне право в контексті не лише національних інтересів, а й спільного для всіх держав-членів правопорядку. Тому правильне застосування норм права ЄС буде залежати від інтелектуального потенціалу суддів і адвокатів та правового осмислення ними норм права ЄС, що вимагатиме від них поглиблених знань у сфері права ЄС, розуміння його змісту, правил тлумачення і застосування. Джерелом правового осмислення зазначених процесів можуть стати європейська правова доктрина, практика Суду ЄС та вітчизняні теоретико-правові дослідження, присвячені засадам функціонування Суду ЄС, зокрема питанням тлумачення норм права.

Теоретико-правова категорія тлумачення норм права не нова для науки теорії держави і права або галузевих наук, проте у контексті методів та принципів тлумачення, які у своїх рішеннях застосовує Суд ЄС, є малодослідженою. Актуальність теми пояснюється також позицією судді Конституційного Суду України В. Лемака, який вказує на актуальний запит на дослідження практики застосування методів тлумачення та аналізу окремих компонентів тлумачення, зокрема: мети, суб’єкта та об’єкта, обсягу, результатів [1, с. 133–143]. І такі дослідження цікаві в контексті вивчення практики іноземних (Верховного Суду США), міжнародних (ЄСПЛ) та інтеграційних (Суду ЄС) судових інституцій, які забезпечують єдність демократичних цінностей та утвердження верховенства права у своїх правопорядках.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання методів тлумачення норм права, які застосовує Суд ЄС, неодноразово було об’єктом вивчення як серед іноземних, так і вітчизняних науковців. Так, до аналізу методів тлумачення у своїх публікаціях звертались Е. Арнул (E. Arnul), Г. Бебр (H. Bebr), А. Бредімас (A. Bredimas), Д. Вельброк (D. Wellbrock), К. Хамсон (C. Hamson), Т. Комарова (T. Komarova), Х. Кутчер (H. Kutscher), К. Ленартс (K. Lenaerts), М. Микієвич (M. Mykyeyevych), Н. Расмусен (N. Rasmussen), О. Трагнюк (O. Trahniuk), Т. Хартлі (T. Hartley), І. Яворська (I. Yavorska) та інші. Проте в науці теорії держави і права методи тлумачення, застосовні Судом ЄС, не прийнято аналізувати, адже Україна не є державою-членом ЄС і юрисдикція Суду ЄС не поширюється на національний правопорядок. Проте, маючи курс на євроінтеграцію, дослідження теоретичних основ правопорядку ЄС є важливим завданням для теорії держави і права, адже це інтеграція передбачатиме в першу чергу інтеграцію національного і наднаціонального правопорядків, а вже потім економік.

Мета і завдання. Проаналізувати доктринальні підходи з питань визначення методів і принципів тлумачення норм права, які застосовує Суд ЄС. Виділити традиційні та особливі методи тлумачення, властиві інтеграційному правосуддю. Простежити динаміку змін у підходах до тлумачення норм права у рішеннях Суду ЄС після підписання Лісабонської угоди.

Виклад основного матеріалу. У теорії держави і права інститут тлумачення норм права прийнято обґрунтовувати починаючи з визначення поняття, мети, об'єкта, суб'єктів, видів тлумачення, методів, способів тощо. Поняття «тлумачення норм права» походить від загального поняття «тлумачити», визначення якого наведене у герменевтиці та передбачає тлумачення глибинного змісту текстів, їхніх перекладів шляхом досліджень структури й семіотичної природи мови, вивчення історичних, релігійних та інших відомостей, пов'язаних із конкретним типом [2, с. 116]. У герменевтиці поняття «тлумачення» пов'язують з процесом усвідомлення (інтелектуальний процес суб'єкта із з'ясування змісту для себе) та роз'яснення (інтерпретація змісту для інших осіб), тобто тлумачення, виражене вербально або документально (письмово) доступно для інших осіб [3, с. 3]. На наш погляд, ці процеси взаємопов'язані, адже без усвідомлення тексту неможливо забезпечити його інтерпретацію, зрозумілу для іншої особи. Тобто цей процес вимагає від суб'єкта тлумачення наявності відповідного інтелектуального рівня розвитку, який дозволить у межах власної свідомості з'ясувати зміст тексту та роз'яснити його іншим доступною мовою. Такий підхід до розуміння процесу тлумачення виводить його з ряду методичних дій, які може виконати кожен, хто володіє методикою тлумачення та звертає увагу на властивості суб'єкта тлумачення, а саме інтелектуальний потенціал та навички застосування технік тлумачення.

Юридичну герменевтику розглядають як методологію здійснення правосуддя, а тлумачення норм права судом визначають як герменевтико-правову діяльність, спрямовану на з'ясування змісту права та обґрунтування рішення у справі [4, 5].

У теорії держави і права процес тлумачення та інтерпретації норм права виділяють як самостійний вид діяльності, спрямований на реалізацію норм права. Сучасні підручники містять різні визначення поняття «тлумачення норм права», зміст яких подібний. Наприклад, у підручнику за редакцією В. М. Цвіка поняття «тлумачення права» визначають як діяльність, спрямовану на з'ясування, осмислення дійсного змісту норм права з метою сприяння їх практичній реалізації, а також результат такої діяльності, що переважно втілюється в інтерпретаційно-правовому акті [5, с. 419]. П. М. Рабінович визначає це поняття як діяльність щодо з'ясування або роз'яснення змісту юридичної норми з метою правильного її застосування та реалізації [6, с. 196]. У свою чергу М. І. Козюбра під поняттям «юридичне тлумачення» розуміє особливий розумовий (інтелектуальний) процес і вид юридичної діяльності, спрямований на з'ясування і роз'яснення змісту норм права та положень інших правових документів з метою правильної їх реалізації [7, с. 249]. Глибинною є думка О. В. Зайчука,

Н. М. Оніщенко про те, що тлумачення норм права – це процес, у якому встановлюється зміст норми, її основна мета і соціальна спрямованість, наслідки дії правового акта, виявляються суспільно-історичні обставини його прийняття, умови застосування [8, с. 468]. Подібний виклад визначення цього поняття можна віднайти у підручниках Л. А. Луця, О. Ф. Сканун, О. Г. Федоренко та інших, що вказує на сталість цього визначення для науки теорії держави і права.

Беручи за основу зазначені визначення та розглядаючи їх у світлі інтеграційного правопорядку, пропонуємо поняття тлумачення норм права Судом ЄС визначати як інтелектуальний процес усвідомлення та інтерпретації норм права ЄС, спрямований на розкриття його змісту в контексті інтеграційного правопорядку, спільних загальнолюдських і демократичних цінностей, в результаті якого забезпечується однакове розуміння та рівномірне його застосування державами-членами без шкоди для їхньої національно-правової ідентичності, але з урахуванням їхніх конституційних традицій і прецедентної практики Суду ЄС. Однакове розуміння та рівномірне застосування норм права ЄС є основними завданнями Суду ЄС, оскільки це гарантує дотримання принципу правової визначеності для громадян ЄС незалежно від того, на території якої держави – члена ЄС вони перебувають. Цей процес надскладний, адже суб'єкти тлумачення – судді Суду ЄС, будучи представниками країн континентального або загального права, повинні досягти консенсусу у визначенні змісту норм інтеграційного права, який задовольнить суспільний запит на спільне правове регулювання незалежно від національних правових традицій. Це вимагає від них як застосування традиційних методів тлумачення, характерних для обох правових систем, так і пошуку особливих засобів та принципів тлумачення, які зроблять право ЄС визначальним і зрозумілим для всіх. Водночас слідування прецедентній практиці забезпечує послідовний розвиток права ЄС.

Суб'єктами, які здійснюють офіційне тлумачення норм права в Україні, є Верховний Суд, Конституційний Суд України, органи, які встановлюють норми, уповноважені органи державної влади, яким делеговано таку функцію (наприклад, Національне агентство з питань запобігання корупції, Державна податкова служба України чи Національне агентство з питань державної служби).

Що стосується правопорядку ЄС, то відповідно до ст. 19 Договору про ЄС тлумачення законодавства Союзу або чинності актів, прийнятих установами, здійснює лише одна інституція – Суд ЄС. Основними «запитувачами» офіційного тлумачення норм права ЄС є національні суди, які під час розгляду справи в порядку ст. 267 Договору про функціонування ЄС мають право звернутися до Суду ЄС із відповідним запитом про ухвалення попереднього рішення щодо тлумачення, яке потім беруть за основу розгляду відповідного спору. Тлумачення норм права здійснює Суд ЄС без оцінки конкретних обставин справи, водночас офіційне тлумачення змісту норми надається з метою забезпечення розгляду справи національним судом на підставі цієї норми. Національні суди держав-членів здійснюють офіційне тлумачення національного законодавства,

у тому числі застосовуючи до національного законодавства за аналогією право ЄС або метод широкого тлумачення.

Неофіційне тлумачення норм права ЄС міститься у висновках генеральних адвокатів і наукових публікаціях відомих європейських правників, що стають джерелом для суддів Суду ЄС під час розгляду ними запитів про тлумачення від національних судів.

З Договору про ЄС вбачається, що конституційні суди держав-членів не здійснюють офіційного тлумачення положень законодавства ЄС, проте така заборона ніде не встановлена, а тому не виключено, що нормативний акт, прийнятий установами ЄС, може бути підставою конституційного провадження в національному судовому органі конституційної юрисдикції і його чинність буде поставлена під сумнів з огляду на невідповідність такого регулювання національній конституції або через порушення національного суверенітету. Такі перестороги досить часто висловлювали судді Суду ЄС на перших етапах його функціонування, коли цю інституцію звинувачували у виході за межі наданих їй державами-членами повноважень після прийняття рішень, в яких встановили принцип верховенства і прямої дії права ЄС та зазначали про необхідність тісної взаємодії з національними судовими інституціями [9, с. 19]. Але, як не дивно, такий факт стався і в сучасний період функціонування Суду ЄС, коли ця інституція значною мірою укорінила власний авторитет, проте це не завадило Конституційному Суду Німеччини визнати, що частина прийнятої Європейським центральним банком програми суперечить їх Конституції [10]. Таким само прикорм прикладом є визнання Конституційним трибуналом Польщі неконституційним одного із положень Договору про ЄС, на підставі якого Суд ЄС обмежує діяльність польських судів [11]. Такі дії конституційних судів держав-членів можуть мати негативний наслідок для їх членства в ЄС, зокрема для Польщі, та загалом ставлять під загрозу єдність як ознаку інтеграційного правопорядку.

Об'єктом тлумачення Суду ЄС є договори, законодавство ЄС, акти установ, органів, служб, агенцій ЄС, а якщо конкретніше, то право ЄС, закріплене в *acquis* ЄС. Предметом тлумачення є акт в цілому або його конкретна норма, її частина, абзац, поняття, загальні принципи, спільні для всіх держав-членів, тощо. Проте, як би ми не деталізували предмет тлумачення, це не спростовує те, що Суд ЄС має повну і виключну юрисдикцію щодо тлумачення положень договорів і вторинного законодавства незалежно від того, яка саме його складова потребує тлумачення.

Головна мета тлумачення Судом ЄС – забезпечити дотримання законодавства при тлумаченні договорів і сприяти національним судам у розгляді справ на підставі права ЄС. Це впливає з положень ст. 19 Договору про ЄС та ст. 267 Договору про функціонування ЄС. У своїх рішеннях Суд ЄС дещо конкретизує цю мету, вказуючи на необхідність однакового тлумачення і єдиного застосування нормативного акта, тобто вбачаючи основну мету в забезпеченні принципу юридичної визначеності через сталу судову практику тлумачення норм права [12].

Щодо завдань, які вирішує Суд ЄС шляхом тлумачення норм права ЄС, К. Ленартс (президент Суду ЄС) зазначив, що тлумачення норм права становить основу обов'язку Суду ЄС підтримувати верховенство права та забезпечувати основні цілі правового порядку. Він також виокремлює ряд проблемних питань, які доводиться вирішувати Суду ЄС, здійснюючи тлумачення норм права, зокрема: 1) проведення горизонтальної лінії між інституціями ЄС і вертикальної лінії між інституціями ЄС та урядами держав-членів; 2) здійснення судового контролю, що створює небезпеку втягнення суддів у політичний процес; 3) окреслення зв'язку між конституційним тлумаченням і застосуванням іноземних і міжнародних джерел права [13]. Тобто тлумачення норм права ЄС здійснює Суд ЄС не лише з метою розкриття змісту норми, а й з метою вираження її змісту у контексті правопорядку ЄС. Крім того, важливим завданням Суду ЄС є заповнення прогалів у законодавстві, наявність яких порушує систему права ЄС.

У питаннях тлумачення норм права чільне місце відводиться аналізу методів тлумачення, які застосовують суб'єкти тлумачення. Перш ніж перейти до систематизації та характеристики методів тлумачення, слід зазначити, що в підручниках з теорії держави і права використано різні терміни на позначення методів, зокрема: прийоми, методи, техніки, способи, принципи тощо. Дехто навіть дає кожному терміну окреме визначення. Проте, на наш погляд, вони є синонімами на позначення алгоритму розкриття істинного змісту норми права. Методи тлумачення норм права ЄС – це система юридичних прийомів аналізу норми права, які Суд ЄС послідовно використовує з метою відтворення істинного змісту норми або наповнення її змістом у контексті правопорядку ЄС. Вибір методів тлумачення залежить від чіткості викладу норми, адже чим юридично чіткіше викладено текст норми, тим меншу кількість методів слід застосовувати для її тлумачення.

Так, у теорії держави і права прийнято виокремлювати такі методи тлумачення: філологічний, системний, історичний, функціональний, історико-політичний, теологічний, логічний. Визначення поняття цих методів має сталий підхід. Що стосується методів тлумачення, які застосовує Суд ЄС, то у теорії держави і права цьому питанню не приділено окремої уваги. Дослідити це питання можливо в європейській правовій доктрині, у вітчизняних дослідженнях, присвячених Суду ЄС, а також у судовій практиці Суду ЄС.

В європейських наукових джерелах, опублікованих від початку роботи Суду ЄС до недавніх часів, аналіз доктрини методів тлумачення інтеграційного права ґрунтувався на працях Г. Бебра, Х. Кутчера, Г. Гамсона, Д. Меерша, Н. Расмусена, Г. Шермерса, Д. Вельброка, Е. Арнула, П. Ласока, К. Ленартса, Н. Фенелі, А. Тот, А. Бредімас, Р. Шевальє та інших. У своїх публікаціях усі вони аналізували відомі рішення Суду ЄС на предмет застосованих у них методів тлумачення та в результаті виокремлювали такі основні методи: буквальний, систематичний та теологічний. Наукові публікації більшості з цих науковців були з часом перевидані, проте питання методів тлумачення залишалось сталим протягом багатьох років.

До прикладу, Г. Шермерс та Д. Вельброк у своїй відомій монографічній роботі, присвяченій огляду основних засад юридичного захисту в Суді ЄС, пропонують таку класифікацію методів тлумачення Суду ЄС:

1. Буквальний метод (застосовується, коли текст є чітким і однозначним та не може бути розтлумачений по-іншому) включає такі прийоми:

– а *contrario reasoning* (метод протилежної аргументації) – Суд не часто застосовує цей прийом і більше схильний до буквального тлумачення, проте може його використовувати у разі, коли жодне інше тлумачення не видається доцільним та сумісним із контекстом та метою норми;

– вибір мови спільноти – якщо текст, викладений на різних мовах, має відмінний зміст, Суд обирає один з офіційних текстів, щоб досягти найбільш точного тлумачення норми;

– порівняльно-правовий прийом – Суд автономно тлумачить поняття, застосовані у текстах законодавства ЄС, якщо немає відсилки до національного законодавства. Автори зазначають, що Суд не вдається до порівняльного аналізу з національним законодавством, оскільки воно має відмінні від законодавства ЄС цілі;

– застосування множини чи однини – застосування множини позначає узагальнений вираз, а тому може застосовуватись у значенні однини;

– широке тлумачення принципів та суворе тлумачення винятків.

2. Систематичний метод включає такі прийоми:

– аналіз історичного підґрунтя – дослідження підготовчих документів, які сприяли прийняттю норми;

– аналіз місця статті у системі нормативного акта – положення слід тлумачити відповідно до інших пунктів, розділів та системи нормативного акта в цілому;

– тлумачення в контексті норм міжнародного права;

– тлумачення на підставі попередніх міркувань, викладених у преамбулі;

– врахування інтерпретації акта, наданого його автором, майже ніколи не застосовується Судом ЄС;

– тлумачення за аналогією;

– the *lex specialis principles* – якщо є два положення – загальне і спеціальне, то воно тлумачиться за положенням, яке більш конкретно розкриває зміст норми;

– тлумачення вторинного законодавства максимально наближене до Договорів.

3. Теологічне тлумачення – тлумачення в контексті цілей та мети правового регулювання [14].

Варто зазначити, що така систематизація важка для сприйняття, оскільки автори свідомо обмежилися трьома методами тлумачення, а всі інші прийоми намагались викласти як їх різновид. Проте очевидно, що там, де буквальне тлумачення не видається можливим, суд переходить до теологічного, лінгвістичного чи порівняльно-правового методу, які є самостійними підходами до

тлумачення, адже їх послідовне застосування сприяє досягненню результату. Це також підтверджується тим, що в інших європейських джерелах такі самі прийоми тлумачення, застосовані Судом ЄС, віднесені до теологічного методу [15].

Крім того, в європейських наукових джерелах є публікації, присвячені порівняльному аналізу методів тлумачення Суду ЄС та Верховного Суду США. Порівнюючи методи тлумачення цих двох інституцій, К. Ленартс робить висновок, що Суд ЄС, як і Верховний Суд США, застосовує теологічний метод тлумачення договорів, указуючи на їх функціональну еквівалентність з Конституцією США. При цьому зазначає, що Суд ЄС застосовує різні підходи до конституційного тлумачення та тлумачення федеративного законодавства і не використовує компаративний метод тлумачення. Разом з тим Суд ЄС застосовує однакові методи тлумачення до первинного і вторинного законодавства і тлумачить акти інституцій з огляду на їх відповідності міжнародному праву, яке створює зобов'язання для ЄС, та у світлі конституційних традицій держав-членів [16].

Якщо проаналізувати одразу декілька європейських публікацій, оприлюднених у різні часи до підписання Лісабонської угоди, то побачимо, що основну увагу приділено теологічному методу тлумачення, і дуже мало джерел, які містять обґрунтування системи методів. Це пояснюється тим, що положення договорів мали загальний характер, а вторинне законодавство, будучи спрямованим на реалізацію цих положень, перебувало на етапі розвитку, і Суд ЄС був змушений надавати перевагу теологічному методу, створюючи та розвиваючи норми права, які в результаті стали основою змін та доповнень вторинного законодавства. Схильність європейських науковців до підкреслення важливості теологічного методу тлумачення також витікала з їх поглядів на конституційну природу договорів і правові міркування про необхідність прийняття Конституції ЄС. Окремо слід зазначити, що юрисдикція Суду ЄС до підписання Лісабонської угоди була обмеженою, і не всі положення вторинного законодавства підлягали тлумаченню (зокрема, щодо віз, притулку, імміграції та інших політик, пов'язаних із переміщення осіб), а тому після набрання чинності цією угодою спектр методів тлумачення значно розширився.

Ситуація змінилась, тому що Суд ЄС отримав необмежену юрисдикцію на тлумачення вторинного законодавства не лише у контексті договорів, а й щодо основних прав, свобод і принципів, встановлених у Хартії основоположних прав Європейського Союзу та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Підписання Лісабонської угоди на невизначений час зняло питання про конституційність договорів, хоча їх форма і зміст стали ще більш подібними до конституційних актів, при цьому не втративши чіткого функціонального викладу положень. Починаючи з цього часу практика Суду ЄС вирізняється різноманітністю методів тлумачення, а європейська доктрина – публікаціями, які по-новому обґрунтували систему методів і більше уваги приділили їх детальному аналізу, що робить кожний із цих методів автономним, а їх у сукупності – однаково замінними. Проте не варто думати, що підходи та принципи засто-

совування методів тлумачення були змінені у сучасній практиці Суду ЄС. Ця інституція продовжує діяти у своїй традиційній манері послідовності, керуючись усталеною судовою практикою, з посиланням на обґрунтування методів, застосованих у раніше прийнятих рішеннях. Просто утвердження правопорядку ЄС та повнота інтеграційного законодавства поставили нові виклики перед Судом ЄС у питаннях тлумачення норм права, що дало поштовх для застосовування нових підходів до тлумачення.

Серед сучасних європейських праць, у яких доктрина методів тлумачення набула розвитку, слід виокремити спільну монографію К. Ленарта та Х. Гутьєрес-Фонса, присвячену детальному обґрунтуванню методів тлумачення Суду ЄС, в якій автори по-новому підійшли до систематизації методів тлумачення, запропонувавши особливу структуру, яка складається з груп і підгруп [17]. У монографії, зокрема, виокремлено такі групи методів: класичні, компаративні, підходи до тлумачення Хартії основних прав. До групи класичних методів віднесено буквальний, контекстуальний (систематичний), теологічний. Компаративний метод – тлумачення права ЄС відповідно до міжнародного права; тлумачення законодавства ЄС у світлі традицій конституцій держав-членів; синтез теологічного і порівняльного методів. Методи тлумачення Хартії основних прав – тлумачення в контексті обмеження здійснення прав і свобод; порівняння Хартії основних прав та ЄКПЛ; автономний розвиток Хартії основних прав; Хартія основних прав та конституційні традиції, горизонтальне застосування Хартії основних прав. Такий системний підхід безумовно є ґрунтовним вкладом у доктрину методології тлумачення Суду ЄС, який значно розширює знання про інструментарій, застосовний Судом ЄС при тлумаченні права. Він кардинально відрізняється від попередніх підходів, де виокремлювались лише три основні методи тлумачення: буквальний, систематичний та теологічний, серед яких центральне місце відводилось теологічному.

Зазначене монографічне дослідження є чи не однією з перших європейських праць, присвячених лише доктрині тлумачення права ЄС Судом ЄС. Детальний аналіз практики Суду ЄС, систематизація методів та їх групування безумовно заслуговують на увагу та вивчення. Разом з тим у європейській доктрині багато праць присвячені не просто вивченню власне методів, а результатам їх застосування Судом ЄС.

Наприклад, Ф. Сирпіс у своїй публікації, аналізуючи вплив прийняття вторинного законодавства (нормативні акти, директиви тощо) на судову практику Суду, тлумачить первинне право (як договори, так і загальні принципи права ЄС), де робить висновки про те, що методичний плюралізм тлумачення Судом ЄС дає йому можливість надати перевагу будь-якому аргументу, якщо вторинне законодавство не містить чітких орієнтирів – цілей його прийняття. Тому процес впливу вторинного законодавства на судову практику тлумачення первинного законодавства переходить в площину невизначеності, що може поставити під сумнів юридичну та політичну легітимність інтеграційного проєкту [18]. У цьому контексті важливо розуміти, що які б методи тлумачення не

застосовував Суд ЄС, він повинен керуватися принципом правової визначеності, інституційного балансу та принципом взаємної щирої співпраці, що визначені у ст. 13 Договору про ЄС. Ці принципи певним чином стримують юрисдикцію Суду ЄС від тлумачення норм права таким чином, щоб тлумачення виходило за межі його компетенції як інституції.

Якщо проаналізувати рішення Суду ЄС, прийняті починаючи з 2010 р., можна побачити, що Суд ЄС дійсно застосовує різні підходи до тлумачення норм права. Не вдаючись до їх систематизації, а, навпаки, схилиючись до автономності кожного з них, ми виокремили такі методи: 1) порівняльно-лінгвістичний метод – застосовується у ситуаціях диспропорції різних мовних текстів нормативних актів та передбачає, що основою для тлумачення норми мають бути тексти на всіх офіційних мовах [19]; 2) метод жорсткого тлумачення – застосовується до перехідних та виняткових положень законодавства [20]; 3) тлумачення норм через призму загальних прав [21]; 4) застосування за аналогією [22]; 5) комплексний метод тлумачення, який передбачає одночасність застосування декількох методів, зокрема: буквального, системного, історичного та телеологічного тлумачення [23]; 6) автономне тлумачення термінів – якщо в тексті законодавства ЄС не визначено поняття, яке в ньому застосовується, і немає посилання на національне законодавство, то суд наводить власне визначення поняття [24]; 7) теологічний метод – тлумачення через врахування загальної мети та цілей нормативного акта; 8) ієрархічний метод тлумачення – вторинні акти законодавства ЄС повинні тлумачитися, наскільки це можливо, відповідно до основного акта; 9) історичний метод – через простеження еволюції нормативного регулювання; 10) раціональний метод – через оцінку загальних економічних показників та обставин, які сприяли прийняттю нормативного акта; 11) метод обмежувального тлумачення; 12) метод широкого тлумачення та інші.

Також у контексті огляду питань судового тлумачення важливим аспектом є межі надання Судом ЄС тлумачення, які він визначив у своїх рішеннях. Так, Суд ЄС не здійснює тлумачення права ЄС у разі, якщо: 1) тлумачення законодавства Співтовариства не має жодного відношення до реальних фактів національного судочинства; 2) проблема гіпотетична; або 3) Суду не надано достатньо юридичних чи фактичних матеріалів, щоб надати корисну відповідь національному суду.

Висновки. Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що доктрина методів тлумачення норм права Судом ЄС почала формуватись з перших рішень Суду ЄС і досі є актуально. На початкових етапах роботи Суду ЄС європейські науковці обґрунтовували три основні методи тлумачення, застосовувані Судом ЄС, а саме: буквальний, систематичний, теологічний. Недосконалість правового регулювання в ЄС, узагальненість викладення тексту договорів про ЄС були підставою для напрацювання широкої тлумачної практики норм права, в результаті чого було усунуено наявні прогалини, розширено правове регулювання в окремих питаннях та забезпечено розвиток інтеграційних процесів,

які на той час могли б бути заблоковані у зв'язку з відсутністю єдиного розуміння норм права ЄС. Тлумачення права Судом ЄС – інтелектуальний процес усвідомлення та інтерпретації норм права ЄС, спрямований на розкриття його змісту в контексті інтеграційного правопорядку, спільних загальнолюдських і демократичних цінностей, в результаті якого забезпечується однакове розуміння та рівномірне його застосування державами-членами без шкоди їх національно-правовій ідентичності, але з урахуванням їх конституційних традицій та прецедентної практики Суду ЄС.

Основне завдання Суду ЄС – забезпечення законності у тлумаченні і застосуванні догорів, що досягається через ухвалення судом попередніх рішень на запити національних судів. Таке тлумачення здійснюється не на підставі оцінки конкретних обставин справи, воно здійснюється таким чином, щоб національний суд мав ефективний інструмент вирішення спору.

Після підписання Лісабонської угоди в європейській доктрині з'явилися нові дослідження методів тлумачення норм права, в яких обґрунтовано широке коло методів та систематизовано їх на класичні, компаративні і тлумачення в контексті прав людини.

Погоджуючись з такою класифікацією, ми все-таки вважаємо, що кожний метод є автономним і може бути застосований як сам по собі, так і у взаємозв'язку з іншими методами. Більше уваги слід приділяти дослідженню механізму обрання застосування того чи іншого методу, адже методологічний плюралізм не може бути інструментом у разі політизованості прийнятих судом рішень.

Ураховуючи, що Україна в майбутньому може стати державою-членом ЄС, що, як наслідок, поєднає національний та інтеграційний правопорядки, питання Суду ЄС, у тому числі і методів тлумачення, на нашу думку, мають досліджуватись у теорії держави і права, а не лише у міжнародному праві.

Список літератури

1. Лемак В. В., Бандида А. Ю. Тлумачення права: проблеми визначення поняття, складу, практичної потреби. *Публічне право*. 2019. № 4. С. 133–143.
2. Герменевтика. *Енциклопедичний словник класичних мов* / Л. Л. Звонська, Н. В. Корольова, О. В. Лазер-Паньків та ін. ; за ред. Л. Л. Звонської. 2-ге вид. випр. і допов. Київ : ВПЦ «Київський університет», 2017. 552 с.
3. Квіт С. М. Основи герменевтики : навч. посіб. Київ : Вид. дім «КМ Академія», 2003. 192 с.
4. Бернюков А. М. Юридична герменевтика як методологія здійснення правосуддя (філософсько-теоретичний аналіз) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12. Львів, 2008. 18 с.
5. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
6. Рабінович П. М. Основи теорії та філософії права : навч. посіб. Львів : Медицина і право, 2021. 256 с.
7. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с.
8. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 688 с.

9. Lecourt R. Le rôle de la Cour de Justice dans le développement des Communautés. *European Yearbook*. 1976. Vol. 24. P. 19.
10. Рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини від 5 травня 2020 р. 2 BvR 859/15. URL: http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html (дата звернення: 15.06.2021).
11. Рішення Конституційного Трибуналу Республіки Польща від 14.07.2021 р. P. 7/20. URL: <https://trybunal.gov.pl/posterowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11589-obowiazek-panstwaczlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-dokszaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa> (дата звернення: 25.06.2021).
12. Case C-569/08: Internetportal und Marketing GmbH v Richard Schlicht, C-569/08, EU:C:2010:311.
13. Lenaerts K. Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/216908204.pdf>.
14. Schermers H., Waelbroeck D. Judicial protection in the European Union. URL: <https://books.google.kg/books?id=tZOwH8MvZbAC&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false>.
15. Nial Fennelly. Legal interpretation at the European Court of justice. *Fordham International Law Journal*. 1996. Vol. 20. Issue 3. Pp. 656–679.
16. Lenaerts K. Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/216908204.pdf>.
17. Lenaerts K., Gutierrez-Fons J. A. Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne : monographies. Larcier, 2020. 214 p.
18. Syrpis P. A. J. The relationship between primary and secondary law in the EU. *Common Market Law Review*. 2015. Vol. 52. Issue 2. Pp. 461–487.
19. Case T-61/13: Research and Production Company “Melt Water” UAB contre Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), T 61/13, ECLI:EU:T:2014:265 (p. 28).
20. Case F-29/05: Jean-Franzosis Vivier v European Commission, F-29/05, ECLI:EU:F:2010:114 (p. 67–70).
21. Case C-394/12: Shamso Abdullahi v Bundesasylamt, C-394/12, ECLI:EU: C:2013:813 (p. 51, 62).
22. Case F-81/09: Luigi Marcuccio v European Commission, F-81/09, ECLI:EU:F:2011:13 (p. 55).
23. Case T-124/14: Republic of Finland v European Commission, T-124/14, ECLI:EU:T:2015:955 (p. 24).
24. Case T-62/10 P: Brigitte Zangerl-Posselt v European Commission, T-62/10 P, ECLI:EU:T:2011:463 (p. 41, 43).

References

1. Lemak, V.V., Bandyda, A.Yu. (2019). Tlumachennia prava: problemy vyznachennia poniattia, skladu, praktychnoi potreby. *Publichne pravo*, 4, 133–143 [in Ukrainian].
2. Zvonska, L.L., Korolova, N.V., Lazer-Pankiv, O.V. et al. (2017). Hermenevtyka. *Entsyklopedychnyi slovnyk klasychnykh mov*. Kyiv: VPTs “Kyivskiy universytet” [in Ukrainian].
3. Kvit, S.M. (2003). *Osnovy hermenevtyky*. Kyiv: Vyd. dim “KM Akademiia” [in Ukrainian].
4. Berniukov, A.M. (2008). Yurydychna hermenevtyka yak metodolohiia zdiisnennia pravosud-dia (filosofsko-teoretychnyi analiz). *Extended abstract of candidate's thesis*. Lviv [in Ukrainian].
5. Tsvik, M.V., Petryshyn, O.V., Avramenko, L.V. et al. (2009). Zahalna teoriia derzhavy i prava. M. V. Tsvik, O. V. Petryshyn (Eds.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
6. Rabinovych, P.M. (2021). *Osnovy teorii ta filosofii prava*. Lviv: Vydavnytstvo LOBF “Medyt-syna i pravo” [in Ukrainian].
7. Koziubra, M.I. (Ed.). (2015). *Zahalna teoriia prava*. Kyiv: Vaite [in Ukrainian].
8. Zaichuk, O.V., Onishchenko, N.M. (Eds.). (2006). *Teoriia derzhavy i prava*. Akademichnyi kurs. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].
9. Lecourt, R. (1976). Le rôle de la Cour de Justice dans le développement des Communautés. *European Yearbook*, vol. 24, 19.

10. Rishennia Federalnoho Konstytutsiinoho Sudu Nimechchyny vid 5 travnia 2020 r. 2 BvR 859/15. URL: http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html.

11. Rishennia Konstytutsiinoho Trybunalu Respubliki Polshcha vid 14 lypnia 2021 r. P. 7/20. URL: <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11589-obowiazek-panstwaczlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-kszaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa>.

12. Case C-569/08: Internetportal und Marketing GmbH v Richard Schlicht, C-569/08, EU:C:2010:311.

13. Lenarts, K. Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/216908204.pdf>.

14. Schermers, H., Waelbroeck, D. Judicial protection in the European Union. URL: <https://books.google.kg/books?id=tZOWH8MvZbAC&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false>.

15. Nial Fennelly. (1996). Legal interpretation at the European Court of justice. *Fordham International Law Journal*, vol. 20, issue 3, 656–679.

16. Lenarts, K. Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/216908204.pdf>.

17. Lenaerts, K., Gutierrez-Fons, J.A. (2020). Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne. *Larcier*.

18. Syrpis, P.A.J. (2015). The relationship between primary and secondary law in the EU. *Common Market Law Review*, vol. 52, issue 2, 461–487.

19. Case T-61/13: Research and Production Company “Melt Water” UAB contre Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI), T 61/13, ECLI:EU:T:2014:265 (p. 28).

20. Case F-29/05: Jean-Francois Vivier v European Commission, F-29/05, ECLI:EU:F:2010:114 (p. 67–70).

21. Case C-394/12: Shamso Abdullahi v Bundesasylamt, C-394/12, ECLI:EU: C:2013:813 (p. 51, 62).

22. Case F-81/09: Luigi Marcuccio v European Commission, F-81/09, ECLI:EU:F:2011:13 (p. 55).

23. Case T-124/14: Republic of Finland v European Commission, T-124/14, ECLI:EU:T:2015:955 (p. 24).

24. Case T-62/10 P: Brigitte Zangerl-Posselt v European Commission, T-62/10 P, ECLI:EU:T:2011:463 (p. 41, 43).

Kaminska I. V., PhD in Law, Associate Professor, Doctoral student of the department theory of state and law, Institute of State and Law named after V. M. Koretsky NAS of Ukraine, Ukraine, Kyiv. e-mail: ilonaelka2013@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9458-9730

Doctrine of methods of interpretation of legal norms formed in the case law of the Court of Justice

The doctrinal approaches to the definition of methods and principles of interpretation of legal norms applied by the Court of Justice of the EU are analyzed. The traditional and special methods of interpretation inherent in integration justice are singled out. The dynamics of changes in the approaches to the interpretation of legal norms in the decisions of the Court of Justice of the EU after the signing of the Lisbon Treaty is described. Scientific approaches to defining the concept of interpretation of legal norms contained in domestic sources are analyzed. Foreign sources on the methods of interpretation of the law by the Court of Justice of the EU have been studied. The article analyzes several European publications written at different times before the signing of the Lisbon Treaty and established, which primarily draws attention to authors who have subjected the theological method of interpretation, and very few sources that influence the justification of methods or principles of their application by the Court. It can be concluded that the tendency of European scholars to emphasize the importance of the theological method of interpretation was related to their views on the constitutional nature of the Treaties

and legal considerations about the need to adopt the EU Constitution. Such conclusions correlate with the limited jurisdiction of the Court of Justice, as before the signing of the Lisbon Treaty not all provisions of secondary legislation were interpretable (in particular, visas, asylum, immigration and other policies related to the movement of persons). on the constitutionality of the Treaties, although their form and content have become even more similar to constitutional acts, without losing a clear functional statement of provisions. Since then, the case law of the Court of Justice has been characterized by a variety of methods of interpretation, and European doctrine by publications that have re-substantiated the system of methods and paid more attention to their detailed analysis, making each of these methods autonomous and collectively interchangeable.

Keywords: methods of interpretation; EU Court; theological method of interpretation; norm of EU law; subject of interpretation.

Рекомендоване цитування: Камінська І. В. Доктрина методів тлумачення норм права, сформована у практиці Суду ЄС. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 51–64. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238535>.

Suggested Citation: Kaminska, I.V. (2021). Doktryna metodiv tлумachennia norm prava, sformovana v praktytsi Sudu EU [Doctrine of methods of interpretation of legal norms formed in the case law of the Court of Justice]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 51–64*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238535> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 09.08.2021 р.



Трихліб Крістіна Олексіївна,
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри теорії і філософії права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: kristina.trihleb3105@ukr.net
ORCID 0000-0003-1378-9146

doi: 10.21564/2414–990X.154.239125
УДК 340.12:341.645.5

ОБСЯГ МЕЖ ВІЛЬНОГО РОЗСУДУ ДЕРЖАВИ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Проаналізовано сутність та особливості застосування доктрини меж вільного розсуду держави у практиці Європейського суду з прав людини. Установлено, що межі вільного розсуду можуть бути широкими або вузькими. Досліджено фактори, що впливають на обсяг свободи розсуду держави при ефективному забезпеченні та захисті прав, гарантованих Європейською конвенцією з прав людини. Вивчено ключові критерії та принципи права, що застосовує і розвиває у своїй практиці Європейський суд з прав людини при наданні конкретного обсягу дискреційних повноважень.

Ключовим завданням Європейського суду з прав людини є здійснення ефективного контролю над забезпеченням і захистом конвенційних прав. При визначенні меж свободи розсуду Європейський суд з прав людини керується принципами субсидіарності і пропорційності. Обсяг меж вільного розсуду завжди залежить від обставин кожної конкретної справи, виду і специфіки порушеного та/або обмеженого права, його значення для індивіда, особливостей конкуруючих інтересів, передісторії та контексту втручання, наявності або відсутності консенсусу щодо предмета розгляду, мети втручання, ступеня його інтенсивності та тривалості, характеру обмежувальних заходів та їх результатів, а також пропорційності обмеження прав і свобод людини.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини; права людини; допустимі обмеження прав людини; межі вільного розсуду; принцип субсидіарності; принцип пропорційності; Європейський консенсус; автономне тлумачення; динамічне тлумачення.

Трихліб К. А., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри теорії и філософії права, Національний юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков. e-mail: kristina.trihleb3105@ukr.net ; ORCID 0000-0003-1378-9146

Объём границ свободного усмотрения государства в практике Европейского суда по правам человека

Аналізується сутність и особенности применения доктрини границ свободного усмотрения государства в практике Европейского суда по правам человека. Установлено, что границы

свободного усмотрения могут быть широкими или узкими. Исследуются факторы, влияющие на объём свободы усмотрения государства при эффективном обеспечении и защите прав, гарантированных Европейской конвенцией по правам человека. Изучены ключевые критерии и принципы права, которые применяет и развивает в своей практике Европейский суд по правам человека при предоставлении конкретного объёма дискреционных полномочий.

Ключевой задачей Европейского суда по правам человека является осуществление эффективного контроля над обеспечением и защитой конвенционных прав. При определении границ и предоставлении свободы усмотрения Европейский суд по правам человека руководствуется принципами субсидиарности и пропорциональности. Объём границ свободного усмотрения всегда зависит от обстоятельств каждого конкретного дела, вида и специфики нарушенного и/или ограниченного права, его значения для индивида, особенностей конкурирующих интересов, предыстории и контекста вмешательства, наличия или отсутствия консенсуса относительно предмета рассмотрения, цели вмешательства, степени его интенсивности и продолжительности, характера ограничительных мер и их результатов, а также пропорциональности ограничения прав и свобод человека.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека; права человека; допустимые ограничения прав человека; границы свободного усмотрения; принцип субсидиарности; принцип пропорциональности; Европейский консенсус; автономное толкование; динамическое толкование.

Вступ. Доктрина меж вільного розсуду була розроблена у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) і є надзвичайно важливим інструментом, який сьогодні застосовує ЄСПЛ при здійсненні наглядової функції щодо ефективного забезпечення та захисту прав, гарантованих Європейською конвенцією з прав людини (далі – ЄКПЛ).

Особливого розвитку ця доктрина набула після розгляду справи «Хендсайд проти Сполученого Королівства» (англ. “Handyside v. the United Kingdom”) у 1976 р., в якій ЄСПЛ визнав, що позаяк в Європі немає єдиного розуміння концепції «моралі» у контексті обмеження прав людини з метою «охорони моралі» за ч. 2 ст. 10 ЄКПЛ [1], це залишає державам (як законодавчим, так і виконавчим органам) певну свободу розсуду у тлумаченні даного поняття і застосуванні обмежень прав людини на цій підставі. Водночас було зазначено, що така свобода розсуду не є безмежною [2, п.п. 48, 49].

Тож постає питання щодо необхідності визначення критеріїв обсягу меж вільного розсуду держави при забезпеченні конвенційних прав.

Питання є вкрай актуальним, оскільки аналіз практики ЄСПЛ свідчить, що доктрина меж вільного розсуду, разом із принципом пропорційності, виступають ключовими знаряддями при аргументації рішень ЄСПЛ та своєрідним механізмом, який дозволяє утримувати «справедливий баланс» і розвивати європейські стандарти прав людини, балансувати між релятивізмом й універсалізмом, формуючи при цьому регіональні стандарти прав людини.

Деякі вчені критикують цю доктрину, наголошуючи, що саме за допомогою її застосування ЄСПЛ обмежує свою наглядову функцію, самоусувається від вирішення складних і чутливих питань, залишає їх на вільний розсуд держав, замість того, щоб виявити ініціативу і так званий «суддівський активізм».

Попри це, заперечувати важливість та практичну доцільність цієї доктрини було би безглуздо. Крім того, виходячи із субсидіарної природи ЄСПЛ, док-

трина меж вільного розсуду виступає вкрай дієвим робочим інструментом і незважаючи на її критику сприяє динамічному й автономному тлумаченню прав людини та, безперечно, має власну додану вартість і цінність, а також надзвичайно потужний потенціал її застосування, особливо у контексті допустимих обмежень окремих видів прав і свобод людини у майбутньому.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Доктрина меж вільного розсуду є предметом дослідження переважно західних учених. Серед фундаментальних робіт варто назвати працю Говарда Чарльза Юроу «Доктрина меж вільного розсуду в динаміці судової практики Європейського суду з прав людини» 1996 р. (англ. Yourow, Howard Charles. “The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence”) і працю Ютака Арай-Такахаші «Доктрина меж вільного розсуду і принцип пропорційності у практиці ЄСПЛ» 2002 р. (англ. Yutaka Arai-Takahashi. “The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR”).

Окремі аспекти цієї тематики також вивчали у своїх публікаціях такі науковці, як П. ван Дейк (P. van Dijk), С. Гріп (S. Greer), Ван Де Хейнінг (Van De Heyning), Г. Хаскрофт (G. Huscroft), М. Хатчінсон (M. Hutchinson), Г. Летсас (G. Letsas), Г. Макдоналд (G. Macdonald), П. Махоні (P. Mahoney), Макголдрик (Cf. McGoldrick), К. Меллер (K. Möller), П. Попел'є (P. Popelier), С. Пребенсен (S. Prebensen), Єрун Шоккенбрук (Jeroen Schokkenbroek), К. Ю. Шані (C. Y. Shany), Д. Шпільман (D. Spielmann) та ін.

У вітчизняній правовій науці аналіз доктрини меж вільного розсуду є неповним і фрагментарним. Зокрема, у загальних рисах вона знайшла своє відображення у працях таких вчених, як К. Аристова (K. Arystova), П. Рабінович (P. Rabinovych), С. Федик (S. Fedyk), С. Шевчук (S. Shevchuk). Переконана, що тема потребує більш глибокого дослідження.

Мета і завдання статті – визначення обсягу меж вільного розсуду держави у практиці Європейського суду з прав людини. Спробую охарактеризувати зміст і значення доктрини меж вільного розсуду у процесі застосування й тлумачення ЄКПЛ задля ефективного забезпечення прав і свобод людини; дослідити й проаналізувати різні чинники, які впливають на визначення конкретних меж вільного розсуду шляхом вивчення практики ЄСПЛ; встановити критерії, які найчастіше застосовує ЄСПЛ у процесі оцінки й надання державі широкої або вузької дискреції при гарантуванні конвенційних прав; дослідити принципи права, розвинуті у доктрині меж вільного розсуду у практиці Європейського суду з прав людини, зокрема, у контексті допустимих обмежень прав людини.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до доктрини меж вільного розсуду (дискреції) держави, яка була опрацьована й розвинута у практиці Європейського суду з прав людини, ЄСПЛ надає пріоритет оцінці державою інтерпретації певних подій, фактів, дій, ситуацій та будь-яких інших явищ, що перебувають під її власною юрисдикцією [2, п.п. 48, 49].

Доктрина меж вільного розсуду постає як метод тлумачення, на який ЄСПЛ посилається на власний розсуд, і навіть може виступати як формальний стандарт чи критерій, який ЄСПЛ зобов'язує себе розглянути. Як справедливо зазначає Г. Ч. Юроу, це метод визначення дії держави, що відхиляється від норми, у поєднанні зі стандартом консенсусу. Виходячи з аналізу прецедентного права ЄСПЛ, доктрина меж вільного розсуду виступає своєрідним способом урівноваження вимог і заперечень держави, особливо при визначенні необхідності дії держави в рамках обмежувальних положень статей 8 – 11 ЄКПЛ [3, с. 195].

Межі вільного розсуду слід розуміти як доктрину, яка складається з двох елементів. По-перше, це *системний елемент*, що, як і системний елемент принципу субсидіарності, спирається на функціональні або прагматичні обґрунтування, пов'язані з різними компетенціями різних учасників європейської системи захисту прав людини, і має функцію впливати на розподіл завдань між ними. Другий елемент – *нормативний*, який має нормативне обґрунтування, що відноситься до плюралізму і гнучкості і має функцію впливати на те, як права інтерпретуються і застосовуються. Спираючись на розуміння моральних аргументів у практиці ЄСПЛ, було також встановлено, наскільки різні типи аргументації мають відношення до кожного з цих елементів. Зокрема, системний елемент спирається на більш формальні аргументи (англ. *non-merits*), натомість нормативний елемент покладається на сутнісні (*merits*) аргументи [4, с. 45].

Межі вільного розсуду держави можуть бути *широкими* або *вузькими*. При цьому доцільно зауважити, що досі ЄСПЛ не встановив єдино чітких критеріїв щодо визначення обсягу меж вільного розсуду [5, с. 357]. Водночас аналіз практики ЄСПЛ свідчить про те, що обсяг меж вільного розсуду держави залежить від таких факторів, як: специфіка зважуваних (конкуруючих) інтересів (публічних і приватних); контекст втручання; вплив можливо існуючого консенсусу щодо певних питань; мета, яка переслідується відповідним втручанням у права людини; ступінь пропорційності втручання та/або обмеження права та ін. [6, с. 381–418]. Обсяг свободи розсуду буде варіюватися залежно від конкретних обставин справи, предмета розгляду і його передісторії [7, п. 40].

Судова практика ЄСПЛ породжує теорії «ієрархії» чи «континууму» прав, що намагаються класифікувати рішення відповідно до цілісного обчислення, де має бути зв'язок конвенційних положень, категорій положень і окремих випадків, що виникають на їх основі [3, с. 188].

Така теорія пропонує *модель «атомної»* або «*сонячної системи*», в якій ядро складається із основних чи найбільш фундаментальних невід'ємних і невідчужуваних (непорушних) прав людини, таких, як право бути вільним від катувань (ст. 3 ЄКПЛ) і рабства (ст. 4 ЄКПЛ) [1]. Середні кільця, що підпорядковуються обом як доцентровим, так й відцентровим (центробіжним) силам – складаються з прав на належну правову процедуру, гарантованих статтями 5 і 6 ЄКПЛ (так звані *публічні права* індивіда), і особистих свобод, таких як статті 8 – 11 ЄКПЛ

(приватні права). У свою чергу, зовнішнє кільце, віддалене від доцентрової сили ядра Конвенції, більш схильне до відцентрових сил, що символізується залишковими дискреційними повноваженнями держав, утіленими в їхніх повноваженнях з відступу від своїх зобов'язань відповідно до ст. 15 ЄКПЛ [3, с. 189].

Таким чином, виходячи з теорії «континууму» конвенційних прав, якщо об'єкт, мета і текст ЄКПЛ розглядаються воедино, з'являються певні основні (фундаментальні) права, які захищені абсолютною заборонаю їх порушення, наприклад, гарантія заборони катування (ст. 3 ЄКПЛ) [3, с. 188]. Тож у ситуаціях, що викликають ризик тортур чи жорстокого поводження, ЄСПЛ застосовує «суворий» стандарт нагляду. Водночас державам надається відносно широка свобода розсуду при посиленні на обмеження конвенційних прав у справах про національну безпеку, а також за обставин, коли накладені обмеження відповідали глибоко вкоріненим моральним переконанням [8, с. 183–185].

Також можна виокремити «середній діапазон» менш «життєво важливих прав», де «статичне» і «динамічне» тлумачення міжнародної наглядової (контрольної) функції змагаються одне з одним. При цьому до 1979 р. статичне тлумачення схилилося до більш обережного підходу стосовно дискреційних повноважень національних органів влади. Натомість після 1979 р. саме динамічна інтерпретація має тенденцію до розширення функції міжнародного нагляду. Тут можна виділити групи статей щодо належного судочинства (англ. *Due Process*) і особистих свобод (англ. *Personal Freedoms*); перші виявляють більшу схожість між національними законодавствами, менш схильні до швидких соціальних змін, а другі, з їх текстовими обмеженнями гарантованих прав, супроводжуються певними межами вільного розсуду держави, вимагаючи поваги до національної дискреції. За таких умов при винесенні рішення ЄСПЛ буде оцінювати характер конкретної претензії (вимоги) за правом, специфічні підстави для обмеження прав, на які посилається держава, наявність чи відсутність Європейського консенсусу національного законодавства та практики, а також наявність відповідного прецеденту ЄСПЛ. При цьому постає питання: чи можуть факти та обставини і застосування права до них однаково добре виконуватися як субсидіарними процесами міжнародного нагляду, так і первинними процесами національної влади? У будь-якому разі ЄСПЛ як міжнародний наглядовий орган може застосовувати лише право Конвенції і не може тлумачити чи застосовувати національне право, діючи як національний апеляційний суд [3, с. 188–189].

Надзвичайно важливим для визначення обсягу меж вільного розсуду держави у конкретній ситуації є наявність або відсутність так званого Європейського консенсусу щодо розуміння й тлумачення певного розглядуваного питання. Зокрема, у справі «*Tyrer проти Сполученого Королівства*» 1978 р. («*Tyrer v. the United Kingdom*») [9] ЄСПЛ дійшов висновку, що практика тілесних покарань у виді биття різками на острові Мен порушує ст. 3 ЄКПЛ, яка забороняє види покарання, що принижують гідність людини. У своєму рішенні ЄСПЛ підтвердив динаміку, в якій судова практика Конвенції йде в ногу з

Європейським консенсусом, що розвивається та ґрунтується на законодавстві, практиці й судових рішеннях: «31. ... Суд також повинен нагадати, що Конвенція – це живий інструмент, який, як справедливо підкреслила Комісія, повинен тлумачитися у контексті умов сьогодення. У справі, що розглядається, Суд не може не перебувати під впливом розвитку і загальноприйнятих стандартів кримінальної політики держав-членів Ради Європи в цій сфері. Дійсно, генеральний прокурор острова Мен згадав, що протягом багатьох років положення законодавства острова Мен, що стосуються судових тілесних покарань, переглядалися» [9, п. 31].

Вплив консенсусу на визначення меж вільного розсуду було неодноразово підтверджено у практиці ЄСПЛ. Так, у рішенні «*Хендсайд проти Сполученого Королівства*» (“*Handyside v. the United Kingdom*”) [2] у контексті обмеження свободи вираження поглядів (ч. 2, ст. 10 ЄКПЛ) з метою охорони моралі ЄСПЛ зазначив: «48. ...неможливо знайти у внутрішньому законодавстві різних Договірних Держав єдину європейську концепцію моралі. Погляди їхніх відповідних законів на вимоги моралі змінюються ... особливо в нашу епоху, яка характеризується швидкою та далекосяжною еволюцією поглядів на цю тему. Через їх прямиий і постійний контакт із життєво важливими силами своїх країн, державні органи влади в принципі мають кращу позицію, ніж міжнародний суддя, висловити думку щодо точного змісту цих вимог, а також щодо «необхідності» «обмеження» або «покарання», призначеного для їх виконання ... Отже, Стаття 10 ч. 2 (ст. 10-2) залишає Договірним Державам свободу розсуду. Ця свобода надається як національному законодавцю («встановленому законом»), так і органам, серед іншого суддям, які покликані тлумачити та застосовувати чинні закони ...» [2, п. 48].

Отже, якщо консенсус існує – межі вільного розсуду держави значно звужуються. У свою чергу у разі ж відсутності консенсусу – ЄСПЛ, як правило, значно розширює дискрецію національної влади.

Безперечно, ЄСПЛ інкорпорує консенсус як право ЄКПЛ. Водночас у наукових колах постає питання, чи створює ЄСПЛ дійсно автономне право Конвенції в своєму власному прецедентному праві? Чи є Суд простим відображенням сукупності національного законодавства та практики в рамках сім'ї націй Ради Європи, чи активно формує досі неіснуючий європейський консенсус? Це непросте питання про те, чи визнає ЄСПЛ або ухиляється від свого величезного потенціалу щодо забезпечення активного лідерства у сфері прав людини в Європі, незважаючи на принцип субсидіарності і незалежно від результатів в окремих справах [3, с. 194–196].

Ключова теза полягає в тому, що ЄСПЛ поглинає і віддзеркалює соціальні зміни. «Саме існування Суду, визнання його ролі як джерела динамічної юриспруденції і його готовність заявляти про порушення підтверджують його цінність як нової європейської платформи соціальних змін. Але він залишається нерішучим знайти і оголосити про зміну виключно за власною ініціативою, не підкріпленою якимось наявним консенсусом у рамках законодавства і практики

держав-учасниць» [3, с. 194]. Деякі вчені вважають, що право Конвенції як таке можна охарактеризувати як наявність або відсутність консенсусу в законодавстві і практиці держав-учасниць ЄКПЛ [3, с. 195].

Безсумнівно, фактор наявності/відсутності європейського консенсусу є важливим стандартом, що визначає обсяг нагляду ЄСПЛ. У цьому сенсі доктрина меж вільного розсуду держави стає зручним інструментом для Суду, який, виконуючи свої наглядові функції, покладається на консенсус при тлумаченні конвенційних прав. Таким чином, автономна інтерпретація узгоджується із консенсусом національного законодавства та практики. Однак сукупний ефект практики ЄСПЛ полягає у створенні зводу конвенційних законів, який до певної міри є чимось більшим, ніж простим відображенням консенсусу з конкретних питань в окремих справах [3, с. 195].

При визначенні обсягу меж вільного розсуду ЄСПЛ у низці випадків застосовує *процесуальний підхід*. Даний підхід передбачає, що у разі зіткнення ЄСПЛ із суперечливими основними правами та законними інтересами Суд уважно вивчає, чи належним чином національні органи враховували процедурні елементи процесу прийняття рішень та основні права індивідів. Надання свободи розсуду передусім залежить від наявності достатніх та ефективних засобів правового захисту, відкритих для заявника на національному рівні, щоб дозволити суду переглянути потенційне порушення основних прав. Крім того, рішення, прийняте національною владою, повинно бути результатом обґрунтованого рішення, яке ретельно враховувало та збалансувало основні права заявника. У зв'язку з цим ЄСПЛ ураховує міру, якою національні органи влади ґрунтували свою думку на дослідженнях, оцінках впливу або суттєвих дискусіях (див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Шиндлер проти Сполученого Королівства», англ. «*Schindler vs the United Kingdom*», 2013 р.) [10, п. 117]. Там, де національний парламент або національні суди передбачають ретельний контроль за правами та інтересами, що розглядаються, та поважають процесуальні права потерпілих осіб (зокрема, доступ до суду, або доступ до інформації), ЄСПЛ може «поблажливіше» ставитися до рішення національного законодавця чи суду. Однак хоча новий процесуальний підхід був вирішальним у низці справ, він є дискусійним серед суддів ЄСПЛ, зокрема у контексті співвідношення внутрішньонаціонального, міжнародного і європейського різновидів консенсусу [11, с. 872–874]. Таким чином, на основі судової практики можна провести деякі паралелі між аргументами, заснованими на європейському консенсусі, і на процесуальному підході до визначення меж вільного розсуду. «Обидва підходи сприяють раціоналізації інтенсивності контролю за правами людини та пом'якшенню між динамічним тлумачення ЄСПЛ Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) і залишком свободи розсуду держав-учасниць» [11, с. 872].

Застосування доктрини меж вільного розсуду набуває практичного значення, *prima facie*, у контексті тлумачення допустимих обмежень прав людини [12, с. 21–60].

Доктрина меж вільного розсуду виступає ключовим інструментом ЄСПЛ, що дозволяє йому, з одного боку, нав'язати національним органам влади автономне тлумачення ЄСПЛ конвенційних прав, а з іншого – обмежити його втручання в тлумачення, здійснюване національними судами [13, с. 186–202].

У цьому контексті доцільно зауважити, що не всі права, гарантовані ЄКПЛ, мають однаково допустимі підстави обмежень. І тут мова йде не про поділ прав людини на абсолютні і відносні, де в основу поділу покладено критерій можливості обмеження права як такого, натомість підстав обмежень різних видів прав залежно від сфери суспільних відносин (публічні – політичні, громадянські і індивідуальні – приватні права). Принагідно зауважу, що таке їх розмежування є достатньо умовним. Зокрема, у категорії належної правової процедури національний дискреційний аналіз є відносно новим стандартом у сфері, де досі переважає інтерпретація тексту у світлі фактів справи. Отже, тексти статей 5 і 6 ЄКПЛ не містять положень про обмеження, загальних для групи з особистих свобод (за винятком ст. 6, яка забороняє пресі і громадськості брати участь в судових процесах). Водночас у справах про особисті свободи (включаючи пов'язані з ними проблеми дискримінації) текст Конвенції допускає обмеження прав, що призводить до різного застосування допустимих меж (широких чи вузьких) вільного розсуду держави. Тому національне законодавство про належну правову процедуру стає більш однаковим (уніфікованим), ніж, наприклад, сімейне право, яке більш схильне до швидких соціальних змін усередині різних національних систем і між ними [3, с. 187, 192]. Таким чином, при застосуванні статей 5–6 Конвенції межі вільного розсуду держави значно звужуються, на відміну від застосування статей 8–11 ЄКПЛ.

Перевірка дій держави в рамках положень про *допустимі обмеження прав людини* у статтях про свободу особистості (статей 8–11 ЄКПЛ) полягає в тому, що вони повинні бути *необхідними в демократичному суспільстві* з підстав, перерахованих у кожній статті. При їх тлумаченні ЄСПЛ застосовує такий *чотирьохетапний тест*. Спочатку Суд перевіряє, чи було *втручання у конвенційну свободу*. Потім він переходить до розгляду, чи було таке *втручання передбачене законом* і, по-третє, чи підпадає *мета втручання* під список *законних цілей*, передбачених у статтях 8–11 Конвенції. Нарешті, ЄСПЛ перевіряє, чи було *втручання пропорційним, «необхідним» в демократичному суспільстві* [14, с. 711].

Європейський суд з прав людини розробив послідовне тлумачення *«необхідності»* як *«нагальної соціальної потреби»* (англ. *pressing social need*). При цьому залежно від конкретної категорії прав така необхідність може бути *суворою* або *переконливою*. На перший погляд може здатися, що це встановлює досить суворий стандарт для держав, які прагнуть узаконити втручання у захищені права і свободи. Однак саме національні органи влади роблять первинну оцінку нагальних соціальних потреб, і якщо свобода розсуду, надана ними при проведенні такої оцінки, є широкою, то ЄСПЛ зобов'язується захищати дії держави [3, с. 192–193]. Національна влада має здійснити первинну оцінку реальності

нагальної суспільної потреби, що впливає з поняття «необхідність» у цьому контексті [2, п. 48]. Оцінка такої необхідності відбувається шляхом перевірки дій держави щодо обмеження та/або втручання в права людини на предмет їх пропорційності (проходження так званого *тесту на пропорційність*) [15, с. 18–19].

Крім того, словосполучення «*демократичне суспільство*» у контексті справ щодо особистих свобод пов'язане з гаслами ліберальної держави – широтою поглядів, терпимістю і багатоманітністю. Це формулювання, здавалося б, висвітлює твердження заявників у сприятливому світлі. Проте «дана концепція може також працювати на благо держави через презумпції Суду на користь актів демократичного законодавчого органу. Таким чином, постійно надавані державі широкі повноваження на розсуд можуть перетворити необхідність у демократичному суспільстві з меча заявника у щит відповідача» [3, с. 193]. Таким чином, оскільки межі вільного розсуду держави самі по собі є дуже гнучким інструментом у руках мінливої більшості в ЄСПЛ, незважаючи на послідовність доктрини, прецедентне право про свободу особистості дає неоднозначні результати [3, с. 192–193].

Отже, надаючи державі ширшу або вужчу свободу розсуду, ЄСПЛ ураховує такі *критерії*: 1) субсидіарна природа ЄКПЛ (механізм Конвенції є допоміжним для національних систем захисту прав людини) [16, с. 52]; 2) справедливий баланс між ефективним захистом і суверенітетом держави (розумний розподіл повноважень між наднаціональним та національним рівнями). Зокрема, ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що національні органи влади мають кращу можливість оцінити певні елементи тесту на пропорційність й урегулювати спір; 3) різноманітність соціальних та політичних поглядів на «добре суспільство» серед різних держав, що впливає на баланс між особистими правами, гарантованими Конвенцією, і концепцією суспільного блага в різних контекстах і суспільствах [17, с. 231].

Таким чином, дозволені межі вільного розсуду будуть відносно вузькими або суттєво обмеженими там, де розглядуване право має вирішальне значення для ефективного користування індивідом особистими чи ключовими правами і коли йдеться про особливо важливий аспект існування чи ідентичності особи. З іншого боку, межі вільного розсуду держави будуть ширшими, якщо справа порушує делікатні моральні й етичні питання [18, п. 178].

Крім того, існує певна категорія справ, в яких ЄСПЛ покладається на рішення національних органів влади і *de facto* обмежує власний судовий контроль (перегляд) рішень національних органів влади, оскільки останні мають перевагу у вирішенні політично делікатних питань у межах власної юрисдикції. Ця категорія включає судову практику стосовно відступів за ст. 15 ЄКПЛ (відступ від зобов'язань під час надзвичайної ситуації) [1]. У таких справах ЄСПЛ вкрай неохоче перевіряє, чи є відступ згідно зі ст. 15 ЄКПЛ виправданим, виходячи з того, що національні органи влади мають «кращу можливість» оцінювати надзвичайну ситуацію у конкретній ситуації [14, с. 723]. Відтак «вага свободи/

авторитету в цьому разі рішуче зміщується у бік влади та порядку» [3, с. 189]. Стаття 15 ЄКПЛ є найбільш «політичною» статтею Конвенції [3, с. 187].

Так, у справі «Ірландія проти Сполученого Королівства» (*“Ireland v. the United Kingdom”*) 1978 р. ЄСПЛ зазначив: «У першу чергу кожній Договірній Державі, відповідальній за «життя нації», слід визначити, чи не загрожує цьому життю «надзвичайна ситуація», і якщо так, то як далеко потрібно зайти у спробі подолати надзвичайну ситуацію. З причини свого безпосереднього та постійного контакту з нагальною потребою моменту національні органи влади, в принципі, перебувають у кращому становищі, ніж міжнародний суддя, вирішувати питання про наявність такої надзвичайної ситуації, а також про характер та обсяг відступів, необхідних для її відвернення. З цього приводу стаття 15, параграф 1 залишає владі широкі межі вільного розсуду» [19, п. 207]. Водночас ЄСПЛ «уповноважений вирішувати питання про те, чи вийшли Держави за межі «ступеня, що суворо вимагається гостротою» існуючої кризи» [19, п. 207].

При цьому деякі дослідники вважають, що можна застосувати «інституційно чутливий» підхід, при якому законодавчі органи матимуть більш широку свободу оцінки, ніж виконавчі [17, с. 232]. Наприклад, у рішенні «*Hammon та інші проти Сполученого Королівства [GC]*» 2003 р. (*“Hatton and Others v. the United Kingdom [GC]”*) ЄСПЛ посилався на «пряму демократичну легітимацію» законодавчої влади та наголошував на субсидіарній природі ЄСПЛ. Суд підкреслив, що «національна влада має пряму демократичну легітимацію і, як Суд неодноразово ухвалював у багатьох випадках, у принципі краща за міжнародний суд для оцінки місцевих потреб та умов» [20, п. 97].

Отже, ширина свободи розсуду буде змінюватися залежно від природи конкретного права людини, його значення для індивіда та характеру обмеженої діяльності, а також характеру мети, що переслідується відповідними обмеження [21, п. 91].

Висновки. Аналіз практики ЄСПЛ свідчить про те, що не існує незмінного й універсального стандарту визначених меж вільного розсуду держави, який би легко адаптувався до всіх різноманітних випадків і категорій прав. При цьому обсяг меж вільного розсуду держави може змінюватися залежно від конкретного контексту (кожного окремого випадку) і окремих видів конвенційних прав.

Визначення широких або вузьких меж вільного розсуду безпосередньо пов'язане із обмеженням та/або втручанням у права людини, що має бути необхідним у демократичному суспільстві. Саме держава проводить первинну оцінку такої необхідності і зобов'язана обґрунтувати кожне обмеження та/або втручання в право. При цьому ЄСПЛ перевіряє, чи було дотримано стандарт такої необхідності, – нагальної суспільної потреби, яка може бути суворою або переконливою. Відповідно, ЄСПЛ оцінює, чи пройшли дії влади тест на пропорційність, тобто чи було накладене обмеження/втручання у право людини співмірним (необхідним, доречним, пропорційним) законно переслідуваній меті

такого обмеження, та чи захищені конвенційні права ефективно. Адже вирішальними ознаками демократичного суспільства є широта поглядів, толерантність і плюралізм.

Обсяг меж вільного розсуду держави залежить від наявності або відсутності європейського консенсусу з певного питання, а також від специфіки конкретного права. Зокрема, що стосується абсолютних прав, то межі вільного розсуду є вузькими. І ба більше – якщо між державами-членами Ради Європи існує консенсус, то свобода розсуду теж вузька, і навпаки. Водночас якщо справа стосується складних морально-етичних питань, щодо яких немає єдиної думки (консенсусу), тоді свобода розсуду держави є достатньо широкою. Крім того, у деяких випадках ЄСПЛ встановив чіткий, або принаймні опосередкований зв'язок між якістю парламентського процесу і широтою свободи розсуду. Так, відсутність належної парламентської перевірки звужує межі вільного розсуду. Відсутність же переважного консенсусу, навпаки, призводить до розширення свободи розсуду.

Слід зауважити, що судова практика ЄСПЛ розвивається динамічно, встановлює загальні тенденції, констатує наявність та/або відсутність європейського консенсусу, у деяких ситуаціях застосовує автономне тлумачення. Водночас підходи у розумінні й тлумаченні окремих прав можуть змінюватися в майбутньому, особливо сьогодні, коли спостерігається тенденція до звуженого тлумачення окремих прав людини, що, зокрема, пов'язано із пандемією COVID-19. З одного боку, відповідні обмеження прав виправдані загальною необхідністю збереження життя і здоров'я людства, з іншого – наскільки виправдане таке обмеження (включно з його інтенсивністю, тривалістю, масштабами) та реально оцінена ситуація, в тому числі ризики і загроза (реальна й потенційна) у короткостроковій і довготривалій перспективах, достеменно невідомо. Але ж створення прецедентів такого обмеження є вкрай небезпечним для розвитку майбутньої практики обмежень прав людини.

Чи може штучний інтелект, розвиток медицини та нових технологій стати загрозою для прав людини? Де та допустима межа обмежень прав і свобод? Чи зможе людина себе захистити в сучасному цифровому інформаційному суспільстві сьогодні і завтра? Запитань більше, ніж відповідей. Сподіваюся, що міжнародна і європейська системи захисту прав людини знайдуть справедливий баланс, і існуючі механізми захисту прав людини все ще зможуть протистояти та бути ефективними перед прийдешніми викликами.

Список літератури

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 06.08.2021).
2. Judgment *Handyside v. the United Kingdom*. Application no. 5493/72. 1976. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (дата звернення: 02.08.2021).
3. Yourow Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*. London, New York, The Hague : Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Press, 1996. 224 p.

4. Arnardottir Oddny Mjoll. Rethinking the two margins of appreciation. *European Constitutional Law Review*. 2016. Vol. 12. Issue 1. P. 27–53. doi: <https://doi.org/10.1017/S1574019616000018>.
5. Kratochvil Jan. The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 2011. Vol. 29. No. 3. P. 324–357. doi: [10.1177/016934411102900304](https://doi.org/10.1177/016934411102900304).
6. Spielmann D. Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2012. Vol. 14. P. 381–418. doi: <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>.
7. Judgment *Rasmussen v. Denmark*, Application no. 8777/79. 1984. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57563> (дата звернення: 06.08.2021).
8. Yuval Shany. All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee. *Journal of International Dispute Settlement*. 2018. Vol. 9. Issue 2. P. 180–198. doi: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idx011>.
9. Judgment *Tyrer v. the United Kingdom*, Application no. 5856/72. 1978. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587> (дата звернення: 02.08.2021).
10. Judgment *Schindler vs the United Kingdom*, Application no. 19840/09. 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119229> (дата звернення: 06.08.2021).
11. Kleinlein Th. Consensus and contestability: the ECtHR and the combined potential of European consensus and procedural rationality control. *European Journal of International Law*. 2017. Vol. 28. Issue 3. P. 871–893. doi: <https://doi.org/10.1093/ejil/chx055>.
12. McGoldrick D. A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee. *International and Comparative Law Quarterly*. 2016. Vol. 65. Issue 1. P. 21–60. doi: <https://doi.org/10.1017/S0020589315000457>.
13. Huscroft G. Proportionality and the Relevance of Interpretation, in: Huscroft G., Miller B. W., Webber G. (eds.). *Proportionality and the rule of law: Rights, Justification, Reasoning*. New York : Cambridge University Press, 2014. P. 186–202.
14. Letsas G. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006. Vol. 26. Issue 4. P. 705–732. doi: <https://doi.org/10.1093/ojls/gql030>.
15. Unsworth Philip. The margin of appreciation: a vehicle for progression towards a moral reading of the ECHR? *Coventry Law Journal*. 2017. Vol. 22. No. 1. P. 14–28.
16. Spielmann Dean. Whither the Margin of Appreciation? *Current Legal Problems*. 2014. Vol. 67. Issue 1. P. 49–65. doi: <https://doi.org/10.1093/clp/cuu012>.
17. Popelier P., Van De Heyning C. Procedural rationality: giving teeth to the proportionality analysis. *European Constitutional Law Review*. 2013. Vol. 9. Issue 2. P. 230–262. doi: <https://doi.org/10.1017/S1574019612001137>.
18. Judgment *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic*, Application nos. 28859/11 and 28473/12. 2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168066>.
19. Judgment *Ireland v. the United Kingdom*, Application no. 5310/71. 1978. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>.
20. Judgment *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], Application no. 36022/97. 2003. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61188>.
21. Judgment *Chapman v. the United Kingdom*, Application no. 27238/95. 2001. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59154>.

References

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
2. Judgment *Handyside v. the United Kingdom*. (1976). Application no. 5493/72. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>.

3. Yourow, Howard Charles. (1996). *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*. London; New York; The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Press.
4. Arnardottir, Oddny Mjoll. (2016). Rethinking the two margins of appreciation. *European Constitutional Law Review*, vol. 12, issue 1, 27–53. doi: <https://doi.org/10.1017/S1574019616000018>.
5. Kratochvil, Jan. (2011). The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 324–357. doi:10.1177/016934411102900304.
6. Spielmann, D. (2012). Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 381–418. doi: <https://doi.org/10.5235/152888712805580570>.
7. Judgment *Rasmussen v. Denmark*. (1984). Application no. 8777/79. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57563>.
8. Yuval, Shany. (2018). All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, issue 2, 180–198. doi: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idx011>.
9. Judgment *Tyrer v. the United Kingdom*. (1978). Application no. 5856/72. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587>.
10. Judgment *Schindler vs the United Kingdom*. (2013). Application no. 19840/09. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119229>.
11. Kleinlein, Th. (2017). Consensus and contestability: the ECtHR and the combined potential of European consensus and procedural rationality control. *European Journal of International Law*, Vol. 28, issue 3, 871–893. doi: <https://doi.org/10.1093/ejil/chx055>.
12. McGoldrick, D. (2016). A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, issue 1, 21–60. doi: <https://doi.org/10.1017/S0020589315000457>.
13. Huscroft, G. (2014). Proportionality and the Relevance of Interpretation. *Proportionality and the rule of law: Rights, Justification, Reasoning*. Huscroft G., Miller B. W., Webber G. (Eds.). New York: Cambridge University Press, 186–202.
14. Letsas, G. (2006). Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, issue 4, 705–732. doi: <https://doi.org/10.1093/ojls/gql030>.
15. Unsworth, Philip. (2017). The margin of appreciation: a vehicle for progression towards a moral reading of the ECHR? *Coventry Law Journal*, vol. 22 (1), 14–28.
16. Spielmann, Dean. (2014). Whither the Margin of Appreciation? *Current Legal Problems*, vol. 67, issue 1, 49–65. doi: <https://doi.org/10.1093/clp/cuu012>.
17. Popelier, P., Van De Heyning C. (2013). Procedural rationality: giving teeth to the proportionality analysis. *European Constitutional Law Review*, vol. 9, issue 2, 230–262. doi: <https://doi.org/10.1017/S1574019612001137>.
18. Judgment *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic*. (2016). Application nos. 28859/11 and 28473/12. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168066>.
19. Judgment *Ireland v. the United Kingdom*. (1978). Application no. 5310/71. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>.
20. Judgment *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC]. (2003). Application no. 36022/97. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61188>.
21. Judgment *Chapman v. the United Kingdom*. (2001). Application no. 27238/95. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59154>.

Трихліб К. О., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: kristina.trihleb3105@ukr.net ; ORCID 0000-0003-1378-9146

The scope of the margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights

The article analyzes the essence and features of the application of the doctrine of margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. It has been established that the margin of appreciation can be wide or narrow. The factors influencing the scope of the state's margin of appreciation while effectively ensuring and protecting the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights have been identified and examined. The core criteria and principles of law, which are applied and developed in its case-law by the European Court of Human Rights when granting a certain scope of discretionary powers, have been studied.

It is concluded that the key task of the European Court of Human Rights is to exercise effective review over the ensuring and protection of human rights and freedoms enshrined by the European Convention on Human Rights. When defining and granting the margin of appreciation, the European Court of Human Rights is guided by the principles of subsidiarity and proportionality. The scope of the state's discretion always depends on the circumstances of each particular case, the type and specifics of the violated and/or limited right, its significance for the individual, the characteristics of competing interests, the background and context of the interference, the presence or absence of the European consensus on the issue at stake, the purpose of the interference, the degree of its intensity and the duration, the nature of restrictive measures and their results, as well as the proportionality of the restriction of human rights and freedoms.

Keywords: the European Court of Human Rights; human rights; permissible limitations on human rights; margin of appreciation; principle of subsidiarity; principle of proportionality; the European consensus; autonomous interpretation; dynamic interpretation.

Рекомендоване цитування: Трихліб К. О. Обсяг меж вільного розсуду держави у практиці Європейського суду з прав людини. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 65–78. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239125>.

Suggested Citation: Trykhlіb, K.O. (2021). Obsiah mezh vilnoho rozsudu derzhavy u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny [The scope of the margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 65–78*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239125> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 20.08.2021 р.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО



Гринчак Алла Анатоліївна,
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри державного будівництва,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: a.a.grynychak@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-1246-9968

doi: 10.21564/2414–990X.154.238703
УДК 342.25

КОНСТИТУЦІЙНО–ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕГІОНАЛІЗАЦІЇ У ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇНАХ: СТРУКТУРНО–ФУНКЦІОНАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ МЕХАНІЗМУ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Проаналізовано засади регіоналізації у країнах Європи і виокремлено ключові ознаки механізму функціонування публічної влади в умовах регіоналізації. Демократичні європейські держави наразі характеризуються саме децентралізованою системою територіальної організації публічної влади та управління, при якій забезпечується регіональний розвиток і ефективне місцеве самоврядування. Децентралізація і регіоналізація взаємопов'язані: регіоналізація не може відбуватися без децентралізації. Регіоналізація – це, по суті, децентралізація з урахуванням регіональних особливостей держави.

Для дієвого функціонування системи органів публічної влади необхідними є розподіл компетенцій цих органів і збалансована оптимальна концентрація повноважень на кожному з рівнів влади, для кожної інституційної ланки. Децентралізація забезпечує передачу належних повноважень місцевим органам, які є максимально наближеними до населення, зокрема, регіону.

Ключові слова: регіоналізація; регіоналізм; децентралізація.

Гринчак А. А., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри державного будівництва, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.

e-mail: a.a.grynychak@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0003-1246-9968

Конституционно-правовые основы регионализации в европейских странах: структурно-функциональные характеристики механизма публичной власти

В статье анализируются основы регионализации в странах Европы и выделяются ключевые черты механизма функционирования публичной власти в условиях регионализации. Демократические европейские государства характеризуются именно децентрализованной

системой территориальной организации публичной власти и управления, при которой обеспечивается региональное развитие и эффективное местное самоуправление. Децентрализация и регионализация взаимосвязаны: регионализация не может происходить без децентрализации. Регионализация – это, по сути, децентрализация с учетом региональных особенностей государства.

Местное управление осуществляется как местными органами, формируемыми населением, так и назначаемыми центром чиновниками. Децентрализация власти расширяет возможности территориальных общин влиять на решение местных вопросов и удовлетворять потребности, что, в конечном счете, только способствует развитию демократии.

Ключевые слова: регионализация; регионализм; децентрализация.

Постановка проблеми. Початок ХХІ ст. ознаменувався тим, що у Європі паралельно відбувалися одночасно процеси глобалізації і децентралізації. На політичній арені активізуються регіони, як на внутрішньодержавному рівні, так і у міжнародних відносинах, зростає їх роль у європейських інтеграційних процесах. У цих умовах національні уряди втрачають частину своїх компетенцій, у той час як значення внутрішньодержавних територіальних утворень зростає, регіони розширюють свої повноваження і вимагають все більшого самоврядування. Складається ситуація, коли регіони домагаються передачі повноважень з центру, в тому числі в податковій і бюджетній сферах. Зазначені процеси зумовили зростання наукового інтересу до проблем регіону, регіональної ідентичності, регіоналізації та регіоналізму.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивченням проблеми із запровадження регіоналізму як політичного курсу, спрямованого на захист місцевих інтересів, займаються багато вітчизняних і зарубіжних дослідників, зокрема: О. М. Бориславська (O. M. Boryslavska), В. А. Василькова (V. A. Vasytkova), Я. Верменич (Ja. Vermenych), К. О. Закоморна (K. O. Zakomorna), С. Маковський (S. Makovskyj), Е. Путятін (E. Putiatin), С. Римаренко (S. Rymarenko), С. Г. Серьогіна (S. H. Serohina), Р. В. Тульчинський (R. V. Tulchynskyj) та багато інших [1–9]. Автори розкривають характерні ознаки цього складного політико-правового явища. У багатьох публікаціях досліджуються механізми і форми реалізації забезпечення самодостатності регіонів, серед яких виділяється регіоналізація і децентралізація. Однак дослідники зауважують, що і досі неоднозначними залишаються тлумачення сутності регіоналізації [4, с. 50]. Серед зарубіжних науковців, які зверталися до проблем регіоналізації, можна назвати Ф. Шрейвера (F. Schrijver), Е. Арбан (E. Arban), С. Пайно (S. Rajno) [10–12] та багатьох інших, проте вона потребує додаткового комплексного дослідження для запозичення позитивного досвіду європейських держав в українській практиці.

Мета і завдання даного дослідження полягає у виокремленні принципів функціонування і основних характеристик механізму публічної влади європейських держав в умовах процесу регіоналізації.

Виклад основного матеріалу. У Статуті Асамблеї європейських регіонів регіон визначено як рівень урядування, що йде відразу після центрального, з політичним представництвом, гарантованим існуванням виборної регіональної ради або, за її відсутності, асоціацією або органом, заснованим на регіональному рівні місцевою владою нижчого рівня [13].

Відповідно до європейських документів регіон отримує визнання в національній конституції або в законі, має ідентичність, автономію, повноваження, передані на основі принципу субсидіарності, базову інституційну структуру, яка формується в ході загальних, вільних, рівних і таємних виборів, фінансові ресурси. Крім того, регіон є активним суб'єктом політики ЄС і бере участь у міжнародних відносинах. Регіони є одиницями адміністративно-територіального поділу держави. Виділення, створення регіонів стає зазвичай результатом прояву політичної волі і пов'язане з прагненням до більшої ефективності управління територією і просторового планування. Процес європейської інтеграції наочно продемонстрував, зокрема, що унітарні централізовані держави, де ієрархічно вибудована вертикаль влади, важче адаптуються в умовах інтеграції та глобалізації, порівняно з унітарними децентралізованими і федеративними, в яких субнаціональні одиниці наділені широкою самостійністю [14, с. 15]. Усі зазначені фактори сприяли інтенсифікації процесу регіоналізації в європейських країнах, які прагнули модернізувати свої політичні системи і надати широкі можливості для самостійного росту регіонів.

Усі автори підкреслюють багатозначність поняття регіон, політичне, економічне і культурне значення якого в сучасній Європі безперервно трансформується, але природа регіону завжди має невід'ємну характеристику – поняття простору, що припускає наявність зовнішніх і внутрішніх кордонів території. Регіон включає просторові спільності різних типів: економічні, політичні, адміністративні, мовні тощо.

Так, К. О. Закоморна (К. О. Закоморна) слушно зауважує, що регіоналізація тісно пов'язана з регіоналізмом, що не в останню чергу пов'язано із діяльністю Ради Європи та Європейського Союзу [4, с. 51]. Поняття «регіональна політика ЄС» офіційно почало використовуватися у політиці ЄС після Паризької конференції глав держав та урядів у жовтні 1972 р. Хартія з регіоналізації, схвалена Європейським парламентом у 1988 р., у ст. 14 встановлює, що регіони мають зайняти місце в державі між центральним і муніципальним урядами з метою розподілу функцій відповідно до принципу субсидіарності, а також відповідати за здійснення заходів, які перебувають під юрисдикцією держав-членів. У Договорі про Європейський Союз 1992 р. визначено, що сутністю регіоналізації є особливе прагнення до скорочення розриву між різними регіонами, вирівнювання темпів розвитку і зменшення відставання проблемних регіонів. Декларація щодо регіоналізму в Європі 1996 р. регіоналізм визначає як висування на перший план розширення відповідальності та партнерського співробітництва між різними політичними рівнями, що супроводжує принцип субсидіарності, який встановлює роль кожного [15, с. 21].

Амстердамський договір 1999 р. підкреслив значення регіонального рівня управління, а ЄС визначив як новий рівень зміцнення співробітництва народів Європи, в якому рішення приймається по можливості відкрито і з урахуванням інтересів громадян [16].

Отже, регіоналізацію слід розглядати як процес перерозподілу влади і наділення адміністративно-територіальних одиниць держави юридичними, політичними, адміністративними та фінансовими повноваженнями, закріпленими в конституції або в законах. Вона призводить до посилення ролі регіонів в управлінні державою і в соціально-економічному й політичному житті суспільства. Європейська практика показує, що загальні причини регіоналізації полягають у прагненні зробити владу більш ефективною, а також перекласти на регіональну владу частину відповідальності за прийняті рішення, задовольнити прагнення місцевого населення тих чи інших територій до самоврядування. Регіоналізація як процес призводить до формування такої особливої ознаки механізму здійснення публічної влади, як регіоналізм.

Регіоналізацію слід розглядати у внутрішньодержавному і зовнішньому аспектах. У першому значенні владні повноваження передаються від держави до її внутрішніх територіальних утворень – областям автономіям, суб'єктам федерації. Процеси внутрішньої регіоналізації також пов'язані з культурною самоідентифікацією самих жителів, які прагнуть зберегти свої традиції та культурні особливості.

Регіоналізація у зовнішньому вимірі проявляється в тому, що регіони прагнуть стати повноправними членами інтеграційних об'єднань і вийти на міжнародну арену нарівні з національними державами, а не в їх складі. У результаті зовнішня регіоналізація сприяє подальшому розвитку внутрішнього регіоналізму і веде до перерозподілу публічної влади між національним, наднаціональним і регіональним рівнями.

Зупинимося далі саме на внутрішньодержавному вимірі регіоналізації в європейських країнах і конституційно-правовому регулюванні цього процесу.

Одним з важливих повноважень, що ілюструють розподіл владних повноважень між центром і регіонами, ступінь впливу представницьких органів регіонів, є формування посади представника центральної влади на місцях (префект у Франції, воєвода у Польщі тощо). Так, у більшості європейських держав таких представників призначає уряд. У деяких – регіональні органи місцевого самоврядування або глава держави, монарх або президент (Франція, Білорусь, Україна) [17].

Уряд призначає представників центральної влади у парламентських республіках (окрім Чехії, Австрії, Боснії і Герцеговини). Наприклад, парламентська республіка Греція з 2011 р. адміністративно складається з 7 децентралізованих адміністрацій (регіонів), які не є органами самоврядування, а служать цілям децентралізації управління країною. Включають в себе від 1 до 3 периферій (яких усього 13) і управляються генеральним секретарем, який призначається урядом Греції і приймає всі рішення, а також радою, до якої входять всі периферіархи (голови периферій) і представники димів (громад), яка виконує дорадчу роль [18, с. 79].

В Австрії ж відповідно до ст. 101 Конституції парламент землі обирає голову уряду землі (губернатора), а президент Австрії приводить його до

присяги [18, с. 14; 19]. У Боснії і Герцеговині відповідні посадові особи призначаються регіональними представницькими органами. У Чеській Республіці організація та здійснення влади на рівні регіонів (країв) регулюється Законом «Про краї» 2000 р. У структурно-функціональному плані влада на рівні краю здійснюється так. Органами краю є крайова рада (головний орган краю, який приймає рішення в питаннях, що належать до самостійної сфери діяльності краю), крайовий комітет (виконавчий орган), гетьман (обирається радою), крайова адміністрація, спеціальні органи, засновані для виконання певної сфери діяльності. Відповідно до ст. 57 Закону «Про краї» комітет є виконавчим органом, відповідальним перед крайовою радою під час здійснення своїх повноважень. До його складу входить голова, заступник голови та члени крайового комітету. Крайова адміністрація утворюється для здійснення завдань, визначених для неї радою краю. Вона сприяє діяльності комісій та комітетів ради. До складу крайової адміністрації входять управляючий (керівник) та призначені ним службовці [20, с. 50, 77, 78, 89, 160–163].

Що стосується конституційних монархій у Європі, то, наприклад, федеративна Бельгія відповідно до Конституції складається з: трьох спільнот (французької, фламандської і німецькомовної); трьох регіонів (Валлонії, Фландрії і Брюссельського столичного регіону); чотирьох мовних регіонів (франкомовного, нідерландськомовного, двомовного Брюссельського столичного і німецькомовного). Кожна комуна Королівства входить до складу одного з цих мовних регіонів [21]. Спільноти і регіони є федеральними суб'єктами, які мають свої політичні органи; мовні регіони – це просто політичні утворення на території Бельгії. Тобто існує три рівні публічної влади: федеральні органи, органи спільнот і органи регіонів. У кожній спільноті і регіоні діють парламент і уряд. У Фландрії та Брюсселі бургомистра комуни призначає уряд регіону. У Валлонії бургомістром стає депутат муніципалітету від партії більшості, який набрав найбільше голосів у раді [18, с. 24].

У провінціях Нідерландів комісарів (одночасно вони голови представницьких органів провінції – провінційних штатів, і колегій депутатів – виконавчих органів провінцій) і бургомістрів (керівники виконавчих органів рад громад) призначає монарх. Норвегія поділяється на 11 фюльке (регіони), які об'єднуються в 5 основних регіонів, і центральну владу там представляє призначений формально королем за поданням уряду державний адміністратор (з 01.01.2021 р.), який очолює адміністрацію [22], так само уряд призначає губернатора лена (голова адміністративної ради) у Швеції (усього в країні 21 лен, представницький орган лена – регіональна рада; виконавчий орган – регіональне правління, що складається з регіональних радників і регіонального директора) [18, с. 173].

В Іспанії прем'єр-міністр автономної спільноти обирається представницьким органом автономної спільноти і затверджується королем Іспанії. У Данії керівників державних адміністрацій призначає уряд. До церемоніальних графств та лейтенантських територій Великої Британії монарх призначає лорд-намісників.

Якщо ж говорити про змішані (напівпрезидентські) республіки, то, наприклад, у Франції префектів призначає президент за поданням прем'єр-міністра та міністра внутрішніх справ. Урядового представника у Португалії, префекта в Румунії призначає уряд. Голів державних адміністрацій в парламентсько-президентській Україні призначає президент за поданням уряду (ст. 118 Конституції), подібно до Франції, хоча, наприклад, у президентсько-парламентській Португалії урядового представника призначає уряд без залучення до цієї процедури президента.

Виходячи з конституційної практики європейських держав, можна зробити висновок, що в умовах тенденцій регіоналізації і децентралізації, які все більше набирають обертів, більш поширеним підходом є визначення представника центральної влади на місцях, якщо не безпосередньо представницьким регіональним органом, то принаймні з урахуванням думки представницького органу держави і сформованого ним уряду, а не глави держави, вплив якого на цю процедуру більше є залишковою ознакою сильної президентської влади централізованої держави. Україна, яка є парламентсько-президентською республікою, у ст. 132 Конституції закріплює у здійсненні державної влади поєднання централізації і децентралізації, збалансованості і соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх етнічних і культурних традицій, історичних, економічних, географічних, демографічних і екологічних особливостей. Але зберігається залежність голів місцевих державних адміністрацій більше від глави держави, наслідком чого є те, що після кожних президентських виборів відбуваються кадрові зміни місцевого апарату влади, часто більш залежні від політичної належності і вподобань, а не інтересів регіону.

Активні процеси регіоналізації в європейських країнах привели до конституційно-правових реформ, спрямованих на перерозподіл компетенцій між державою і регіонами. Незалежно від форми політико-територіального устрою держав, регіоналізація співвідноситься з процесами, пов'язаними з передачею повноважень від центру до регіонів) [8].

З 1980-х рр. децентралізація є однією з головних тем у політичному і науковому дискурсах у країнах Європи. Традиційне розуміння процесу децентралізації пов'язано з передачею влади (частини функцій і повноважень) центральних органів держави місцевій владі. Як правило, вона відбувається через прийняття звичайних законів, а не через зміни в Конституції. Таким чином, в унітарних системах повноваження регіональної влади можуть бути відкликані центральним урядом в будь-який час, у той час як повноваження суб'єктів федерації закріплені в федеральній Конституції. Регіони, області, провінції, комуни отримують нові повноваження при одночасному звуженні прав і повноважень відповідного центру.

Протягом останніх років мотивація щодо децентралізації (і регіоналізації теж) змінювалася. Більшість європейських держав є децентралізованими, хоча лише в декількох країнах відбулися реформи, в результаті яких суттєво змінилися інституції публічної влади (зокрема, фіскальна децентралізація).

У дослідженні Д. Аллан-Дюпре (Dorothee Allain-Dupre) слушно підкреслюється, що мотивація в європейських державах відрізняється [23]: переважно демократична/політична мотивація була у східно-європейських країнах (хвилі децентралізації у 2000, 2004 та 2006 рр.: Угорщина, Польща, Словаччина Естонія, Чеська Республіка); більше економічна/бюджетна мотивація спостерігалася в Італії, Греції, Португалії. Відбувалася раціоналізація/зміни у розподілі обов'язків здебільшого у сфері освіти, громадського транспорту, охорони здоров'я (Норвегія).

Реформа багаторівневого управління передбачає три взаємопов'язані виміри: на інституційному рівні відбувається реорганізація повноважень, обов'язків та ресурсів (що і спостерігається у Франції, Фінляндії, Україні, Італії). На рівні державного управління – реорганізація адміністративних процесів (Франція, Фінляндія). На територіальному рівні здійснюється реорганізація територіальних структур (Франція, Фінляндія, Україна, Італія).

Очевидно, що децентралізація має багато переваг для розвитку на місцях, проте вимагає належної реалізації. Рівень і якість місцевих державних послуг і результативність діяльності зростають, а витрати зменшуються. Можливим стає вироблення локальних стратегій, які стимулюють інноваційний розвиток регіонів, є простір для експериментів. Мобілізуються місцеві громадські ресурси і створюються стимули для активного місцевого розвитку, переваги для місцевих підприємств. Серед можливих ризиків можна виділити те, що незабезпечення належними людськими і технічними ресурсами може стати перешкодою ефективному розвитку на місцях. Масштабні проекти можуть мати не очікуваний, а зворотній економічний ефект. Може також виникнути дублювання повноважень органів публічної влади [1, с. 12].

Поширене зараз у європейських країнах демократичне врядування у здійсненні публічної влади сприяє підвищенню прозорості та підзвітності влади, кращому відображенню інтересів і потреб місцевого населення, збільшенню активності громадян у вирішенні місцевих питань розвитку території. На заваді цьому можуть стати корупція, погане місцеве управління і місцеві політики, а ускладнення структури управління тягне за собою збільшення витрат на її утримання і координацію.

Таким чином, децентралізація/регіоналізація публічної влади у європейських державах загалом підняла ефективність їх публічної влади на якісно новий рівень. І для ефективної її реалізації в Україні досвід таких країн є безумовно корисним за умови виваженого підходу, не просто запозичення, а з урахуванням національних особливостей розвитку державних і суспільних інститутів, можливих ризиків і усіх переваг реформування системи публічної влади.

Досвід конституційно-правових реформ у напрямку регіоналізації країн, які є, як і Україна, унітарними в першу чергу заслуговує на найбільшу увагу.

Так, саме з унітарної Італії прийшов термін «регіоналістська» держава, що означає автономію її складових частин, значною мірою наближена до автономії суб'єктів у федеративному утворенні. Відповідно до ст. 5 Конституції Італія

1947 р. є державою, заснованою на принципах місцевої автономії і децентралізації. Вона ділиться на області, провінції і комуни (муніципалітети). Області (регіони) є територіальними автономними утвореннями, наділеними широкими управлінськими повноваженнями і функціями, мають власні статuti (статuti) відповідно до принципів, встановлених ст. 114 Конституції. Статус областей (регіонів) закріплений в Конституції та державних законах, які гарантують його автономію, самобутність і організаційний устрій. Регіони не вважаються місцевими утвореннями, до яких відносяться муніципалітети, провінції, столичні міста і комуни, їх статус регулюється законодавчим декретом № 267 від 18 серпня 2000 р. [11].

Спеціальні автономні статuti передбачають особливі форми і умови автономії. Надання особливої автономії цим областям пояснюється або їх економічними і культурними особливостями, які історично склалися (Сицилія, Сардинія), або наявністю етнічних меншин. Так, в Трентіно-Альто-Адідже (Південний Тіроль) проживають німці і ладини, в Валле д'Аоста – франкомовне населення, у Фріулі-Венеції-Джулії – фріулі і словенці.

Власний статут має кожна область Італії, в якому відповідно до Конституції та законів республіки визначено основні принципи організації та функціонування регіону, як передбачено в ст. 123 Конституції Італії [19]. Регіональні статuti входять до правової системи держави. Статус регіону може змінитися тільки за його згоди і участі.

Регіони з особливим статусом володіють значними законодавчими і адміністративними повноваженнями в таких сферах, як освіта, охорона здоров'я, інфраструктура, і тому повинні фінансувати їх головним чином своїми власними ресурсами, тоді як в регіонах зі звичайним статусом витрати в основному оплачуються державою. Розширена форма автономії найбільше відчутна в податковій сфері. Так, Фріулі-Венеція-Джулія зберігає 60 % податків, що стягуються на території регіону, Сардинія – 70 %, Валле-д'Аоста і автономні провінції Тренто і Больцано – 90 % [12].

Одним з етапів регіоналізації стало прийняття закону «Регіональні норми з організації державного управління» 1975 р., який передавав частину державних функцій областям. Так, регіонам було виділено 25 % коштів з державного бюджету, передавалися повноваження, пов'язані із землекористуванням, регіони залучалися до планування народного господарства. До кінця 1980-х рр. регіональні інститути управління стали більш міцними і сприймалися як невід'ємний елемент політичного життя.

Перший закон конституційної реформи 1999 р. змінив виборчу систему виборів голів областей. Вони стали називатися губернаторами (що було запозичено з американської системи) і отримали великі повноваження щодо управління суспільними справами на місцевому рівні. Другий конституційний закон визначив принципи і форми функціонування нової децентралізованої системи і відносин між центральними і місцевими органами. Закон № 267/2000 про уніфіковані місцеві органи влади істотно наблизив конституційну реформу.

До конституційної реформи основна відмінність між особливими і звичайними областями полягала в тому, що статут звичайного регіону приймався і змінювався обласним законом, а особливий статут і всі його зміни приймалися конституційним законом.

Реформований розділ 5 Конституції Італії збільшив повноваження за звичайними статутами, особливо в сфері спільної юрисдикції держави і регіону. Це певною мірою зменшило відмінності між областями. Після поширення особливого статусу на всі сфери і закріплення за ними загальної компетенції ключова різниця між ними була знівельована, за винятком мовних і культурних особливостей таких областей, як, наприклад, Валле Д'Аоста.

Уперше в Конституції був встановлений автономний статус всіх регіонів (областей) (ст. 114) [19]. За регіонами закріплено нові повноваження, оспорування яких можливе тільки шляхом звернення до Конституційного суду.

Регіональні уряди відповідальні згідно з оновленою ст. 117 Конституції за виконання низки функцій (в сфері регіонального транспорту, екології туризму, освіти, культури). Центральний уряд може делегувати регіонам окремі повноваження (ст. 118) [19]. Однак останній володіє правом скасувати будь-яке рішення уряду регіону, а також правом розпустити регіональну раду. На відміну від федеративних держав, італійські регіони не мають прямого представництва в національному парламенті.

Тому на сьогодні одним з актуальних завдань італійського регіоналізму є реформування бікамералізму шляхом перетворення Сенату в повноцінну палату регіонів (як німецький бундесрат).

Розвиток конституційних положень забезпечив глибоку трансформацію територіального устрою унітарної Іспанії через створення 17 автономних співтовариств і двох автономних міст (Сеути і Мелільї). Відбувся подальший перерозподіл політичної та адміністративної влади між центральними органами та органами автономних утворень. Результатом цього процесу стало те, що Іспанія є однією з найбільш децентралізованих країн Європи. У кожному автономному співтоваристві діє свій статут автономії, затверджений органічним законом, який є основною інституційною нормою спільноти і регулює такі важливі аспекти, як організація та функціонування її парламенту і уряду, повноваження, прийняті на себе даною спільнотою, порядок управління, характерна символіка та інші особливості, включаючи мову або цивільне право, а також відносини з державою та іншими автономними співтовариствами. Розподіл повноважень між державою і автономними співтовариствами заснований на розмежуванні виняткових повноважень держави і автономних спільнот, спільних повноважень держави і автономних співтовариств і співпадаючих повноважень, які можуть здійснювати як держава, так і автономні співтовариства (розділ 8 Конституції 1978 р.) [19]. Виняткові повноваження як держави, так і автономних співтовариств означають законодавчу і виконавчу правосуб'єктність, тоді як спільні повноваження можуть припускати інший розподіл законодавчої та нормативної правоздатності між державою і автономними співтовариствами,

які у цих випадках зазвичай наділяються виконавчою правосуб'єктністю. У разі виникнення конфліктів повноважень рішення про їх врегулювання, як і в інших державах з децентралізованою політичною системою, приймаються Конституційним судом. Система управління автономними співтовариствами носить парламентський характер, при якому основними державними інститутами є парламент, президент спільноти і автономний уряд. В економічному і фінансовому плані автономні співтовариства мають у своєму розпорядженні широку автономію в управлінні, приймаючи власні річні бюджети і формуючи власну фінансову базу за допомогою встановлення податкових ставок, надбавок, спеціальних зборів і цінової політики [10].

Отже, виділимо основні характеристики держав, в яких внаслідок регіоналізації склався регіоналізм як особлива характеристика здійснення публічної влади:

- розподіл повноважень між державою і регіонами, наділення регіонів власною компетенцією, закріпленою в Конституції або в конституційних актах;
- наявність регіональних органів виконавчої і представницької влади, що обираються громадянами на прямих, вільних, рівних і таємних виборах;
- участь регіонів у формуванні верхньої палати загальнонаціонального бікамерального парламенту або частини монокамерального парламенту;
- участь регіональних утворень в діяльності центральних органів державної влади, а також у наднаціональних інтеграційних структурах;
- наявність у регіону власних фінансових ресурсів для реалізації повноважень, покладених на нього.

Висновки. Регіоналізація пов'язана з процесом перерозподілу ресурсів публічної влади (в тому числі владних повноважень) між різними рівнями і центрами публічної влади в двох напрямках: від держави – її внутрішнім утворенням (автономіям, суб'єктам федерації), а також від держави – до транскордонних структур і міжнародних центрів публічної влади (транс'європейські регіони, міжнародні організації, транснаціональні корпорації). Відповідно до документів Ради Європи та ЄС регіоналізмом є особлива політико-економічна система, при якій забезпечується особливий статус регіонів унітарної/федеративної держави в політичній системі країни при їх відносній економічній і фінансовій самостійності; участь регіонів у реалізації публічної влади, міжнародних зв'язках та розвитку європейської інтеграції. Регіоналізм виражається також у політиці, яка стимулює процес регіоналізації, наділення регіонів певним ступенем політичної самостійності. Регіоналізація пов'язана з прагненням і рухом регіонів до свободи самовизначення, самоврядування, збереження й поваги традиційної культури і їх своєрідних інститутів.

Список літератури

1. Бориславська О. М., Заверуха І. Б., Захарченко Е. М. Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України. Центр політико-правових реформ. Київ : Москаленко О. М., 2012. 212 с. URL: [https://despro.org.ua/media/upload/decentral_zac_ya_publ_chno_vladi_dosv_d_evropeyskih_derzhav_ta_perspektivi_ukra_ni\(2\).pdf](https://despro.org.ua/media/upload/decentral_zac_ya_publ_chno_vladi_dosv_d_evropeyskih_derzhav_ta_perspektivi_ukra_ni(2).pdf).

2. Василькова В. А. Регіоналізм та регіоналізація: поняття, дефінітивне визначення та співвідношення. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 4. С. 110–114.
3. Верменич Я. Концепт регіоналізму у сучасній термінопрактиці. *Регіональна історія України* : зб. наук. ст. 2014. Вип. 8. С. 19–54.
4. Закоморна К. О. До питання про визначення терміна «регіоналізація» в сучасній вітчизняній і зарубіжній доктрині. *Державне будівництво та місцеве самоврядування* : зб. наук. пр. Харків : Право, 2019. Вип. 38. С. 49–61. URL: <https://dbms.institute/wp-content/uploads/38.pdf>.
5. Маковський С. О. «Регіон», «регіоналізм», «регіоналізація» в європейському контексті: у пошуку оптимальної наукової дефініції. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2014. Вип. 118 (ч. I). С. 35–50.
6. Путятін Е. І. Регіоналізація та регіоналізм: сутність і теоретико-методологічні засади розвитку. *Науковий вісник Полтавського університету економіки і торгівлі. Сер.: Економічні науки*. 2013. № 2. С. 88–92.
7. Римаренко С. Регіоналізм та регіоналізація. *Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України*. 2006. Вип. 30(1). С. 344–350.
8. Bytiak Yu. P., Serohina S. H., Bodrova I., Chyrkin A., Shestopal S. Reform of decentralization and regional policy in the Visegrad. *Opcion*. 2019. Vol. 35. Issue 90-2. URL: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/30601>.
9. Тульчинский Р. Обгрунтування сутності теоретико-методологічних засад процесу регіоналізації. *Проблеми і перспективи економіки та управління*. 2017. № 4 (12). С. 123–127.
10. Schrijver F.J. Regionalism after regionalisation: Spain, France and the United Kingdom. Amsterdam: Vossiuspers, 2006. URL: https://pure.uva.nl/ws/files/4113642/143659_UBA002001773_08.pdf.
11. Arban E. Italian Regionalism and the Federal Challenge: thesis... PhD in Law. Ottawa, Canada, 2015. URL: https://ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/32537/1/Arban_Erika_2015_thesis.pdf.
12. Pajno S. Regionalism in the Italian constitutional System. *Diritto & questioni pubbliche*. No. 9/2009. Pp. 625–641. URL: http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2009_n9/05_studi-08_S_Pajno.pdf.
13. AER Statute (as adopted by the AER General Assembly 31 May 2017 in St Pölten (AU)). *Assembly of European Regions*. URL: <https://aer.eu/aer-statute/> (дата звернення: 02.06.2021).
14. Богатырева О. Н. Европейские модели регионализма: учеб. пособие. Екатеринбург : Изд-во Урал. ун-та, 2018. 171 с. URL: aevis.ru/upload/ckeditor/files/Богатырева_Европейские_модели+.pdf.
15. Досвід децентралізації у країнах Європи : зб. док. / пер. з іноз. мов ; заг. ред. В. Б. Проїсманна. Київ : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2015. 766 с. URL: <https://radaprogram.org/sites/default/files/publications/decentralization.pdf>.
16. Treaty Of Amsterdam Amending The Treaty On European Union, The Treaties Establishing The European Communities And Certain Related Acts. European Parliament. URL: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf>.
17. Крат М. Чому в Україні президент призначає голів державних адміністрацій? URL: <http://dialog.lviv.ua/chomu-v-ukrayini-prezident-priznachaye-goliv-derzhavnih-administratsiy/>.
18. The State of Regionalism in Europe / An AER Report / Part II: How do Regions look like in Europe? An overview for the 47 Member States of the Council of Europe. URL: <https://aer.eu/wp-content/uploads/2010/06/2010-06-state-of-regionalism-Part-2.pdf>.
19. Конституция Итальянской Республики. URL: <https://legalns.com/компетентные-юристы/правовая-библиотека/конституции-стран-мира/конституция-италии>.
20. Чиркін А. С. Конституційні засади організації місцевого самоврядування в Польщі, Угорщині, Чехії : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2017. 253 с. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/15242/1/Chirkin_2017_dis.pdf.
21. Конституція Бельгії (станом на 17.03.2021 р.). Legal Affairs and Parliamentary Documentation Department of the Belgian House of Representatives, D/2021/4686/04. URL: https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf (дата звернення: 22.05.2021).

22. Змінилася назва посади представника на рівні регіону. URL: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/fylkesmannen-blir-statsforvaltaren/id2775052/> (дата звернення: 02.06.2021).

23. Аллан-Дюпре Д. Тенденції децентралізації в країнах ОЕСР: порівняльний аналіз для України. URL: <https://www.oecd.org/regional/regional-policy/Тенденції-децентралізації-в-країнах-ОЕСР.pdf>.

References

1. Boryslavska, O.M., Zaverukha, I.B., Zakharchenko, E.M. (2012). Detsentralizatsiia publichnoi vlady: dosvid yevropeyskykh krain ta perspektyvy Ukrainy. Tsentralizatsiia ta perspektyvy Ukrainy. Kyiv: Moskalenko O. M. URL: [https://despro.org.ua/media/upload/decentral_zac_ya_publ_chno_vladi_dosv_d_evropeyskykh_derzhav_ta_perspektivi_ukra_ni\(2\).pdf](https://despro.org.ua/media/upload/decentral_zac_ya_publ_chno_vladi_dosv_d_evropeyskykh_derzhav_ta_perspektivi_ukra_ni(2).pdf) [in Ukrainian].

2. Vasylykova, V.A. (2012). Rehionalizm ta rehionalizatsiia: poniattia, definityvne vyznachennia ta spivvadoshennia. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*, issue 4, 110–114 [in Ukrainian].

3. Vermenych, Ya. (2014). Kontsept rehionalizmu u suchasni terminopraktytsi. *Rehionalna istoriia Ukrainy: zb.nauk.st*, issue 8, 19–54 [in Ukrainian].

4. Zakomorna, K.O. (2019). Do pytannia pro vyznachennia terminu «rehionalizatsiia» v suchasni vitchyzniansii i zarubizhni doktryni. *Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia: zb. nauk. pr.* Kharkiv: Pravo, issue 38, 49–61 [in Ukrainian].

5. Makovskiy, S.O. (2014). “Rehion”, “rehionalizm”, “rehionalizatsiia” v yevropeiskomu konteksti: u poshuku optymialnoi naukovoï definitsii. *Aktualni problemy mizhnarodnykh vidnosyn*, issue 118, 35–50 [in Ukrainian].

6. Putiatin, E.I. (2013). Rehionalizatsiia ta rehionalizm: sutnist i teoretyko-metodolohichni zasady rozvytku. *Naukovyi visnyk Poltavskoho universytetu ekonomiky i torhivli. Ser.: Ekonomichni nauky*, issue 2, 88–92 [in Ukrainian].

7. Rymarenko, S. (2006). Rehionalizm ta rehionalizatsiia. *Naukovi zapysky Instytutu politychnykh i etnonatsionalnykh doslidzhen im. I.F. Kurasa NAN Ukrainy*, issue 30(1), 344–350 [in Ukrainian].

8. Bytiak, Yu.P., Serohina, S.H., Bodrova, I., Chyrkin, A., Shestopal, S. (2019). Reform of decentralization and regional policy in the Visegrad. *Opcion*, vol. 35, issue 90-2. URL: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/30601>.

9. Tulchynskiy, R. (2017). Obruntuvannia sutnosti teoretyko-metodolohichnykh zasad protsesu rehionalizatsii. *Problemy i perspektyvy ekonomiky ta upravlinnia*, issue 4 (12), 123–127 [in Ukrainian].

10. Schrijver, F.J. (2006). Regionalism after regionalisation: Spain, France and the United Kingdom. *PhD thesis*. University of Amsterdam. Amsterdam: Vossiuspers. URL: https://pure.uva.nl/ws/files/4113642/143659_UBA002001773_08.pdf.

11. Arban, E. (2015). Italian Regionalism and the Federal Challenge. *PhD thesis*. Faculty of Law Common Law Section University of Ottawa. Ottawa, Canada. 2015. URL: https://ruor.uottawa.ca/bitstream/10393/32537/1/Arban_Erika_2015_thesis.pdf.

12. Pajno, S. (2009). Regionalism in the Italian constitutional System. *Diritto & questioni pubbliche*, 9/2009, 625–641. URL: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/05_studi-08_S_Pajno.pdf.

13. AER Statute (as adopted by the AER General Assembly 31 May 2017 in St Pölten (AU)). Assembly of European Regions. URL: <https://aer.eu/aer-statute/>.

14. Bogatyreva, O.N. (2018). Evropejskie modeli regionalizma. Ekaterinburg: Izd-vo Ural. un-ta. URL: aevis.ru/upload/ckeditor/files/Bogatyreva_Evropejskie_modeli+.pdf [in Russian].

15. Hroisman, V.B. (2015). Dosvid detsentralizatsii u krainakh Yevropy: zb. dok. Kyiv: Instytut zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy. URL: <https://radaprogram.org/sites/default/files/publications/decentralization.pdf> [in Ukrainian].

16. Treaty Of Amsterdam Amending The Treaty On European Union, The Treaties Establishing The European Communities And Certain Related Acts. European Parliament. URL: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf>.

17. Krat, M. (2016). Chomu v Ukraini prezident pryznachaie holiv derzhavnykh administratsii? URL: <http://dialog.lviv.ua/chomu-v-ukrayini-prezident-priznachaye-goliv-derzhavnih-administratsiy/> [in Ukrainian].

18. The State of Regionalism in Europe / An AER Report / Part II: How do Regions look like in Europe?/An overview for the 47 Member States of the Council of Europe. URL: <https://aer.eu/wp-content/uploads/2010/06/2010-06-state-of-regionalism-Part-2.pdf>.

19. Konstitucija Ital'janskoj Respubliki. URL: <https://legalns.com/компетентные-юристы/правовая-библиотека/конституции-стран-мира/конституция-италии> [in Russian].

20. Chyrkin, A.S. (2017). Konstytutsiini zasady orhanizatsii mistsevoho samovriaduvannia v Polshchi, Uhorschchyni, Chekhii. *Candidate's thesis*. Kharkiv. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/15242/1/Chirkin_2017_dis.pdf [in Ukrainian].

21. Konstytutsiia Belhii (stanom na 17.03.2021 r.). Legal Affairs and Parliamentary Documentation Department of the Belgian House of Representatives, D/2021/4686/04. URL: https://www.dekamer.be/kvvr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf.

22. Zminylyasia nazva posady predstavnyka na rivni rehionu. URL: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/fylkesmenn-blir-statsforvalteren/id2775052/>.

23. Allan-Diupre, D. (2018). Tendentsii detsentralizatsii v krainakh OESR: porivnialnyi analiz dlia Ukrainy. URL: <https://www.oecd.org/regional/regional-policy/Tendencii-decentralizatsii-v-krai'nah-OESR.pdf> [in Ukrainian].

Grynchak A. A., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of State Building Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: a.a.grynchak@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0003-1246-9968

Constitutional and legal principles of regionalization in European countries: structural and functional characteristics of the mechanism of public power

The article analyzes the basic principles of regionalization in European countries and highlights the key features of the mechanism of functioning of public authorities in the context of regionalization. The European experience convincingly shows that an effective decentralized system of territorial organization of public power and administration is an integral part of a modern democratic state governed by the rule of law. The institutional basis for such a system is effective local government and balanced regional development. Decentralization and regionalization are interconnected: regionalization cannot occur without decentralization. Regionalization is, in fact, decentralization, taking into account the regional characteristics of the state.

Based on the principle of division of powers, for each democratic state it is necessary to delineate the competence of public authorities. In turn, it is extremely important to determine the optimal level of concentration of power powers for each institutional link in the public power system - with the subsequent transfer of "excess" powers to the subjects as close as possible to the population, that is, their decentralization.

Regionalization means a way of defining and delimiting tasks and functions, in which most of them are transferred from the level of central bodies to a lower level and become their own tasks and powers of lower-level bodies, in particular, regions. Governance at the local level and in local affairs can be carried out in two ways: both by officials of the state apparatus appointed "from above", functioning "on the ground" (officials of state authorities), and by local governments and other entities authorized by the state. It can also be noted that the share of administrative activities is assigned to regional bodies or other state-authorized entities. This decentralization of power in the state contributes to the development of democracy, because there is an expansion of the influence of territorial communities, social groups and the public on the implementation of public functions of government in order to optimally meet the diverse needs of the population.

Regionalization is associated with the process of redistribution of public power resources (including power) between different levels and centers of public power in two directions: from the state to its internal

formation (autonomies, subjects of the federation), and also from the state to cross-border structures and international centers public authorities (trans-European regions, international organizations, transnational corporations). Regionalism should be understood as an interconnected political and economic system that ensures the special status of regional entities in the political system of the state, the participation of regions in the implementation of state power, European integration and international relations, their relative economic and fiscal independence in a unitary and/or federal state. Regionalism is also expressed in policies that stimulate the endowing the regions with a certain degree of political independence. Regionalism is associated with the desire and movement of regions towards freedom of self-government, preservation and respect of their traditional culture and peculiar institutions.

Keywords: regionalization; regionalism; decentralization.

Рекомендоване цитування: Гринчак А. А. Конституційно-правові засади регіоналізації у європейських країнах: структурно-функціональні характеристики механізму публічної влади. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 79–92. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238703>.

Suggested Citation: Grynchak, A.A. (2021). Konstytutsiino-pravovi zasady rehionalizatsii u yevropeiskykh krainakh: strukturno-funktsionalni kharakterystyky mekhanizmu publichnoi vlady [Constitutional and legal principles of regionalization in European countries: structural and functional characteristics of the mechanism of public power]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154*, 79–92. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238703> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 11.08.2021 р.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Угриновська Оксана Іванівна,
*кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри цивільного права та процесу,
Львівський національний університет
імені Івана Франка, Україна, м. Львів
e-mail: oksana.ugrunovska@gmail.com
ORCID 0000-0002-3642-5903*



Івашко Оксана Дмитрівна,
*магістр права,
Львівський національний університет
імені Івана Франка, Україна, м. Львів
e-mail: ivaoks23@gmail.com
ORCID 0000-0003-3062-7640*

doi: 10.21564/2414–990X.154.232853
УДК 347.952(477)

ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ГРОШОВІ КОШТИ ТА (АБО) МАЙНО ІНШИХ ОСІБ: ПОШУК ЗАКОНОДАВЧОГО КОМПРОМІСУ ТА ОГЛЯД ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ

На тлі вкрай низького рівня виконання судових рішень в Україні особливої актуальності набуває формування ефективного законодавчого інструментарію примусових заходів виконання судових рішень. Одним із дієвих способів захисту інтересів стягувача, який підвищує рівень

результативності виконання судових рішень майнового характеру та розширює можливості виконавчого провадження, є звернення стягнення на грошові кошти та (або) майно інших осіб.

У процесі дослідження інституту звернення стягнення на грошові кошти та (або) майно інших осіб виявлено низку законодавчих недоліків та з огляду на тенденції актуальної судової практики запропоновано шляхи їх усунення.

Ключові слова: виконавче провадження; звернення стягнення; арешт; звернення стягнення на майно та (або) кошти іншої особи; звернення стягнення на кошти особи, яка має заборгованість перед боржником.

Угрыновская О. И., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса, Львовский национальный университет имени Ивана Франко, Украина, г. Львов.

e-mail: oksana.ugrunovska@gmail.com ; ORCID 0000-0002-3642-5903

Ивашко О. Д., магистр права, Львовский национальный университет имени Ивана Франко, Украина, г. Львов.

e-mail: ivaoks23@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3062-7640

Обращение взыскания на имущество и/или денежные средства других лиц; поиск законодательного компромисса и обзор правоприменительной практики

В свете крайне низкого уровня исполнения судебных решений в Украине, формирование эффективного законодательного инструментария исполнения судебных решений становится особенно актуальным. Одним из эффективных способов защиты интересов должника, который повышает уровень эффективности исполнения судебных решений имущественного характера и расширяет возможности исполнительного производства, является обращение взыскания на имущество и / или денежные средства других лиц.

В процессе исследования института обращения взыскания на имущество и / или денежные средства других лиц был выявлен ряд законодательных недостатков и с учетом тенденций в нынешней судебной практике предложены пути их устранения.

Ключевые слова: исполнительное производство; обращение взыскания; наложение ареста; обращение взыскания на имущество и / или денежные средства другого лица; обращение взыскания на денежные средства лица, которое имеет задолженность перед должником.

Постановка проблеми. Виконавче провадження як завершальна стадія судового процесу передбачає примусове виконання рішень судів або інших органів. Виключно ефективно та своєчасне виконання судових рішень забезпечує дієвість механізму судового захисту. Так, невиконання остаточного судового рішення де-факто нівелює право на доступ до правосуддя, на чому неодноразово акцентував увагу Європейський суд з прав людини, рішення якого визнаються в Україні джерелом права. А проте в українських реаліях існує «хронічна» проблема невиконання або надмірно тривалого виконання судових рішень національних судів. Яскравим підтвердженням наявності системної проблеми невиконання судових рішень слугує кількість заяв «проти України», поданих до ЄСПЛ з цього питання у період із 1999 р. до 2017 р., яка дорівнює двадцяти дев'яти тисячам [1]. Разом з тим, як зазначається у рішенні «Бурмич та інші проти України», ситуація із виконанням рішень національних судів не налагоджується; натомість простежується стала тенденція до її подальшого погіршення [2, с. 8]. Дані офіційної статистики Мін'юсту демонструють, що дійсний рівень виконання в

Україні станом на 2019 р. складав 2,6 % [3]. Поряд із критично низьким рівнем виконуваності судових рішень в Україні йде поступове збільшення кількості боржників [4]. Таким чином, окреслена проблема неефективності національної системи виконання судових рішень потребує нагального вирішення, зокрема у частині правового регулювання. Принагідно зауважимо, що у справі «Півень проти України» ЄСПЛ зазначив, що недосконалість законодавства не може слугувати причиною невиконання судового рішення [5]. Саме тому законодавчий інструментарій примусових заходів виконання судових рішень повинен створювати передумови для їх ефективного, швидкого та якісного виконання.

Основним примусовим заходом виконання рішень майнового характеру є, безперечно, звернення стягнення, оскільки саме його застосування у кінцевому результаті забезпечує виконання рішення. За загальним правилом, передбаченим Законом України «Про виконавче провадження» (далі – Закон), примусове стягнення здійснюється за рахунок майна боржника. Водночас ч. 1 ст. 53 Закону вносить право виконавця звернути стягнення, по-перше, на майно боржника, що перебуває в інших осіб; а по-друге – на майно та кошти, що належать боржнику від інших осіб [6].

Таким чином, задля забезпечення максимальної результативності примусового виконання рішень, поряд із класичним варіантом застосування звернення стягнення до боржника, законодавець передбачає процедуру звернення стягнення на майно особи, яка не є учасником виконавчого провадження, але перебуває у правовідносинах із боржником – як правило, має перед ним зобов'язання майнового характеру.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання виконавчого провадження активно досліджують науковці-процесуалісти та практикуючі виконавці, зокрема А. О. Селіванов (А. О. Selivanov), С. Я. Фурца (S. Ja. Fursa), С. О. Белікова (S. O. Belikova), С. С. Бичкова (S. S. Bychkova), В. В. Кома-ров (V. V. Komarov), З. В. Маковецький (Z. V. Makovetskyi), М. М. Маль-ський (M. M. Malskyi), О. О. Снідевич (O. O. Snidevych), А. М. Авторгов (A. M. Avtorgov), О. Б. Верба-Сидор (O. B. Verba-Sydor), І. В. Жуковський (I. V. Zhukovskiy), В. А. Кройтор (V. A. Kroitor).

Проте дослідження інституту звернення стягнення на майно та (або) кошти інших осіб не є вичерпним. До слова, окремі питання звернення стягнення на майно та (або) кошти інших осіб аналізував у наукових працях Д. М. Сибільов (D. M. Sibilov).

Метою статті є вивчення законодавчого регулювання інституту звернення стягнення на майно та (або) кошти інших осіб через призму правозастосовної практики.

Виклад основного матеріалу.

I. Проблеми суб'єктного складу учасників даного виду звернення стягнення

Слід звернути увагу на те, що правовий статус іншої особи, на майно та (або) кошти якої може бути звернено стягнення, Законом не визначено.

Як слушно зазначає Д. М. Сібільов, цей суб'єкт не має навіть легального найменування. Використання терміна «боржник» для позначення *іншої особи* також видається помилковим, оскільки вона позбавлена формальних ознак боржника у розумінні ст. 15 Закону [7, с. 105].

У науковій літературі з метою уникнення використання громіздких конструкцій «особа, у якій перебуває майно боржника», «особа, від якої боржнику належать майно та (або) кошти» / «особа, яка має заборгованість перед боржником» запропоновано позначати їх умовним найменуванням «субборжник» [8, с. 63].

Щодо судової практики, то простежується сформована заявниками тенденція зазначати у поданих ними заявах потенційних «вторинних боржників» як «зацікавлених / заінтересованих осіб» [9; 10], що теж є не зовсім правильним, оскільки ні процесуальний закон, ні закон, що вносить виконавче провадження, не передбачає такого процесуального статусу.

Окрім цього, законодавець належним чином не врегулює питання прав особи, у якій перебуває майно боржника, та особи, від якої боржнику належать майно та (або) кошти, а також не відносить її ні до учасників виконавчого провадження, ні до осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій, перелік яких міститься у ст. 14 Закону.

Статтею 53 Закону встановлено обов'язок *іншої особи* надати виконавцю інформацію щодо майна боржника, яке вона у себе утримує; чи стосовно майна або коштів, які вона має передати боржнику [6].

У контексті з'ясування процесуального статусу *іншої особи*, на майно (кошти) якої звертається стягнення, слід звернути увагу на правову позицію Великої Палати Верховного Суду, відповідно до якої «...особа, яка має заборгованість перед боржником, одержує статус боржника в силу *ухвали суду, якою задоволено заяву стягувача*» [11]. А от Касаційний господарський суд Верховного Суду, погоджуючись із позицією Великої Палати Верховного Суду стосовно набуття особою, яка має заборгованість перед боржником, статусу боржника виключно у разі задоволення заяви стягувача, додатково зазначає, що ця особа де-факто користується визначеним Законом комплексом прав та обов'язків боржника ще *до моменту задоволення відповідної заяви стягувача* [12].

Отже, на особу, яка має заборгованість перед боржником, поширюється процесуальний статус боржника. Якщо керуватися зазначеними вище правовими позиціями, особа, яка має заборгованість перед боржником, фактично набуває процесуального статусу боржника з початку виконання постановленої судом ухвали про звернення стягнення на майно (кошти) особи, яка має заборгованість перед боржником. При цьому важко погодитися із позицією, висловленою КГС ВС, у розумінні якої особа, яка має заборгованість перед боржником, має права та обов'язки боржника ще до моменту дійсного набуття цього статусу, з огляду на те, що таке твердження суду не має законодавчої підстави.

З вищенаведеного вбачається, що на законодавчому рівні існує проблема визначення процесуального статусу *іншої особи*, яка, на нашу думку, потребує

нагального вирішення. Вважаємо, що з метою забезпечення єдності понятійного апарату визначати таких осіб слід як «інших осіб, на майно та (або) кошти яких звертається стягнення».

Окрім цього, законодавцю варто визначити процесуальний статус «іншої особи, на майно та (або) кошти якої звертається стягнення» та віднести її до законодавчого переліку учасників виконавчого провадження. У результаті *інша особа* буде наділена базовим комплексом прав та обов'язків учасника виконавчого провадження у рамках виконавчого провадження. Переконані у необхідності передбачити у Законі України «Про виконавче провадження» положення, що інша особа, на майно та (або) кошти якої звертається стягнення, користується усіма правами та обов'язками боржника. Принагідно зауважимо, що поширене у науковій літературі найменування «субборжник», вважаємо не зовсім коректним, оскільки інша особа, на майно та (або) кошти якої звертається стягнення, не завжди має заборгованість перед боржником у виконавчому провадженні. Тому термін «субборжник» не охоплює весь спектр передбачених законодавцем випадків, за яких можливим є звернення стягнення на майно та (або) кошти іншої особи.

Так, ст. 53 Закону України «Про виконавче провадження» передбачено два різні за правовою природою випадки, настання яких уможливорює звернення стягнення на майно *іншої особи*, яка не є боржником у виконавчому провадженні.

По-перше, ст. 53 унормовує алгоритм звернення стягнення на майно, власником якого є боржник, та яке з тих чи інших підстав, наприклад, у силу договірної зобов'язання на момент примусового виконання рішення перебуває у володінні та користуванні *іншої особи*. У даному разі, законодавець уповноважує виконавця самостійно, без дозволу суду, накладати арешт на майно, описувати, вилучати та реалізовувати його, що в сукупності і є зверненням стягнення.

По-друге, ст. 53 Закону у найбільш загальних рисах урегулює звернення стягнення на майно та (або) кошти, що належать боржнику від інших осіб. У цьому разі, йдеться про заборгованість *іншої особи* (на майно та (або) кошти якої звертається стягнення) *перед боржником*. Підставою виникнення заборгованості можуть слугувати будь-які невиконані або виконані частково договірні чи недоговірні зобов'язання. Заборгованість, як правило, повинна або підтверджуватися судовим рішенням, яке набрало законної сили, або ж не заперечуватися особою, яка має заборгованість перед боржником.

При цьому Закон уповноважує виконавця самостійно, без дозволу суду, звертати стягнення на майно та (або) готівку осіб, які належать боржнику від інших осіб. Натомість звернення стягнення на належні боржникові від інших осіб безготівкові кошти допускається тільки «*на підставі ухвали суду у порядку, встановленому цим Законом*» [6].

Однак деталізоване регулювання процедури звернення стягнення на грошові кошти, що належать іншим особам, встановлене не Законом України «Про виконавче провадження», а процесуальними кодексами. Так, нормою ч. 1 ст. 336

Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) та тотожною за змістом нормою ч. 1 ст. 440 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) передбачено право суду звернути стягнення на грошові кошти, які належать особі, яка має заборгованість перед боржником, на підставі заяви виконавця або стягувача [13; 14].

Не можна не звернути увагу на законодавчу суперечливість між ч. 4 ст. 53 Закону України «Про виконавче провадження» та ч. 1 статей 336 ГПК і 440 ЦПК України. Згідно із Законом ухвала суду є необхідною умовою звернення стягнення на грошові кошти іншої особи виключно у випадку їх перебування на рахунках у банках та інших фінансових установах. У свою чергу процесуальні кодекси – ГПК і ЦПК України у статтях 336 та 440 містять регулювання порядку звернення стягнення на грошові кошти іншої особи, без вказівки на їх безготівковість. Таким чином, сфера дії статей процесуальних кодексів є ширшою в порівнянні з тим, що передбачено положеннями Закону. Водночас, оскільки норма ч. 4 ст. 53 Закону має відсильний характер та не містить конкретизованого правового регулювання процедурних питань постановлення ухвали про звернення стягнення на кошти інших осіб, до конкретних правовідносин необхідно застосовувати спеціальні норми ст. 440 ЦПК (ст. 336 ГПК). З цього випливає, що як питання звернення стягнення на готівкові грошові кошти особи, яка має заборгованість перед боржником, так і питання звернення стягнення на грошові кошти цих осіб, які містяться на рахунках у фінансових установах, мають вирішуватися *судом*.

II. Дискреційні повноваження суду за результатами розгляду заяви про звернення стягнення на кошти особи, яка має заборгованість перед боржником

Згідно з ч. 7 ст. 440 ЦПК (ч. 7 ст. 336 ГПК) за результатами розгляду заяви про звернення стягнення на грошові кошти вторинного боржника *суд постановляє ухвалу* [13; 14].

При цьому ч. 2 ст. 440 ЦПК (ч. 2 ст. 336 ГПК) визначено перелік підстав для відмови у задоволенні заяви про звернення стягнення на грошові кошти особи, яка має заборгованість перед боржником, до яких належить пропуск заявником строку позовної давності для вимоги первинного боржника до вторинного, або строку пред'явлення до виконання виконавчого документа про стягнення коштів з такої особи на користь первинного боржника [13; 14].

Проте ситуації, за яких задоволення такої заяви з об'єктивних причин є неможливим, *не вичерпуються* передбаченими законодавцем випадками. У зв'язку із цим виникають проблеми, пов'язані із визначенням алгоритму дій суду. Тоді суд змушений або вдаватися до застосування аналогії закону і закривати провадження, або всупереч нормам ч. 2 ст. 336 ГПК та ст. 440 ЦПК України все ж відмовляти у задоволенні заяви.

Наприклад, ухвалою Червонозаводського районного суду м. Харкова у справі №646/304/19 від 11 листопада 2020 р. ініційоване стягувачем провадження у справі щодо звернення стягнення на кошти особи, яка має заборго-

ваність перед боржником, було закрито на підставі втрати заявником статусу стягувача у зв'язку із закінченням виконавчого провадження [15].

Господарський суд Черкаської області у справі № 925/1239/18 від 13 лютого 2020 р. суд закриття провадження з огляду на те, що *«інша особа, на майно та (або) кошти якої звертається стягнення, не має актуальної заборгованості перед боржником»* [16]. На перший погляд, суд дійсно не мав іншої процесуальної альтернативи, окрім закриття провадження. Однак існує й протилежна практика, за якої суд допускає розширювальне тлумачення ч. 2 ст. 336 ГПК та ч. 2 ст. 440 ЦПК України. Наприклад, Господарський суд м. Києва у справі № 910/15351/16 від 10 травня 2018 р., вказавши на недоведення стягувачем факту набрання законної сили рішенням, на підставі якого він просить звернути стягнення, відмовив у задоволенні заяви про звернення стягнення на кошти *іншої особи* [17].

Вирішуючи вищеописану проблему, зазначимо, що згідно із приписами процесуального закону – як ГПК, так і ЦПК України – застосування аналогії права або закону допускається тільки до «спірних відносин», під якими прийнято розуміти відносини, які є матеріальними за своїм змістом. Однак існує чимало ситуацій, коли єдиним можливим варіантом для правозастосовної практики є використання аналогії закону і у частині процесуальних відносин. Слід зауважити, що фактичне існування процесуальної аналогії у цивільному процесі беззаперечно визнається більшістю науковців-процесуалістів [18, с. 323].

Незважаючи на широку практику застосування «процесуальної аналогії», закриття провадження є інститутом позовного провадження, який насамперед вказує на відсутність спору про право, і тому – не може застосовуватися судом при вирішенні питання звернення стягнення на кошти інших осіб. Логічним процесуальним наслідком констатації судом недоведеності існування заборгованості вторинного боржника перед первинним, або її відсутності чи неактуальності, як і встановлення судом відсутності заборгованості первинного боржника перед стягувачем, є саме відмова у задоволенні заяви, а не закриття провадження. Отже, перелік підстав для відмови у задоволенні заяви про звернення стягнення на грошові кошти, які містяться на рахунках особи, на наше переконання, все ж є неповним, та не може трактуватися як вичерпний.

III. Проблеми звернення стягнення на кошти іншої особи в процедурі виконавчого провадження за виконавчими написами нотаріуса

У контексті розгляду питання про повноваження суду, до якого надійшла заява про звернення стягнення на кошти іншої особи, принагідно зауважимо, що суд, як правило, повертає без розгляду заяву, яка надійшла від виконавця або стягувача у рамках виконавчого провадження із виконання виконавчого напису нотаріуса [19].

Компетентним судом для розгляду заяв про звернення стягнення на кошти інших осіб згідно із ч. 1 ст. 440 ЦПК (ч. 1 ст. 336 ГПК) є суд, який розглядав справу як суд першої інстанції [13; 14]. Тим самим законодавець обмежив сферу дії інституту звернення стягнення на кошти інших осіб, оскільки за таких умов

неможливо звернути стягнення на майно та (або) кошти іншої особи у межах виконавчого провадження із примусового виконання виконавчого напису нотаріуса.

Таким чином, реалізація інституту звернення стягнення на кошти інших осіб можлива тільки при виконанні судових рішень.

IV. Процедура накладення арешту на грошові кошти інших осіб

Окремої уваги заслуговує питання накладення арешту на грошові кошти особи, яка має заборгованість перед боржником. Так, положеннями ч. 5 ст. 440 ЦПК України (ч. 5 ст. 336 ГПК України) унормовано право суду на підставі заяви стягувача накладати арешт на безготівкові грошові кошти особи, яка має заборгованість перед боржником [13; 14].

У розумінні вказаних вище статей процесуального закону арешт грошових коштів, які перебувають на рахунках (вкладах) чи на зберіганні у фінансових установах і належать особі, яка має заборгованість перед боржником, прирівнюється до заходів забезпечення позову, а отже, його метою є запобігання ускладнень реалізації звернення стягнення на майно особи, яка має заборгованість перед боржником, у разі задоволення судом заяви стягувача. Підставою для такого висновку слугує абзац 2 ч. 5 ст. 440 ЦПК (абзац 2 ч. 5 ст. 336 ГПК), яким передбачено застосування до правовідносин, які виникають у зв'язку із накладенням арешту на безготівкові кошти іншої особи, норм процесуальних кодексів, які врегульовують порядок накладення арешту при вжитті заходів забезпечення позову [13; 14].

Слід зазначити, що процедура накладення арешту на кошти особи, яка має заборгованість перед боржником, що передбачена процесуальними кодексами – ГПК та ЦПК України, відмінна від визначеної Законом України «Про виконавче провадження».

Так, відповідно до приписів ч. 10 ст. 56 Закону накладення арешту на кошти, які містяться на рахунках особи, яка має заборгованість перед боржником, є прерогативою виконавця, яку він може реалізувати самостійно або на підставі волевиявлення стягувача, що суперечить приписам цивільного та господарського процесуального закону, якими встановлено судовий порядок вирішення цього питання. Водночас такий арешт підлягає зняттю, якщо протягом встановленого законом строку стягувач не зніщить вирішення питання про звернення стягнення на арештовані кошти у судовому порядку [6].

На перший погляд, передбачений Законом арешт, з огляду на розміщення норми ч. 10 у статті, якою врегульовано порядок накладення арешту та вилучення майна (коштів), має відмінну правову природу від арешту, передбаченого процесуальними кодексами, та є початковим етапом звернення стягнення. Однак установлена ч. 10 ст. 56 Закону необхідність наступного судового санкціонування накладеного виконавцем арешту безапеляційно вказує на його забезпечувальну природу та першочергову мету попередити ускладнення виконання ухвали про звернення стягнення на кошти інших осіб у випадку її задоволення судом. Водночас забезпечувальний характер арешту коштів особи,

яка має заборгованість перед боржником, все таки не змінює його сутності, яка полягає у забороні відчуження та неможливості розпоряджатися арештованими коштами, у так званій «відсутності контролю» над своєю власністю.

Усе ж очевидним є існування законодавчої колізії між ч. 5 ст. 440 ЦПК (ч. 5 ст. 336 ГПК) та ч. 10 ст. 56 Закону у частині врегулювання процедури накладення арешту на кошти, що перебувають на рахунках у банках та інших фінансових установах та належній особі, яка має заборгованість перед боржником.

Зауважимо, що за загальним правилом закон вважається спеціальним щодо процесуальних кодексів у частині регулювання питань виконавчого провадження. Верховний Суд неодноразово вказував на те, що Закон України «Про виконавче провадження» є «...спеціальним законом, що регулює порядок вчинення виконавчих дій» [20; 21]. Однак вищеописану колізію слід вирішувати на користь норм ЦПК та ГПК з огляду на те, що питання про арешт коштів інших осіб у даному випадку вирішується судом господарської або цивільної юрисдикції та має забезпечувальний характер, у зв'язку з чим додатково врегульовується нормами процесуального закону про заходи забезпечення позову. До того ж, тільки норми процесуальних кодексів містять деталізоване врегулювання накладення арешту на кошти інших осіб, яке уможливорює його практичну реалізацію.

На наше переконання, до задоволення судом заяви про звернення стягнення на кошти, які містяться на рахунках осіб, які мають заборгованість перед боржником, накладення арешту на ці кошти повинно допускатися тільки *у одному разі*: заявник (стягувач) довів, що не накладення арешту спровокує реальну загрозу невиконання чи утруднення виконання потенційної ухвали про звернення стягнення на кошти особи, що має заборгованість перед боржником. Натомість, при застосуванні норми ч. 10 ст. 56 Закону і накладення виконавцем арешту на кошти, які містяться на рахунках особи, яка має заборгованість перед боржником, існує високий ризик необґрунтованого втручання у право власності *іншої особи*, у випадку якщо суд констатує відсутність підстав для задоволення заяви про звернення стягнення.

V. Можливості апеляційного та касаційного перегляду ухвал про звернення (відмову у зверненні) стягнення на майно та (або) кошти інших осіб

Уважаємо за необхідне звернути окрему увагу на недосконалість норми п. 30 ч. 1 ст. 353 ЦПК України (п. 28 ч. 1 ст. 255 ГПК України), якою встановлено можливість оскарження в апеляційному порядку окремо від рішення суду ухвали суду першої інстанції про звернення стягнення на грошові кошти, що належать іншим особам [13; 14]. При цьому право оскаржувати ухвалу про відмову у зверненні стягнення на грошові кошти, що належать іншим особам, окремо від рішення суду, не передбачено ні нормами ЦПК, ні нормами ГПК України. Але незазначення «ухвали про відмову у зверненні стягнення на грошові кошти інших осіб» у законодавчому переліку ухвал, які підлягають апеляційному оскарженню окремо від судового рішення, не може слугувати підставою для обмеження гарантованого на конституційному рівні права на

апеляційний перегляд як однієї з основних засад судочинства. Ба більше, як ухвала про звернення стягнення на грошові кошти іншої особи, так і ухвала про відмову у зверненні стягнення на грошові кошти іншої особи можуть бути оскаржені до суду касаційної інстанції.

Так, Верховний Суд у складі суддів об'єднаної палати Касаційного господарського суду дійшов висновку про те, що «відсутність *ухвали про відмову у зверненні стягнення на грошові кошти, що належать іншим особам*, у переліку ухвал, які можуть бути оскаржені окремо від рішення суду першої інстанції у апеляційному порядку (ч. 1 ст. 255 ГПК України), не може перешкоджати реалізації права особи на апеляційне та касаційне оскарження такої ухвали» [22].

Вищенаведене дає підстави для висновку, що об'єднана палата ВС вийшла за рамки наданих законом повноважень та створила нову норму процесуального права, якою розширила вичерпний перелік ухвал, які підлягають апеляційному оскарженню. На наше переконання, законодавча прогалина щодо неможливості апеляційного оскарження ухвали про відмову у зверненні стягнення на грошові кошти іншої особи повинна бути вирішена у площині законотворчості шляхом внесення відповідних змін до процесуальних кодексів.

VI. Проблемні питання предмета доказування у справах щодо звернення стягнення на майно та (або) кошти інших осіб

На наше переконання, особливої уваги також заслуговує питання виокремлення предмета доказування – переліку типових обставин, які повинні бути доведені чи спростовані при розгляді судом заяв про звернення стягнення на кошти особи, яка має заборгованість перед боржником.

При розгляді цієї категорії справ, по-перше, слід з'ясувати, чи дійсно суд, до якого подано заяву про звернення стягнення на кошти особи, яка має заборгованість перед боржником, *розглядав* справу як суд першої інстанції, що буде слугувати необхідною умовою для прийняття заяви до розгляду.

По-друге, для задоволення заяви про звернення стягнення на кошти особи, що має заборгованість перед боржником, слід достовірно встановити наявність заборгованості вторинного боржника перед первинним.

У правових позиціях Верховного Суду неодноразово було сформульовано, що предметом дослідження суду у цій категорії справ має бути факт наявності заборгованості, що підтверджується належними доказами, зокрема, це може бути відповідне рішення суду та факт беззаперечності заборгованості *особою*, якій належать кошти на які виконавець просить звернути стягнення [23; 24; 25].

Згідно із ч. 1 ст. 440 ЦПК України (ч. 1 ст. 336 ГПК України) суд вправі звернути стягнення на кошти вторинного боржника, якщо існування заборгованості не оспорується цією особою *або* доводиться судовим рішенням, яке набрало законної сили. Таким чином, диспозиція ч. 1 ст. 440 ЦПК (ч. 1 ст. 336 ГПК) містить виключний перелік доказів, які вважатимуться допустимими при доведенні факту наявності заборгованості: судові рішення, що набрало законної сили. Протиставний сполучник «або», використаний у диспозиції статті, свідчить про те, що навіть за відсутності судового рішення або будь-якого іншого

доказового матеріалу, для констатації судом факту існування заборгованості достатньо визнання вторинним боржником цього боргу, що цілком узгоджується із положеннями ст. 82 ЦПК, згідно із якою обставини, які визнаються учасниками справи, не підлягають доказуванню.

По-третє, необхідно з'ясувати факт наявності або відсутності виконавчого документа, за яким боржник виступає стягувачем. У разі з'ясування відсутності виконавчого документа, за яким боржник виступає стягувачем, суд повинен виключити підстави для відмови у задоволенні заяви, а саме: перевірити, чи не минув строк позовної давності для відповідної вимоги боржника до такої особи або строк на пред'явлення до виконання виконавчого документа про стягнення коштів з такої особи на користь боржника за судовим рішенням, що набрало законної сили. Слід звернути увагу на те, що з використаного законодавцем формулювання можна зробити висновок про те, що *пропуск строку позовної давності* для відповідної вимоги боржника до іншої особи, на кошти якої звертається стягнення, є *безумовною підставою для відмови у задоволенні заяви про звернення стягнення на кошти особи, яка має заборгованість перед боржником, та не потребує подання нею заяви про застосування строку позовної давності*.

У разі встановлення судом наявності виконавчого листа слід з'ясувати, чи не виконано судові рішення, яким підтверджується заборгованість вторинного боржника перед первісним боржником, оскільки залишення цього питання поза увагою суду може призвести до подвійного звернення стягнення на майно (кошти) *іншої особи*.

Актуальним є питання розподілу тягаря доказування у частині доведення стану виконання рішення суду у справі, стороною якої був вторинний боржник. Висловлюючись із цього приводу, КГС ВС, позиція якого викликає заперечення, наголосив на помилковості покладення нижчестоящими судами на стягувача тягаря доведення стану виконання рішення суду у цій же справі. Висновок суду аргументований тим, що «*особа, яка має заборгованість перед боржником, користуючись правами та обов'язками боржника, може заперечувати проти стягнення з неї коштів*» [12]. На наше переконання, у випадку, якщо звернення стягнення ініціює стягувач, саме він в силу принципу змагальності (відповідно до якого кожна сторона повинна довести обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень) повинен нести тягар доказування наявності заборгованості зі сторони боржника.

Також для констатації безспірності заборгованості та превенції передчасного звернення стягнення суд повинен перевірити, чи не оскаржується рішення, яким підтверджується заборгованість іншої особи, на кошти якої звернено стягнення, перед боржником. Однак процесуальним законом не визначено алгоритм дій суду у такій ситуації. Єдиним можливим варіантом є зупинення провадження шляхом застосування аналогії закону.

Підсумовуючи вищезазначене, підкреслимо, що правильне визначення кола питань, які підлягають обов'язковому з'ясуванню у ході розгляду заяви про звернення стягнення, є передумовою правильного вирішення судами питання

про звернення стягнення на майно (кошти) особи, яка має заборгованість перед боржником.

Висновки. Отже, звернення стягнення на майно та (або) грошові кошти *іншої особи*, яка не є учасником відповідного виконавчого провадження, за умови належного правового врегулювання та напрацювання судової практики, може слугувати дієвим способом захисту інтересів стягувача, а також пришвидшувати та спрощувати виконання судових рішень. Інститут звернення стягнення на майно інших осіб не є новелою національного законотворця, а передбачений процесуальними кодексами іноземних держав, наприклад, Італії (Codice di Procedura Civile, Art. 552, 553) [26], Великої Британії (Part 72 of the Civil Procedure Rules) [27], США (Section 5227 of Civil Practice Law & Rules) [28].

Іншу особу, на майно та (або) кошти якої звертається стягнення, варто віднести до законодавчого переліку учасників виконавчого провадження і передбачити, що вона користується усіма правами та обов'язками боржника.

У ході дослідження проілюстровано колізійність норм ч. 10 ст. 56 Закону України «Про виконавче провадження» та ч. 5 ст. 336 ГПК, 440 ЦПК (зміст яких є ідентичним) у частині накладення арешту на грошові кошти, які перебувають на рахунках (вкладах) чи на зберіганні у банках, інших фінансових установах і належать особі, яка має заборгованість перед боржником. Резюмовано, що у цьому разі, колізія повинна вирішуватися на користь норм процесуального законодавства. Окрім цього, накладення судом арешту на кошти, що містяться на рахунках осіб, які мають заборгованість перед боржником, повинно допускатися виключно за умови доведення заявником, що не накладення арешту спровокує реальну загрозу невиконання чи утруднення виконання потенційної ухвали про звернення стягнення на грошові кошти особи, що має заборгованість перед боржником.

Перелік підстав для відмови у задоволенні заяви про звернення стягнення на грошові кошти особи, яка має заборгованість перед боржником, неповний, і потребує розширювального тлумачення. Логічним процесуальним наслідком констатації судом недоведеності існування заборгованості вторинного боржника перед первинним, або її відсутності чи неактуальності, є саме відмова у задоволенні заяви.

Предметом доказування при розгляді заяви про звернення стягнення на грошові кошти особи, яка має заборгованість перед боржником є таке:

- 1) встановлення наявності заборгованості вторинного боржника перед первинним на підставі судового рішення, яке набрало законної сили або факту беззаперечності заборгованості особою, якій належать кошти, на які заявник просить звернути стягнення;
- 2) з'ясування факту наявності або відсутності виконавчого документа, за яким боржник виступає стягувачем;
- 3) встановлення обставин виконання виконавчого документа, за яким боржник виступає стягувачем;

4) перевірка строку на пред'явлення до виконання виконавчого документа про стягнення коштів з іншої особи, на майно та (або) кошти якої звертається стягнення на користь боржника за судовим рішенням, що набрало законної сили;

5) перевірка строку позовної давності для відповідної вимоги боржника до вторинного боржника.

Як засвідчує судова практика суду касаційної інстанції, недосконалість норми п. 30 ч. 1 ст. 353 ЦПК України (п. 28 ч. 1 ст. 255 ГПК України) не є перешкодою для апеляційного перегляду та касаційного оскарження ухвали про відмову у зверненні стягнення на грошові кошти осіб, які мають заборгованість перед боржником. Це питання може бути вирішено виключно шляхом унесення змін до процесуальних кодексів.

Список літератури

1. Бурмич та інші проти України : Рішення ЄСПЛ у справі від 12.10.2017 р. (заява № 46852/13). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192193>.

2. Аналіз Національної стратегії «Розв'язання проблеми невиконання рішень судів, боржниками за якими є державний орган або державне підприємство, установа, організація, на період до 2022 року» та Плану заходів щодо її реалізації. Київ : Council of Europe, 2021. 19 с. URL: <https://rm.coe.int/analysis-burmych-national-strategy-r-sydorovych-ukr/1680a23cce>.

3. Про виконавче провадження : Пояснювальна записка до проекту Закону України від 23.06.2020 р. № 3726. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/G102510A.html (дата звернення: 18.04.2021).

4. За рік кількість людей з боргами в Україні зростає на 300 тисяч (за даними статистики). URL: <https://opendatabot.ua/analytics/502-debtors-2020> (дата звернення: 30.04.2021).

5. Півень проти України : Рішення ЄСПЛ у справі від 29.06.2004 р. (заява № 56849/00). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_222#Text.

6. Про виконавче провадження : Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII. Дата оновлення: 23.04.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text> (дата звернення: 30.04.2021).

7. Сібільов Д. М. Правосуб'єктність субборжників у виконавчому провадженні. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. 2016. Вип. № 2 (1). С. 104–107.

8. Костинський Я. О. Особливості повноважень суду у виконавчому провадженні. *Цивільно-процесуальна думка*. 2017. № 1. С. 60–65.

9. Ухвала Бердянського міськрайонного суду Запорізької області від 27 листопада 2020 р., судова справа № 310/2910/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93195056> (дата звернення: 30.04.2021).

10. Ухвала Господарського суду Харківської області від 28 вересня 2020 р., судова справа № 922/2765/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91841596> (дата звернення: 30.04.2021).

11. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 8 листопада 2019 р., судова справа № 910/7023/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85806550> (дата звернення: 30.04.2021).

12. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 13 жовтня 2020 р., судова справа № 913/526/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92252474> (дата звернення: 30.04.2021).

13. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06.11.1991 р. № 1798-XII. Дата оновлення: 16.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення: 29.04.2021).

14. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. Дата оновлення: 13.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 30.04.2021).

15. Ухвала Червонозаводського районного суду м. Харкова від 11 листопада 2020 р., судова справа № 646/304/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92836772> (дата звернення: 29.04.2021).

16. Ухвала Господарського суду Черкаської області від 13 лютого 2020 р., судова справа № 925/1239/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87601271> (дата звернення: 30.04.2021).

17. Ухвала Господарського суду міста Києва від 10 травня 2018 р., судова справа № 910/15351/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73988830> (дата звернення: 30.04.2021).

18. Братель О. Г. «Процесуальна аналогія» як об'єктивна дійсність сучасного цивільного судочинства України. *Проблеми цивільного права та процесу* : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 27 трав. 2016 р.). Харків : ХНУВС, 2016. С. 323–326. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/187224346.pdf#page=323>.

19. Ухвала Господарського суду міста Києва від 14.08.2020 р., судова справа № 910/11655/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90988569> (дата звернення: 30.04.2021).

20. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 20 травня 2021 р., судова справа № 727/9423/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97077195> (дата звернення: 18.05.2021).

21. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 14 квітня 2021 р., судова справа № 923/566/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96243461> (дата звернення: 30.04.2021).

22. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів об'єднаної палати Касаційного господарського суду від 17 квітня 2020 р., судова справа № 910/5300/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88954390> (дата звернення: 30.04.2021).

23. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 23 липня 2018 р., судова справа № 925/1048/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75501280> (дата звернення: 26.04.2021).

24. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 10 липня 2019 р., судова справа № 912/2199/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82937744> (дата звернення: 30.04.2021).

25. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 1 серпня 2019 р., судова справа № 927/313/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83412988> (дата звернення: 30.04.2021).

26. Giacomo Oberto. An Outline of the Italian System of Enforcement Proceedings in Civil Matters. 2003. URL: <https://www.giacomooberto.com/enforcement/reportoberto.htm#par10>.

27. Civil Procedure Rules, Practice Direction 72 – Third Party Debt Orders. URL: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part72/pd_part72 (дата звернення: 30.04.2021).

28. Civil Practice Law & Rules. Section 5227 Payment of debts owed to judgment debtor. URL: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/CVP/5227> (дата звернення: 30.04.2021).

References

1. Burmych ta inshi proty Ukrainy: Judgment of the European Court of Human Rights of 12.10.2018 r., (No. 46852/13). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192193> [in Ukrainian].

2. Analiz Natsionalnoi stratehii "Rozv'iazannia problemy nevykonannia rishen sudiv, borzhnykamy za yakymy ye derzhavnyi orhan abo derzhavne pidpriemstvo, ustanova, orhanizatsiia, na period do 2022 roku" ta Planu zakhodiv shchodo yii realizatsii. (2021). Kyiv: Souncil of Europe. URL: <https://rm.coe.int/analysis-burmcyh-national-strategy-r-sydorovych-ukr/1680a23cce> [in Ukrainian].

3. Poiasniuvalna zapyska do proiektu Zakonu Ukrainy "Pro vykonavche provadzhennia" vid 23.06.2020 r. № 3726. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI02510A.html [in Ukrainian].

4. Za rik kilkist liudei z borhamy v Ukraini zrosla na 300 tysiach (za danymy statystyky). URL: <https://opendatabot.ua/analytics/502-debtors-2020> [in Ukrainian].

5. Piven proty Ukrainy: Judgment of the European Court of Human Rights of 29.06.2004 r., (No. 56849/00). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_222#Text [in Ukrainian].

6. Pro vykonavche provadzhennja: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 r. № 1404-VIII. (2016). Data onovlennja: 23.04.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text> [in Ukrainian].
7. Sibilov, D.M. (2016). Pravosub'iektnist subborzhnykiv u vykonavchomu provadzhenni. *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu, issue 2 (1), 104–107* [in Ukrainian].
8. Kostynskyi, Ya.O. (2017). Osoblyvosti povnovazhen sudu u vykonavchomu provadzhenni. *CTsyvilistychna protsesualna dumka, 1, 60–65* [in Ukrainian].
9. Ukhvala Berdianskoho miskraionnoho sudu Zaporizkoi oblasti vid 27 lystopada 2020 r., sudova sprava № 310/2910/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93195056> [in Ukrainian].
10. Ukhvala Hospodarskoho sudu Kharkivskoi oblasti vid 28 veresnja 2020 r., sudova sprava № 922/2765/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91841596> [in Ukrainian].
11. Postanova Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu vid 8 lystopada 2019 r., sudova sprava № 910/7023/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85806550> [in Ukrainian].
12. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 13 zhovtnja 2020 r., sudova sprava № 913/526/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92252474> [in Ukrainian].
13. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06.11.1991 r. № 1798-XII. (1991). Data onovlennja: 16.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> [in Ukrainian].
14. Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy vid 18.03.2004 r. № 1618-IV. (2004). Data onovlennja: 13.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> [in Ukrainian].
15. Ukhvala Chervonozavodskoho raionnoho sudu m. Kharkova vid 11 lystopada 2020 r., sudova sprava № 646/304/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92836772> [in Ukrainian].
16. Ukhvala Hospodarskoho sudu Cherkaskoi oblasti vid 13 ljutogo 2020 r., sudova sprava № 925/1239/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87601271> [in Ukrainian].
17. Ukhvala Hospodarskoho sudu mista Kyieva vid 10 travnja 2018 r., sudova sprava № 910/15351/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73988830> [in Ukrainian].
18. Bratel, O.H. (2016). „Protseualna analohiia” yak ob'iektivna diisnist suchasnoho tsyvilnoho sudochynstva Ukrainy. *Problemy tsyvilnoho prava ta protsesu : materialy nauk.-prakt. konf (m. Kharkiv, 27 trav. 2016 r.) – Problems of civil law and procedure: Proceedings of the Conference Title*. Kharkiv: HNUVS, 23–326. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/187224346.pdf#page=323> [in Ukrainian].
19. Ukhvala Hospodarskoho sudu mista Kyieva vid 14.08.2020 r., sudova sprava № 910/11655/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90988569> [in Ukrainian].
20. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Pershoi sudovoi palaty Kasatsiinoho tsyvilnoho sudu vid 20 travnja 2021 r., sudova sprava № 727/9423/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97077195> [in Ukrainian].
21. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 14 kvitnja 2021 r., sudova sprava № 923/566/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96243461> [in Ukrainian].
22. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv ob'iednanoi palaty Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 17 kvitnja 2020 r., sudova sprava № 910/5300/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88954390> [in Ukrainian].
23. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 23 lypnja 2018 r., sudova sprava № 925/1048/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75501280> [in Ukrainian].
24. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 10 lypnja 2019 r., sudova sprava № 912/2199/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82937744> [in Ukrainian].
25. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 1 serpnja 2019 r., sudova sprava № 927/313/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83412988> [in Ukrainian].
26. Giacomo Oberto. (2003). An Outline of the Italian System of Enforcement Proceedings in Civil Matters. URL: <https://www.giacomooberto.com/enforcement/reportoberto.htm#par10> [in English].

27. Civil Procedure Rules, Practice Direction 72 – Third Party Debt Orders. URL: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part72/pd_part72 [in English].

28. Civil Practice Law & Rules. Section 5227 Payment of debts owed to judgment debtor. URL: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/CVP/5227> [in English].

Uhrynovska O. I., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Civil Law and Procedure, Ivan Franko National University of Lviv, Lviv, Ukraine.

e-mail: oksana.ugrunovska@gmail.com ; ORCID 0000-0002-3642-5903

Ivashko O. D., Master of Laws, Ivan Franko National University of Lviv, Lviv, Ukraine.

e-mail: ivaoks23@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3062-7640

Claiming for recovery of funds and (or) property of others: search for legislative compromise and review of law enforcement practice

In the light of extremely low level of enforcement of court decisions in Ukraine, the formation of effective legal instruments of coercive judgment enforcement measures is getting particularly important. One of the most effective ways to protect the interests of the claimant, which increases the effectiveness of execution of a court decision of a property nature and expands the possibilities of enforcement proceedings, is to claim for recovery of money and (or) property of others. This legal institution allows the enforcement of money and (or) property of another person who is not a party to the enforcement proceedings, but either holds the property or has a debt to the debtor.

The article describes the issue of legislative uncertainty of the procedural status of another person whose property and (or) funds are being recovered and formulates ways to resolve it. A number of collisions between the Civil and Commercial Procedural Codes and the Law of Ukraine “On Enforcement Proceedings” were revealed in terms of legal regulation of the institution of claim for recovery of property of others, in particular in terms of seizure of funds of a person in debt to the debtor. It is proposed to resolve the identified collisions in favor of procedural codes. The legal nature of the arrest, which is imposed on the money of another person in the recovery procedure, is determined. On the example of case law, the discretionary power of the court in considering claims for recovery of funds of a person who owes money to the debtor are analyzed, and the incompleteness of the legislative list of grounds for refusal to satisfy the application for recovery is stated. Attention is drawn to the imperfection of the procedural codes in terms of regulating the possibility to appeal to Court of Appeal and Court of Cassation judgements issued as a result of consideration of claims for recovery of funds of a person who has debts to the debtor. Through the prism of law enforcement practice, the subject of proof in the consideration of applications for recovery of funds of persons who have debts to the debtor and clarifies the distribution of the burden of proof in this category of cases.

Keywords: enforcement proceedings; claim for recovery; arrest; claim for recovery of property and (or) funds of another person; claim for recovery of the funds of a person who has a debt to the debtor.

Рекомендоване цитування: Утриновська О. І., Івашко О. Д. Звернення стягнення на грошові кошти та (або) майно інших осіб: пошук законодавчого компромісу та огляд правозастосовної практики. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 93–108. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.232853>.

Suggested Citation: Uhrynovska, O.I., Ivashko, O.D. (2021). Zvernennia stiahnennia na hroshovi koshty ta (abo) maino inshykh osib: poshuk zakonodavchoho kompromisu ta ohliad pravozastosovnoi praktyky [Claiming for recovery of funds and (or) property of others: search for legislative compromise and review of law enforcement practice]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 93–108*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.232853> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 08.06.2021 р.



Уразова Ганна Олександрівна,
кандидатка юридичних наук,
асистентка кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет імені
Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: annaurazova@ukr.net
ORCID 0000-0003-3588-518X

doi: 10.21564/2414–990X.154.233378
УДК 347.1

ПРАВОВА ПРИРОДА ФІДУЦІАРНОГО ОБОВ'ЯЗКУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Різноманітність фидуціарних правовідносин у цивільному праві України вимагає дослідження їх окремих елементів, зокрема, фидуціарного обов'язку. Метою цієї статті є з'ясування правової природи останнього задля уникнення юридичної невизначеності, яка призводить до виникнення складнощів у правозастосуванні та неефективного правового захисту порушених прав особи через невиконання або неналежне виконання щодо неї такого обов'язку.

Проаналізовано такі поняття, як «fides», «fiducia», цивільний обов'язок. Установлено, що перші у римському праві мали декілька значень, однак головне – це довіра учасників цивільних правовідносин один до одного. Друге необхідно розуміти як належну поведінку суб'єкта цивільних відносин, зміст та модель якої визначені вимогами норми права, заповітом, або уповноважених правочинном чи іншим юридичним фактом осіб.

З'ясовано, що фидуціарний обов'язок – це належна поведінка суб'єкта довірчих правовідносин, що обумовлена укладенням деяких договорів (наприклад, доручення, управління майном, спільної діяльності, надання адвокатських послуг та ін.) або настанням юридичних фактів (обрання органу або особи юридичної особи, який (яка) має право виступати від її імені, встановлення опіки або піклування, смерть фізичної особи та ін.).

Ключові слова: фидуція; фидуціарний обов'язок; довіра; правовідносини; правова природа.

Уразова А. А., кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: annaurazova@ukr.net ; ORCID 0000-0003-3588-518X

Правовая природа фидуциарной обязанности в гражданском праве Украины

Разнообразие фидуциарных правоотношений в гражданском праве Украины требует исследования их отдельных элементов, в частности, фидуциарной обязанности. Целью данной статьи является выяснение последней во избежание юридической неопределенности, которая приводит к возникновению сложностей в правоприменении и неэффективной правовой защите нарушенных прав лица вследствие невыполнения или ненадлежащего выполнения по отношению к нему такой обязанности.

Анализируются такие понятия, как «fides», «fiducia», обязанность в гражданском праве. Установлено, что первые в римском праве имели несколько значений, однако главное – это доверие участ-

ников гражданских правоотношений друг к другу. Второе необходимо понимать как надлежащее поведение субъекта гражданских отношений, содержание и модель которого определены требованиями нормы права, завещанием, или уполномоченных сделкой или иным юридическими фактами лиц.

Выяснено, что фидуциарная обязанность – это надлежащее поведение субъекта доверительных правоотношений, обусловленное заключением некоторых договоров (например, поручения, управления имуществом, совместной деятельности, предоставления адвокатских услуг и т.д.) или наступлением юридических фактов (например, избрание органа или лица юридического лица, который (которое) вправе выступать от ее имени, установление опеки или попечительства, смерть физического лица и др.).

Ключевые слова: фидуция; фидуциарная обязанность; доверие; правоотношения; правовая природа.

Постановка проблеми. У цивільному праві існують різні види правовідносин, серед яких фідучіарні. Їх особливістю є те, що вони засновані на довірі учасників один до одного. Як і всі цивільні правовідносини, фідучіарні мають свій зміст. Це фідучіарні права та обов'язки їх учасників. Останні будуть предметом дослідження цієї статті, оскільки набули широкого розповсюдження в багатьох інститутах цивільного права України та в судовій практиці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз сучасних вітчизняних цивілістичних праць свідчить про те, що тема фідучіарного обов'язку порушувалася неодноразово, зокрема, у дослідженнях, пов'язаних із фідучіарними правовідносинами, притягненням до цивільно-правової відповідальності посадових осіб юридичних осіб, перевищенням повноважень представником під час вчинення правочину, з вивченням цивільно-правової категорії відмови від суб'єктивних цивільних прав та ін. Між тим правова природа фідучіарного обов'язку не була належно проаналізована українськими цивілістами.

Утім, більшу чи меншу увагу аналізу питань, пов'язаних з фідучіарним обов'язком, приділяли такі вітчизняні та зарубіжні вчені і практики, як Р. А. Майданік (R. A. Maidanik) [1], О. Р. Кібенко (O. R. Kibenko) [2], А. К. Bucholtz, А. В. Carroll [3], Р. D. Finn [4], А. Dignam, J. Lowry [5] та ін.

Метою статті є з'ясування правової природи фідучіарного обов'язку, що дозволить уникнути юридичної невизначеності, яка призводить до виникнення складнощів у правозастосуванні і як наслідок, неефективного правового захисту порушених прав особи через невиконання або неналежне виконання щодо неї такого обов'язку.

Виклад основного матеріалу. З'ясування сутності поняття «фідучіарний обов'язок» вимагає передусім розгляду таких понять, як «fides», «fiducia».

Справді, формування більшості основоположних понять і категорій цивільного права, зокрема, добросовісність, чесність, справедливість, гідність, бере свій початок з римського права. Останнє ж розвивалось на основі моральних цінностей, які для римського суспільства мали велике значення. Так, у літературі зазначається, що саме в давньоримській духовній традиції виникли та культивувалися такі категорії, як вірність своїй сім'ї та роду, державі, договору. Ці категорії стояли на таких стовпах, як особиста скромність, повага дітей до батьків, піклування батьків про дітей, можновладців про підлеглих, ощадливість, совість і сором [6, с. 133].

Це ж стосується і такої моральної категорії, як *fides*, що означає віру, доручення, довіру [7, с. 53]. Поступово вона почала набувати й юридичного сенсу, оскільки віра самому собі та своєму чесному слову були засадами цивільних правовідносин. Так, Е. Франкель (E. Fraenkel), який досліджував давньоримські тексти, присвячені поняттю *fides*, прийшов до висновку, що в літературі республіканського періоду це поняття набуває істинного й найбільш точного значення, яке закріпилося за ним на всі часи: гарантія, порука, обіцянка, надійність, вірність, вірогідність, достовірність. Тобто гарантії у широкому сенсі цього слова, будь-то дія чи обіцянка чи певні правові відносини між особами [8, с. 187].

Крім того, в літературі наголошується, що за допомогою *fides* позначається якість (особистості) того, кому довіряють або, точніше кажучи, – характер його ставлення до того – іншого, який йому протистоїть, однак не психічна діяльність і не настрій довірителя [8, с. 188].

Отже, поняття «*fides*» у юридичній площині можна розуміти у двох значеннях. Відповідно, у першому – це правомірна дія або стан, тобто гарантії, які надають особі впевненості у порядності іншої сторони. У другому – це характер ставлення однієї особи до іншої, яке виникає внаслідок настання певних юридичних фактів (наприклад, укладення деяких договорів, установлення опіки або піклування та ін.).

У сучасній цивілістиці існує правовий принцип «*uberrima fides*», що означає найвищу довіру або добросовісність сторін у договорі страхування. Його суть полягає в тому, що всі сторони договору повинні укласти його добросовісно, надаючи один одному повну інформацію про всі суттєві факти. Так, у страхувальника є переддоговірний обов'язок у наданні страховику достовірних відомостей про об'єкти страхування і фактори ризику [9]. Водночас страховик повинен переконатися, що потенційний договір відповідає потребам та вигодам страхувальника. Отже, видається, що зазначений принцип відображає перший підхід розуміння поняття «*fides*», тобто є правомірною дією (надання достовірних відомостей), внаслідок вчинення якої інша сторона договору може достовірно оцінити всі ризики договору страхування.

Інше поняття «*fiducia*» також бере свій початок з римського права. Так, Гай (Gai) виокремлює два види фідучійної угоди: з другом – *fiducia cum amico* та з кредитором – *fiducia cum creditore (contracta)*. У першому випадку *fiducia* оформлювала договори поклажі, позики, доручення, у другому – слугувала встановленню реальної гарантії зобов'язання. Ця функціональна диференціація вторинна, оскільки структура договору у всіх випадках однакова. Особа (фідучіарій, *fiduciarius*), яка отримала річ, стає своєрідним довірчим власником і зобов'язується при певних умовах повернути річ кредитору (фідучіанту, *fiducians*) [10, с. 562]. Спочатку обов'язок фідучіарія (повернення речі) забезпечувався тільки чесністю, вірністю своєму слову кредитора, з одного боку, і довірою до нього боржника – з іншого (*fides*) [11, с. 245]. Тобто такі відносини ґрунтувалися тільки на чесності і довірі сторін. Пізніше фідучіант, який виконав договір, мав право пред'явити спеціальний позов (*actio fiduciae*) проти фідучіа-

рія, якщо останній всупереч угоді відмовлявся повернути річ. Цей позов – один з найдавніших позовів доброї совісті (*bonae fidei*). Становище судді тут вільніше, бо вже в інтенції йому пропонується вирішити справу по добрій совісті – *ex fide bona* [11, с. 246].

Таким чином, під поняттям «*fiducia*» в римському праві необхідно розуміти, по-перше, цивільно-правові договори, які базувалися на довірі однієї сторони до іншої (угоди з другом). До них належать: договір поклажі (зберігання), позики, доручення. По-друге, договір, яким забезпечувалось виконання зобов'язання у формі закладу, оскільки *fiducia* слугувала реальною гарантією забезпечення виконання зобов'язання. Інколи в літературі сутність фідучії розкривається як стародавня форма закладу, побудованого на довірі, коли закладена річ вважалась власністю кредитора [12, с. 230]. Тобто можливе і третє значення фідучії як стародавньої форми закладу, побудованої на довірі.

Підсумовуючи, можна зазначити, що поняття «*fides*», «*fiducia*» є моральними категоріями, які згодом набули й юридичного сенсу. Незважаючи на багатогранність аналізованих понять, їх головною ознакою, яка набула поширення і в сучасному цивільному праві, є довіра учасників цивільних правовідносин один до одного.

З'ясування сутності вищезазначених понять дає можливість стверджувати, що фідучіарний обов'язок – це довірчий обов'язок або обов'язок, що заснований на довірі.

Загалом юридичний обов'язок традиційно в юриспруденції розуміється як вид і міра належної поведінки суб'єкта права. У цивілістиці немає єдиного підходу до визначення цивільного обов'язку. Так, одні вчені вважають, що це об'єктивна необхідна поведінка, яка отримала правову регламентацію [13, с. 619–620; 14, с. 20]. Інші – вид і міра належної та необхідної поведінки, що обумовлена законними вимогами уповноваженої особи, виконання якої підлягає у порядку, спосіб та межах, визначених правовою нормою та/або договором (одностороннім правочином) чи іншим регулятором, і забезпечується засобами примусу та заохочення [15, с. 5–6].

Отже, цивільний обов'язок є різновидом юридичного з притаманними йому особливостями галузевого характеру.

У судовій практиці цивільний обов'язок визначається як вимога від суб'єкта цивільного права певних дій (або невиконання дій), забезпечена можливістю правового спонукання до належної поведінки. Зміст цивільного обов'язку становлять такі вимоги: поведінка зобов'язаної особи визначена вимогами норми права або уповноважених осіб; у разі невиконання цивільного обов'язку забезпечується вимогою (рішенням) суду виконати цей обов'язок [16].

Таким чином, КГС ВС цивільний обов'язок визначає крізь призму поняття «вимога». Вимога в цивільному праві розглядається з двох боків, по-перше, як право вимоги кредитора (суб'єктивне цивільне право) і складова змісту зобов'язальних правовідносин та, по-друге, як об'єкт цивільних прав [17, с. 22]. Вочевидь, малася на увазі вимога як право кредитора вимагати від зобов'язаної особи (боржника) здійснення або утримання від здійснення певної дії (дій).

Вважаємо такий підхід прийнятним. Однак, враховуючи те, що цивільні правовідносини різноманітні, постає питання: чи можна вважати запропоноване визначення обов'язку універсальним?

Безсумнівно, у зобов'язальних правовідносинах, де кожний учасник для здійснення свого права управлений вимагати у зобов'язаної особи виконання її обов'язку (вчинити дію або утриматися від її вчинення), обов'язок необхідно розуміти крізь призму поняття «вимога». Оскільки зобов'язання в цивільному праві поділяються на договірні та недоговірні, відповідно, вимога управленої особи ґрунтується на положеннях договору або закону.

У речових правовідносинах, де особа, наприклад, власник, має право самостійно володіти, користуватись та розпоряджатись майном, а обов'язок інших (невизначеного кола осіб) – не заважати їй у здійсненні її прав, останній безпосередньо не є вимогою власника, однак впливає з аналізу гл. 23 ЦК. Отже, така вимога визначається нормами права, а тому цивільний обов'язок у зазначених правовідносинах теж можна розуміти через поняття «вимога».

Інший приклад – корпоративні правовідносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав. Під останніми розуміються права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами (ч. 1 ст. 167 ГК). Свої правомочності учасник здійснює за допомогою реалізації прав та пред'явлення вимог до товариства, визначених у законах (наприклад, учасники, що володіють не менш як десятьма відсотками голосів, можуть вимагати скликання загальних зборів (ч. 4 ст. 98 ЦК); учасник повного товариства має право у разі, якщо його дії не були схвалені іншими учасниками, вимагати від товариства відшкодування здійснених ним витрат... (ч. 2 ст. 122 ЦК); вкладник командитного товариства має право вимагати першочергового повернення вкладу у разі ліквідації товариства (п. 4 ч. 2 ст. 137 ЦК) та ін.). Отже, в корпоративних правовідносинах цивільний обов'язок можна розуміти як обумовлену законом вимогу учасника від юридичної особи певних дій.

У фідучіарних (довірчих) правовідносинах обов'язок може виникати на підставі договору або закону. Так, обов'язок повіреного вчинити від імені та за рахунок другої сторони певні юридичні дії має договірний характер. Натомість обов'язок органу або особи юридичної особи, що виступає від її імені, діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно і не перевищувати своїх повноважень, міститься у законі (ч. 3 ст. 92 ЦК).

Таким чином, можна прийти до висновку, що для розглянутих видів цивільних правовідносин розуміння обов'язку як вимоги є універсальним. При цьому така вимога може висуватися уповноваженою особою або законом.

Якщо ж розглядати спадкові правовідносини, необхідно зазначити, що обов'язки спадкоємців мають різну правову природу, зокрема, обов'язки, що виникають із заповіту (наприклад, виконання заповідального відказу ст.ст. 1237, 1238

ЦК, покладення на спадкоємця обов'язків вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети ч. 2 ст. 1240 ЦК та ін.), договору (управління спадковим майном та його охорона ст.ст. 1284, 1285 ЦК та ін.), закону (оплата послуг виконавця заповіту ст. 1291 ЦК, відшкодування витрат на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця ст. 1232 ЦК та ін.), правонаступництва спадкоємців (задоволення вимог кредиторів ст. 1282 ЦК). У зв'язку з цим учені наголошують, що у деяких обов'язків, що виникають із заповіту, а саме: дотримати побажання заповідача про місце та форму здійснення ритуалу поховання, розпорядження його особистими паперами, здійснення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети, створення установи із зазначенням мети її діяльності, відсутня уповноважена особа, яка має право вимоги [18, с. 69]. Отже, таким обов'язкам не кореспондує право конкретно визначеної особи.

Усе наведене вище свідчить, що у більшості цивільних правовідносин обов'язок є вимогою, визначеною законом або уповноваженими особами. Однак у спадкових правовідносинах є такі обов'язки спадкоємців, які не можна тлумачити крізь призму поняття «вимога». Таким чином, визначення цивільного обов'язку за допомогою поняття вимоги не є універсальним. Видається доречним використовувати традиційний підхід, згідно з яким під обов'язком необхідно розуміти належну поведінку особи. Таке визначення притаманне для всіх цивільних правовідносин.

Задля кращого розуміння сутності цивільного обов'язку вважаємо за необхідне зазначити його характерні ознаки:

- належна поведінка суб'єкта цивільних правовідносин;
- така поведінка визначена вимогами норми права, заповітом або уповноважених правочинном чи іншим юридичним фактом осіб;
- чітко визначений зміст та модель поведінки зобов'язаного суб'єкта. Так, відповідно до ч. 2 ст. 14 ЦК особа не може бути примушена до дій, вчинення яких не є обов'язковим для неї;
- можливість правового спонукання до належної поведінки за допомогою засобів заохочення та відповідальності;
- звільнення зобов'язаної особи від належної поведінки у випадках, установлених договором або актами цивільного законодавства.

Уважаємо, що правову природу фідучіарного обов'язку можна з'ясувати на підставі аналізу вищезазначених понять. Це належна поведінка суб'єкта довірчих правовідносин, що обумовлена укладенням деяких договорів (наприклад, доручення, управління майном, спільної діяльності, надання адвокатських послуг та ін.), або настанням юридичних фактів (обрання органу або особи юридичної особи який (яка) має право виступати від її імені, встановлення опіки або піклування, смерть фізичної особи та ін.).

Висновки. Таким чином, визначення правової природи фідучіарного обов'язку є важливим як для правозастосування, так і цивілістичної доктрини. Сьогодні існує чимало правових конструкцій, в основі яких лежать довірчі відносини, які в свою чергу обумовлюють виникнення у їх учасників фідучіарних обов'язків. Задля з'ясування правової природи фідучіарного обов'язку було про-

аналізовано такі поняття, як «fides», «fiducia», цивільний обов'язок. Установлено, що перші у римському праві мали декілька значень, однак головне – це довіра учасників цивільних правовідносин один до одного. Друге необхідно розуміти як належну поведінку суб'єкта цивільних відносин, зміст та модель якої визначені вимогами норми права, заповітом або уповноважених правочинном чи іншим юридичним фактом осіб. Фідучіарний обов'язок виникає у суб'єкта довірчих правовідносин на підставі договору або юридичного факту.

Список літератури

1. Майданик Р. А. Место фидуциарных отношений в праве Украины. *Право Украины*. 2012. № 5–6. С. 168–186.
2. Кібенко О. Р. Позов учасника / акціонера про визнання правочинів товариства недійсними. *Траст і трастоподібні конструкції: глобалізація та перспективи (Матвєєвські цивілістичні читання)* : матеріали міжн. наук.-практ. конф. (м. Київ, 6 лист. 2020 р.). Київ : Алєрта, 2021.
3. Bucholtz A. K., Carroll A. B. *Business and Society, Ethics and Stakeholder Management*. 8th edition. South-Western: Cengage Learning, 2011. 768 p.
4. Finn P. D. *Fiduciary Obligations*, Sydney : Law Book Co. 1977. 299 p.
5. Dignam A., Lowry J. *Company Law*. 8th edition. Oxford University Press, 2014. 55 p.
6. Карлявин И. Ю. Методологическое значение категорий fides (совесть) и bona fides (добрая совесть) в римском частном праве. *Lex Russica*. 2015. № 1. С. 130–139.
7. Хоміцька З. М. Словник латинських юридичних висловів. Харків : Право, 2007. 272 с.
8. Fraenkel E. *Zur Geschichte des Wortes Fides*. Roma, 1916. 187–199 p.
9. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 10.03.2021 р. у справі № 753/731/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95502347>.
10. Дождев Д. В. *Римское частное право* : учебник. Москва : Инфра-М-Норма, 2003. 784 с.
11. Зайков А. В. *Римское частное право* : учебник для вузов. 2-е изд., испр. Москва : Юрайт, 2020. 422 с.
12. *История государства и права зарубежных стран* : учебник для вузов. Ч. 1. 2-е изд. Москва : Норма, 2004. 624 с.
13. Шершеневич Г. Ф. *Общая теория права* : науч. изд. Вып. 3. Москва : Бр. Башмаковых, 1912. 698 с.
14. Ем В. С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 1981. 209 с.
15. Надьон В. В. Суб'єктивний обов'язок як елемент змісту цивільних правовідносин : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2018. 31 с.
16. Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 13.03.2019 р. у справі № 922/3737/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80754321>.
17. Голубева Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2013. 42 с.
18. Спасибо-Фатєєва І. В., Надьон В. В. Правова природа обов'язків у спадкових правовідносинах. *Вісник Національної академії правових наук*. № 1 (84). 2016. С. 66–75.

References

1. Majdanik, R.A. (2012). Mesto fiduciarnyh otnoshenij v prave Ukrainy. *Pravo Ukrainy*, 5–6, 168–186 [in Ukrainian].
2. Kibenko, O.R. (2020). Pozov uchasnyka / akcionera pro vyznannja pravochyniv tovarystva nedijnsnymy. *Trast i trastopodibni konstruksii: hlobalizatsiia ta perspektyvy (Matvieievski tsyvilistychni chytannia): Proceedings of the Scientific and Practical Conference (m. Kyiv, 6 lyst. 2020 r.)*. Kyiv: Alerta [in Ukrainian].
3. Bucholtz, A.K., Carroll, A.B. (2011). *Business and Society, Ethics and Stakeholder Management*. South-Western: Cengage Learning.
4. Finn, P.D. (1977). *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Co.

5. Dignam, A., Lowry, J. (2014). *Company Law*. Oxford University Press.
6. Karljavin, I.Ju. (2015). Metodologicheskoe znachenie kategorij fides (sovest') i bona fides (dobraya sovest') v rimskom chastnom prave. *Lex Russica*, 1, 130–139 [in Russian].
7. Khomitska, Z.M. (2007). *Slovnnyk latyns'kyh jurydychnyh vysloviv*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
8. Fraenkel, E. (1916). *Zur Geschichte des Wortes Fides*. Roma.
9. Postanova Kasacijnogo cyvil'nogo sudu Verhovnogo Sudu vid 10 bereznja 2021 roku № 753/731/16. (2021). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95502347>.
10. Dozhdev, D.V. (2003). *Rimskoe chastnoe pravo*. Moscow: Infra-M-Norma [in Russian].
11. Zajkov, A.V. (2020). *Rimskoe chastnoe pravo*. Moscow: Jurajt [in Russian].
12. *Istorija gossudarstva i prava zarubezhnyh stran*. (2004). Moscow: Norma [in Russian].
13. Shershenevich, G.F. (1912). *Obshhaja teorija prava*. Moscow: Br. Bashmakovyh [in Russian].
14. Em, V.S. (1981). *Kategorija objazannosti v sovetskom grazhdanskom prave (voprosy teorii)*. *Candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
15. Nadon, V.V. (2018). Sub'jektivnyj obov'jazok jak element zmistu cyvil'nyh pravovydnyh. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
16. Postanova Kasacijnogo gospodars'kogo sudu Verhovnogo Sudu vid 13.03.2019 roku № 922/3737/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80754321>.
17. Golubjeva, N.Ju. (2013). *Zobov'jazannja u cyvil'nomu pravi Ukraïny: metodologichni zasady pravovogo reguljuvannja*. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Odesa [in Ukrainian].
18. Spasybo-Fatjejeva, I.V., Nadon, V.V. (2016). *Pravova pryroda obov'jazkiv u spadkovykh pravovydnyh*. *Visnyk Nacionalnoi akademii pravovyh nauk*, 1 (84), 66–75 [in Ukrainian].

Urazova H. O., PhD in Law, Assistant of the Civil Law Department № 1, Yaroslav Mydryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: annaurazova@ukr.net; ORCID 0000-0003-3588-518X.

The legal nature of fiduciary duty in civil law of Ukraine

The variety of fiduciary legal relations in the civil law of Ukraine requires the study of their individual elements, in particular, the fiduciary duty. Therefore the purpose of this article is to clarify the legal nature of the fiduciary duty, in order to avoid legal uncertainty, which leads to difficulties in law enforcement and, as a result, ineffective legal protection of violated rights of a person due to non-fulfillment or improper fulfillment of such an obligation in relation to her.

Analyzed such concepts as «fides», «fiducia», duty in civil law. It has been established that the first, respectively, in Roman law had several meanings, but the main thing is the trust of the participants in civil relations to each other. The second have to understood as the proper behavior of the subject of civil relations, the content and model of which are determined by the requirements of the rule of law, the will or persons authorized by the transaction or other legal facts.

It was found that the fiduciary duty is the proper behavior of the subject of a trust relationship, due to the conclusion of certain agreements (for example, commissions, property management, joint activities, the provision of lawyer services, etc.), or the occurrence of legal facts (election of a body or person of a legal entity, who (who) has the right to act on her behalf, the establishment of guardianship or trusteeship, the death of an individual, etc.).

Keywords: fiduciya; fiduciary duty; confidence; legal relationship; legal nature.

Рекомендоване цитування: Уразова Г. О. Правова природа фідучіарного обов'язку в цивільному праві України. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 109–116. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.233378>.

Suggested Citation: Urazova, H.O. (2021). *Pravova pryroda fidutsiarnoho obov'iazku v tsyvil'nomu pravi Ukraïny* [The legal nature of fiduciary duty in civil law of Ukraine]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 154, 109–116. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.233378> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 03.06.2021 р.



Коробцова Наталія Василівна,
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: kornv@ukr.net
ORCID 0000-0002-9997-1485

doi: 10.21564/2414–990X.154.236921
УДК 347.12

ЕЛЕКТРОННА СИСТЕМА ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я (E–HEALTH): МЕХАНІЗМ УПРОВАДЖЕННЯ ТА ЕТАПИ РОЗВИТКУ

Розглянуто питання, пов'язані з одним із видів інтернет-технологій у сфері охорони здоров'я – електронною системою охорони здоров'я (e-Health) в Україні, складовими елементами та механізмом її впровадження.

Інформаційні права, права на доступ до Інтернету та на застосування інноваційних технологій у медицині вже традиційно відносять до «четвертого покоління прав людини», поява яких обумовлена реаліями ХХІ ст. Запроваджена в Україні медична реформа зробила центром уваги в галузі охорони здоров'я саме пацієнта. Метою її проведення стало наближення медичних послуг до пацієнта, спрощення процедури їх надання (використання телемедицини), «матеріальна зацікавленість» лікарів у наданні послуг (отримання плати за кожного пацієнта), що повинно підвищити якість та доступність відповідних послуг.

Проаналізовано поняття та зміст електронної системи охорони здоров'я як невід'ємної частини медичної реформи. Метою її є надання допомоги в налагодженні відносин між лікарем та пацієнтом щодо належного якісного доступного надання (отримання) медичних послуг. Визначено функціональні можливості e-Health, позитивні моменти та певні «слабкі» місця в механізмі її впровадження.

Розглянуто окремі складові механізму впровадження e-Health, якими є: запровадження електронної форми декларацій між пацієнтами та сімейними лікарями, терапевтами, педіатрами; переведення в електронну форму рецептів за програмою «Доступні ліки»; запровадження електронних направлень, що є складовою програми «Безкоштовна діагностика»; впровадження електронних лікарняних; створення електронного кабінету пацієнта.

Ключові слова: охорона здоров'я; електронна система охорони здоров'я; пацієнт; медична сфера; медична реформа; персональна інформація; медична інформація.

Коробцова Н. В., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри громадянського права № 1, Національний юридический університет імени Ярослава Мудрого, Україна, г. Харьков. e-mail: kornv@ukr.net ; ORCID 0000-0002-9997-1485

Электронная система здравоохранения (e-Health): механизм внедрения и этапы развития

Анализируются вопросы, связанные с одним из видов интернет-технологий в сфере здравоохранения – электронной системой здравоохранения (e-Health) в Украине, составляющими элементами и механизмом ее внедрения.

Информационные права, права на доступ в Интернет и на применение инновационных технологий в медицине уже традиционно относят к «четвертому поколению прав человека», появление которых обусловлено реалиями XXI века. Проводимая в Украине медицинская реформа сделала центром внимания в области здравоохранения именно пациента. Цель ее – приблизить медицинские услуги к пациенту, упрощение процедуры их предоставления (использование телемедицины), «материальная заинтересованность» врачей в предоставлении услуг (получение платы за каждого пациента), что должно повысить качество и доступность соответствующих услуг.

Анализируется понятие и содержание электронной системы здравоохранения как неотъемлемой части медицинской реформы. Целью ее является оказание помощи в установлении отношений между врачом и пациентом относительно надлежащего качественного доступного предоставления (получения) медицинских услуг. Определены функциональные возможности e-Health, положительные моменты и отдельные «слабые» места в механизме ее внедрения.

Рассмотрены отдельные составляющие механизма внедрения e-Health, которыми являются: введение электронной формы деклараций между пациентами и семейными врачами, терапевтами, педиатрами; перевод в электронную форму рецептов по программе «Доступные лекарства»; введение электронных направлений, что является составной частью программы «Бесплатная диагностика»; внедрение электронных больничных; создание электронного кабинета пациента.

Ключевые слова: здравоохранение; электронная система здравоохранения; пациент; медицинская сфера; медицинская реформа; персональная информация; медицинская информация.

Постановка проблеми. Людина, довіряючи державі свою персональну інформацію, отримує певні позитивні моменти у вигляді більш швидкого комфортного сервісу, відсутності корупційних схем та шахрайства, при цьому розповсюдження своєї персональної інформації у різних сферах діяльності створює загрозу незаконного розголосу таких даних, їх обробки та використання. Тому захист персональної інформації особи повинен бути одним із найголовніших завдань будь-якої демократичної держави.

Запровадження інтернет-технологій, розвиток інформаційних технологій в сфері охорони здоров'я суттєво змінили підхід до відносин у цій галузі. Електронні направлення, електронні картки та рецепти є безумовно корисними інструментами для пацієнтів у ході отримання медичної послуги, які пришвидшують цей процес та роблять його максимально прозорим. Тому розгляд механізму впровадження електронної системи охорони здоров'я, його складових на сьогодні є вкрай важливим і актуальним, особливо з метою запобігання розголосу даних про пацієнта та захисту його персональних даних.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Електронні, інформаційні технології в умовах сучасного розвитку медицини є предметом пильної уваги науковців як в сфері медицини, так і юриспруденції. Окремим питанням електронної системи охорони здоров'я, доступу до цифрових технологій та інтернет технологій в сфері медицини приділяли свою увагу С. Б. Булеца (S. B. Buleca), В. Г. Данільцева (V. G. Daniltseva), О. В. Духовна (O. V. Duhovna), О. Я. Лапка (O. Ja. Lapka), Р. А. Майданик (R. A. Majdanyk), О. О. Мартишин (O. O. Martyshyn), В. І. Пішта (V. I. Pishta), А. О. Роханський (A. O. Rokhanskyi),

І. Я. Сенюта (I. Ja. Senjuta), А. В. Стойка (A. V. Stoika) та інші науковці та практики.

Мета статті – з'ясувати сутність поняття «електронна система охорони здоров'я», розглянути її складові елементи і механізм упровадження в Україні.

Виклад основного матеріалу. З прийняттям Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» (далі – Закон) в Україні розпочато проведення медичної реформи, одним із етапів якої стало запровадження електронної системи охорони здоров'я (e-Health).

Наказом МОЗ України від 9 червня 2017 р. № 17 затверджено Регламент функціонування електронної системи охорони здоров'я в рамках реалізації пілотного проєкту в частині забезпечення автоматизації обліку надання медичних послуг [1]. Регламент визначає правила функціонування електронної системи охорони здоров'я та відносини між учасниками в сфері надання медичних послуг з використанням цієї системи та є обов'язковим для його учасників. Учасниками цього Регламенту є адміністратор, постачальники медичних послуг, оператори, уповноважені та кінцеві користувачі.

Електронна система охорони здоров'я – інформаційно-телекомунікаційна система, що забезпечує автоматизацію ведення обліку медичних послуг та управління медичною інформацією шляхом створення, розміщення, оприлюднення та обміну інформацією, даними і документами в електронному вигляді, до складу якої входять центральна база даних та електронні медичні інформаційні системи, між якими забезпечено автоматичний обмін інформацією, даними та документами через відкритий програмний інтерфейс (API) [2, ст. 2].

Іншими словами, електронна система (e-Health) повинна допомогти налагодити відносини між лікарем та пацієнтом щодо належного якісного надання (отримання) медичних послуг, і торкнулася вона передусім урегулювання відповідних відносин первинної ланки медицини (сімейних лікарів, педіатрів, терапевтів).

Метою електронної системи охорони здоров'я є повне переведення відносин між лікарем і пацієнтом в «електронний формат»:

- забезпечити прозорість фінансування сфери охорони здоров'я;
- повністю відмовитися від письмової форми ведення медичної документації, створивши «особистий кабінет пацієнта», куди буде вноситися вся інформація про пацієнта, оформлюватися електронні рецепти, направлення;
- створити середовище для інновацій в медицині;
- забезпечити розвиток стабільних відносин взаємодії з європейськими державами в сфері електронної системи охорони здоров'я;
- здійснювати розвиток транскордонних медичних послуг.

Завданнями електронної системи охорони здоров'я є забезпечення можливості використання пацієнтами електронних сервісів для реалізації їх прав, зокрема за Програмою державних гарантій медичного обслуговування населення [3, п. 7].

Система e-Health включає **центральну базу даних** (далі – ЦБД), яка складається з:

- реєстру пацієнтів, що містить інформацію про фізичних осіб, які мають право на гарантії відповідно до Закону;
- реєстру декларацій про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу;
- реєстру суб'єктів господарювання у сфері охорони здоров'я, що містить інформацію про заклади охорони здоров'я, фізичних осіб-підприємців, які мають ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, та лабораторії, які уклали або мають намір подати заяву про укладення договору за Програмою медичних гарантій або залучені надавачами медичних послуг до надання медичних послуг;
- реєстру медичних спеціалістів, що містить інформацію про осіб, які здобули освіту у сфері охорони здоров'я;
- реєстру медичних працівників, що містить інформацію про професійно підготовлених осіб, які відповідно до законодавства мають право здійснювати медичне обслуговування;
- реєстру договорів про медичне обслуговування населення, що містить інформацію про договори про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій, укладені з НСЗУ;
- реєстру договорів про реімбурсацію, що містить інформацію про договори про реімбурсацію за програмою медичних гарантій, укладені з НСЗУ;
- реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів;
- реєстру медичних висновків;
- інших реєстрів, набір даних в яких визначається НСЗУ [3, п. 20] та **електронні медичні інформаційні системи**, які включають системи, що дають можливість автоматизувати роботу закладів охорони здоров'я з ЦБД, надають послуги клієнтам (закладам охорони здоров'я, лікарям) і є певним проявом «бізнес структур» в e-Health.

Ключову роль у цій системі виконує держава в особі МОЗ України, яке формує політику в галузі охорони здоров'я, здійснює медичну реформу, регулює провадження e-Health на правовому рівні; Національної служби охорони здоров'я, яка реалізує Програму медичних гарантій та виплачує кошти надавачам медичних послуг; ДП «Електронне здоров'я», яке є адміністратором цієї системи та розробляє її технічну складову.

При цьому електронна система охорони здоров'я є сумісною з іншими інформаційними базами даних.

Отже, центральний компонент e-Health належить державі, а доступ до нього можливо здійснити за допомогою інтерфейсів медичних інформаційних систем, що знаходяться в приватній власності осіб.

Першим елементом механізму впровадження e-Health в Україні стало *зпровадження електронної форми декларацій між пацієнтами та сімейними лікарями, терапевтами, педіатрами*. Пацієнт відповідно до ст. 9 Закону реалізує

своє право на вибір лікаря шляхом підписання з виконавцем медичних послуг декларації про надання первинної медичної допомоги. Таким чином реалізується на практиці механізм «гроші йдуть за пацієнтом», коли лікар отримує плату за кожного із пацієнтів, з яким укладена декларація. У подальшому зміст декларації вноситься до електронної системи охорони здоров'я. Якщо через певні причини (незадоволення якістю послуг, переїзд на інше місце проживання) особа не бажає отримувати послуги від відповідного лікаря, вона може укласти нову декларацію з іншим лікарем, відмінивши таким чином попередню. При цьому пацієнт може обрати собі лікаря незалежно від місця реєстрації чи проживання.

Наявність електронного формату відносин між лікарем та пацієнтом створює ризик розголосу конфіденційної інформації про пацієнта, що міститься у декларації, шляхом ознайомлення з нею інших сторонніх осіб. За загальним правилом, доступ до даних пацієнта, які містяться в електронній системі, можливий лише зі згоди самого пацієнта. Однак, підписуючи декларацію, пацієнт таким чином надає згоду на доступ до його персональних даних (діагнозу, результатів обстеження, плану лікування, медичних процедур та ін.), що містяться в електронній системі охорони здоров'я, не лише безпосередньо своєму сімейному лікарю, а й іншим лікарям, до яких буде спрямований пацієнт у процесі лікування, з метою обміну інформацією, накопиченням відповідного досвіду, а також іншим особам, які мають право на ознайомлення з нею в силу закону. При цьому потрібно одразу зауважити, що сторонні особи повинні мати доступ тільки до тієї інформації, яка потрібна їм для прийняття відповідних рішень, досягнення цілей, не заборонених законодавцем, у межах своєї компетенції. Так само і законодавець зосереджує увагу на тому, що персональні дані повинні отримуватися для конкретної законної мети, і оброблятися вони повинні саме для досягнення неї. Якщо обробка даних не відповідає заявленій меті, на яку була надана згода особи, особа може застосувати заходи правового захисту та відкликати її [4, с. 156]. При цьому пацієнт може заборонити конкретним особам право доступу до такої інформації, але якщо тільки така заборона не стосується випадків, передбачених пунктами 6 та 7 ст. 6 Закону України «Про захист персональних даних» [5].

Право доступу до персональних даних пацієнта в сфері охорони здоров'я мають: медичні працівники або інші особи закладу охорони здоров'я; фізичні особи-підприємці, які займаються медичною практикою на підставі ліцензії; особи, на яких поширюється дія законодавства про медичну таємницю; працівники центрального органу виконавчої влади, що реалізують державну політику в сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення. При цьому законодавець не акцентує уваги на формі, в якій міститься ця інформація, а отже, є всі підстави вважати, що існує певне коло осіб, що мають доступ до медичної інформації про пацієнта, незалежно від форми її закріплення.

Наступним етапом розвитку електронної системи охорони здоров'я є *переведення в електронну форму рецептів за програмою «Доступні ліки»* для можливості прослідкувати порядок відшкодування вартості ліків (програма

реімбурсації). Призначивши ліки, які входять до відповідної державної програми, пацієнт може отримати їх за електронним рецептом безкоштовно.

Запровадження електронного направлення як ще одного етапу розвитку електронної системи охорони здоров'я дозволяє пацієнту обрати спеціалізований медичний заклад, в якому він отримає послуги за Програмою медичних гарантій незалежно від свого місця проживання, знаходження лікаря, який виписав це направлення. Електронні направлення є складовою програми «*Безкоштовна діагностика*», яка є ще одним кроком на шляху до трансформації охорони здоров'я. Безкоштовну діагностику можна отримати за електронним направленням сімейного лікаря, терапевта або педіатра, що надає можливість пацієнту отримати консультацію вузькоспеціалізованих фахівців.

На сьогодні в системі створено 13 мільйонів е-направлень для понад 6,5 мільйонів пацієнтів, з яких майже 6 мільйонів – виконано [6].

Ще одним кроком на шляху до реалізації e-Health є *впровадження електронних лікарняних – «е-лікарняних»*. Цей процес був розпочатий в Україні з 4 червня 2021 р. Цільова модель оформлення та видачі «е-лікарняних» передбачає формування електронних листків непрацездатності в Електронному реєстрі листків непрацездатності на підставі медичних висновків про тимчасову непрацездатність, унесених лікуючим лікарем до Реєстру медичних висновків в електронній системі охорони здоров'я [7]. При цьому роботодавець одразу буде отримувати інформацію про свого працівника, який перебуває на лікарняному.

На підставі розміщеної в Реєстрі інформації про медичний висновок пацієнта формується електронний листок непрацездатності, в якому буде міститися інформація про: тимчасово непрацездатну особу; пацієнта (у разі непрацездатності особи, зумовленої необхідністю догляду за хворою дитиною, іншим членом сім'ї), за дитиною віком до трьох років або дитиною з інвалідністю до 18 років у разі хвороби матері або іншої особи, яка доглядає за такою дитиною); випадок тимчасової непрацездатності; особу, яка сформувала медичний висновок в електронній системі охорони здоров'я; заклад охорони здоров'я; суму допомоги; відмову в оплаті перших п'яти днів тимчасової непрацездатності...; порушення встановленого порядку видачі та продовження листка непрацездатності; особу, яка внесла відомості з документа про факт усиновлення дитини застрахованими особами протягом двох місяців з дня її народження, зазначеного у свідоцтві про народження [8]. Як можна побачити, запис про тимчасову непрацездатність жодним чином не торкається особистих медичних даних пацієнта, розголос яких може завдати йому шкоди (наприклад, діагноз).

Створення електронного кабінету як ще один крок на шляху до сучасної медицини надасть можливість пацієнту самостійно укласти декларацію з лікарем в електронній формі, бачити всю інформацію про свою хворобу, план лікування, оформлені рецепти та направлення. Отже, в ньому буде розміщена вся необхідна медична інформація про пацієнта в повному обсязі.

Запровадження електронної системи охорони здоров'я безумовно має певні позитивні моменти:

- уповноважені особи відповідного рівня мають доступ до необхідної саме їм інформації, що дозволяє оперативно приймати рішення, додатково не збираючи необхідну інформацію (наприклад, керівник регіонального рівня бачить ситуацію цілком у регіоні);

- є доступ до легкого обміну інформацією (наприклад, поміж лікарями, між закладом охорони здоров'я та управлінням охорони здоров'я свого рівня тощо). Це автоматично створює єдиний медичний інформаційний простір, в якому кожен учасник доволі комфортно себе почуває;

- через швидкий доступ до даних запропонована модель має позитивні аспекти і для пацієнтів;

- при впровадженні такої інформаційної системи використовуватимуться саме оперативні дані як амбулаторного, так і стаціонарного рівня;

- реальний моніторинг ситуації на всіх рівнях надання медичної допомоги з урахуванням як медичної, так і економічної складової;

- така модель дозволяє ефективніше керувати системою якості надання медичної допомоги;

- управлінці мають реальний механізм аналізу ефективності використання ресурсів системи охорони здоров'я дорученої їм ділянки задля правильної оптимізації та планування, особливо в умовах змін мережі закладів охорони здоров'я, при формуванні госпітальних округів тощо [9].

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; розмежування прав користувачів на внесення та перегляд інформації у центральній базі даних, внесення до неї змін та доповнень; можливість 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; можливість 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 [10, с. 99].

Але при цьому потрібно розуміти, що для функціонування e-Health повинна існувати належна цифрова інфраструктура по всій Україні.

Висновки. Електронна система охорони здоров'я (e-Health) передбачає створення для пацієнтів електронних кабінетів, можливість електронного доступу до інформації про стан свого здоров'я, запису на прийом до лікаря, безкоштовне отримання медичних препаратів та ліків, отримання електронних лікарняних і повинна охоплювати всі рівні надання медичної допомоги. На сьогодні понад 30 мільйонів українців мають доступ до електронної системи охорони здоров'я.

При цьому не всі складові її на сьогодні створені та працюють, але це складна система, яка вимагає поступового впровадження. Виходячи з того, що головна роль у створенні та функціонуванні e-Health належить державі, а це технічна складова, збір, обробка та аналіз медичних даних, статистичних матеріалів, на неї повинні покладатися й певні обов'язки в сфері захисту прав осіб (клієнтів системи). Одним із обов'язків держави на цьому етапі є створення злагодженого механізму реалізації електронної системи охорони здоров'я та надійного механізму захисту прав пацієнтів на випадок незаконного розголошення конфіденційної інформації про пацієнта.

Список літератури

1. Регламент функціонування електронної системи охорони здоров'я в рамках реалізації пілотного проєкту в частині забезпечення автоматизації обліку надання медичних послуг : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09.06.2017 р. № 17. URL: <https://www.apteka.ua/article/415112> (дата звернення: 29.06.2021).

2. Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення : Закон України від 19.10.2017 р. № 2168-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2168-19#Text> (дата звернення: 23.06.2021).

3. Порядок функціонування електронної системи охорони здоров'я : Постанова Кабінету Міністрів України від 25.04.2018 р. № 411. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-2018-p#n19> (дата звернення: 23.06.2021).

4. Коробцова Н. В. Право пацієнта на захист персональних даних як одна з гарантій реалізації медичної реформи в Україні. *Проблеми цивільного права та процесу* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (м. Харків, 25 трав. 2018 р.). Харків : ХНУВС, 2018. С. 155–157.

5. Про захист персональних даних : Закон України від 01.06.2010 р. № 2297-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2297-17> (дата звернення: 26.06.2021).

6. Електронна система охорони здоров'я: найзазтрабуванішими серед українців є неврологи. URL: <https://nszu.gov.ua/novini/elektronna-sistema-ohoroni-zdorovya-najzatrebulanishimi-sere-349> (дата звернення: 26.06.2021).

7. «Електронні лікарняні» замість паперових листків непрацездатності: коли та як формувати. URL: <https://moz.gov.ua/article/news/elektronni-likarnjani-zamist-paperovih-listkiv-nepracedatnosti-koli-ta-jak-formuvati> (дата звернення: 29.06.2021).

8. Деякі питання організації ведення Електронного реєстру листків непрацездатності та надання інформації з нього : Постанова Кабінету Міністрів України від 17.04.2019 р. № 328. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/328-2019-p#Text> (дата звернення: 29.06.2021).

9. Мартишин О. О. Електронна система охорони здоров'я e-Health: те, що мають знати лікарі та пацієнти. URL: <https://www.umj.com.ua/article/132874/elektronna-sistema-ohoroni-zdorov-ya-ehealth-te-shho-mayut-znati-likari-ta-patsiyenti> (дата звернення: 23.06.2021).

10. Булеца С. Б., Стойка А. В. 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.

References

1. Reglament funkcionuvannja elektronnoi' systemy ohorony zdorov'ja v ramach realizacii' pilotnogo proektu v chastyni zabezpechennja avtomatyzacii' obliku nadannja medychnyh poslug: nakaz Ministerstva ohorony zdorov'ja Ukrainy vid 09.06.2017 r. No. 17. URL: <https://www.apteka.ua/article/415112> [in Ukrainian].

2. Pro derzhavni finansovi garantii' medychnogo obslugovuvannja naselennja: Zakon Ukrainy vid 19.10.2017 r. No. 2168-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2168-19#Text> [in Ukrainian].
3. Porjadok funkcionuvannja elektronnoi' systemy ohorony zdorov'ja: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 25.04.2018 r. No. 411. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-2018-p#n19> [in Ukrainian].
4. Korobcova, N.V. (2018). Pravo pacijenta na zahyst personal'nyh danyh jak odna z garantij realizacii' medychnoi' reformy v Ukrainy. *Problemy cyvil'nogo prava ta procesu: materialy nauk.-prakt. konf., prysvjach. svitlij pam'jati O. A. Pushkina (Kharkiv, 25 trav. 2018 r.) – Problems of civil law and process: Proceedings of the Scientific and Practical Conference*. Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs, 155–157 [in Ukrainian].
5. Pro zahyst personal'nyh danyh: Zakon Ukrainy vid 01.06.2010 r. No. 2297-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2297-17> [in Ukrainian].
6. Elektronna systema ohorony zdorov'ja: najzatrebuvanishymy sered ukrai'nciv je nevrology. URL: <https://nszu.gov.ua/novini/elektronna-sistema-ohoroni-zdorovya-najzatrebuvanishimi-sere-349> [in Ukrainian].
7. «Elektronni likarnjani» zamist' paperovyh lystkiv nepracezdatnosti: koly ta jak formuvaty. URL: <https://moz.gov.ua/article/news/elektronni-likarnjani-zamist-paperovyh-listkiv-nepracezdatnosti-koli-ta-jak-formuvati> [in Ukrainian].
8. Dejaki pytannja organizacii' vedennja Elektronного rejestru lystkiv nepracezdatnosti ta nadannja informacii' z n'ogo: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrai'ny vid 17.04.2019 r. № 328. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/328-2019-p#Text> [in Ukrainian].
9. Martyshyn, O.O. (2018). Elektronna systema ohorony zdorov'ja e-Health: te, shho majut' znaty likari ta pacijenty. URL: <https://www.umj.com.ua/article/132874/elektronna-sistema-ohoroni-zdorov-ya-ehealth-te-shho-mayut-znati-likari-ta-patsiyenti> [in Ukrainian].
10. Buleca, S.B., Stojka, A.V. (2020). E-Health systema v Ukraini. *Chetverte pokolinnja prav lju-dyny: osoblyvosti pravovogo reguljuvannja, problemy ta perspektyvy rozvytku v sferi ohorony zdorov'ja – Fourth generation of human rights: features of legal regulation, problems and prospects of development in the field of health care*. S.B. Buletsa, M.V. Mendjul (Eds.). Uzhgorod: Publishing house Uzhhorod National University «Goverla», 97–104 [in Ukrainian].

Korobcova N. V., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of Civil Law № 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: kornv@ukr.net ; ORCID 0000-0002-9997-1485

Electronic health care system (e-Health): implementation mechanism and stages of development

The article analyzes issues related to one of the types of Internet technologies in the field of health care, electronic health care system (e-Health) in Ukraine, components and mechanism of its implementation.

Information rights, the right to access the Internet and the use of innovative technologies in medicine have traditionally been referred to as the “fourth generation of human rights”, the emergence of which is due to the realities of the XXI century. The medical reform introduced in Ukraine has focused on the patient in the field of health care. The purpose was to bring medical services closer to the patient, simplify the procedure for their provision (use of telemedicine), “material interest” of doctors in providing services (payment for each patient), which should improve the quality and availability of relevant services.

The concept and content of the electronic health care system as an integral part of health care reform are analyzed. The purpose of which is to assist in establishing a relationship between doctor and patient regarding the proper quality of available (receiving) medical services. The functional capabilities of e-Health, positive aspects and certain “weaknesses” in the mechanism of its implementation are identified.

Some components of the e-Health implementation mechanism are considered, which are: introduction of an electronic form of declarations between patients and family doctors, therapists, pediatricians; translation into electronic form of prescriptions under the program “Available Medicines”; introduction of electronic referrals, which is a part of the program “Free diagnostics”; introduction of electronic hospitals; creation of an electronic patient cabinet.

Keywords: health care; electronic health care system; patient; medical field; medical reform; personal information; medical information.

Рекомендоване цитування: Коробцова Н. В. Електронна система охорони здоров'я (e-Health): механізм упровадження та етапи розвитку. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 117–126. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.236921>.

Suggested Citation: Korobtsova, N.V. (2021). Elektronna systema okhorony zdorov'ia (e-Health): mekhanizm uprovadzhennia ta etapy rozvytku [Electronic health care system (e-Health): implementation mechanism and stages of development]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154*, 117–126. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.236921> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 29.04.2021 р.



Попов Олександр Ігорович,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного процесу,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: alexpopov.kh@gmail.com
ORCID 0000-0002-4792-250X

doi: 10.21564/2414–990X.154.238834
УДК 347.957

РОЛЬ АДВОКАТА У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ПРИ РОЗГЛЯДІ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ*

Висвітлено можливі шляхи впливу адвоката на реалізацію Верховним Судом функції забезпечення єдності судової практики при розгляді цивільних справ. Не перепечуючи статус Верховного Суду як центральної інституції у сфері формування єдиних підходів щодо застосування правових норм, зосереджено увагу на тому, що динаміка процесуального законодавства в частині регулювання процедур доступу до касації у цивільних справах дозволяє переосмислити місію та зміст представницької функції адвоката на відповідній стадії цивільного процесу. На підставі аналізу чинної редакції Цивільного процесуального кодексу України наголошено, що можливість адвоката бути активним суб'єктом впливу на формування єдиної правозастосовної практики найбільш відчутливо проявляється при подоланні існуючих фільтрів доступу до касації, зокрема, при зверненні до Верховного Суду з касаційною скаргою, що сьогодні вимагає від останнього розширеної аргументації при обґрунтуванні наявності підстав для касаційного перегляду із ретельним аналізом усталеної практики касаційного суду та у певних випадках наведенням доводів стосовно необхідності відступлення від такої і формування нових правозастосовних підходів.

Серед окремих способів впливу адвоката на забезпечення єдності судової практики розглянуто і подання клопотання про зупинення провадження у справі з підстави перегляду судового рішення у подібних правовідносинах (у іншій справі) у касаційному порядку палатами Верховного Суду, а також клопотання про передачу справи на розгляд до Великої Палати Верховного Суду у зв'язку із необхідністю вирішення виключної правової проблеми.

Ключові слова: адвокат у цивільному процесі; Верховний Суд; єдність судової практики; підстави касаційного оскарження; правові висновки Верховного Суду; принцип правової визначеності.

Попов А. И., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: alexpopov.kh@gmail.com ; ORCID 0000-0002-4792-250X

* На правах есе.

Роль адвоката в обеспечении единства судебной практики при рассмотрении гражданских дел

Освещаются возможные пути влияния адвоката на реализацию Верховным Судом функции обеспечения единства судебной практики при рассмотрении гражданских дел. Не отрицая статус Верховного Суда как центральной институции в сфере формирования единых подходов к правоприменению, сосредотачивается внимание на том, что динамика процессуального законодательства в части регулирования процедур доступа к кассации по гражданским делам позволяет переосмыслить миссию и содержание представительской функции адвоката на соответствующей стадии гражданского процесса. На основании анализа действующей редакции Гражданского процессуального кодекса Украины утверждается, что возможность адвоката быть активным субъектом влияния на формирование единой правоприменительной практики наиболее ощутимо проявляется при преодолении существующих фильтров доступа к кассации, в частности, при обращении в Верховный Суд с кассационной жалобой, что на сегодняшний день требует от последнего расширенной аргументации при доказывании наличия оснований для кассационного пересмотра, с тщательным анализом сложившейся практики кассационного суда и, порой, приведением доводов о необходимости отступления от такой практики и формирования новых правоприменительных подходов.

Среди отдельных способов воздействия адвоката на обеспечение единства судебной практики рассматриваются и подача ходатайства о приостановлении производства по делу на основании пересмотра судебного решения в подобных правоотношениях (по другому делу) в порядке кассации палатами Верховного Суда, а также ходатайства о передаче дела на рассмотрение Большой Палаты Верховного Суда в связи с необходимостью разрешения исключительной правовой проблемы.

Ключевые слова: адвокат в гражданском процессе; Верховный Суд; единство судебной практики; основания кассационного обжалования; правовые заключения Верховного Суда; принцип правовой определенности.

Забезпечення єдності судової практики постає важливою доктринальною та прикладною проблемою, яка широко обговорюється правниками, але незважаючи на істотну кількість наукових праць потребує глибшого вивчення.

В узагальненому розумінні єдність судової практики сприймається та розуміється як певний якісний стан правосудної діяльності, за якого при розгляді справ, що виникають із подібних правовідносин, мають місце однакові підходи до застосування судами правових норм (усталена практика), котрі не піддаються сумніву.

Водночас підходи до вирішення проблеми єдності судової практики базуються на концепті верховенства права як важливого постулату, що пронизує усі сфери правової реальності, в тому числі й сферу правосуддя. Сучасне трактування принципу верховенства права, його складових компонентів та шляхів реалізації відображено здебільшого у практиці Європейського суду з прав людини, передбачає з-поміж іншого дотримання засад правової визначеності (певності) як важливого аспекту верховенства права. У контексті здійснення правосуддя у цивільних справах правова визначеність, як принцип, розкривається через низку вимог, серед яких окреме і водночас особливе місце відводиться однаковому застосуванню права судами, поряд із остаточністю судових рішень (*res judicata*) та їх здійсненністю.

Важливість указаної вимоги (у контексті реалізації засад правової визначеності) пояснюється достатньо просто – єдність підходів до правозастосування

створює впевненість для особи, право якої порушене, розумно очікувати його належного захисту при зверненні до суду, розуміючи, що норма права, яка забезпечує захист її інтересів, буде застосована саме таким чином і ніяк інакше. Іншими словами, обізнаність індивіда з усталеною практикою застосування правових норм дозволяє останньому прогнозувати потенційний результат розгляду його позову судом та відновлення порушеного права, те, що іноді йменується стабільністю правового стану.

Однак досягнення такого стану обумовлює необхідність в існуванні належних механізмів забезпечення єдності судової практики на рівні національного правопорядку та наділення відповідною функцією певних інституцій. Найбільш поширеною світовою практикою, як відомо, є надання окреслених повноважень суду вищої інстанції, що відображено, зокрема, у Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи R (95) 5 від 07.02.1995 р. «Щодо введення в дію й поліпшення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних і торговельних справах», якою передбачено, що розгляд справ у судах третьої інстанції повинен бути спрямований на розвиток права або сприяння в одноманітному тлумаченні закону.

Подібний підхід був реалізований і на рівні національної судової системи, де Верховний Суд у силу положень ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» виступає центром забезпечення єдності судової практики, задля чого йому надається певний набір інструментів як процесуального, так і позапроцесуального характеру.

Як суд із питань права, Верховний Суд, здійснюючи перегляд судових рішень у порядку касації, формулює правові позиції щодо шляхів застосування правових норм, які є обов'язковими до врахування судами при розгляді подібних справ. Сталість таких позицій забезпечується завдяки існуванню у процесуальному законодавстві фільтрів доступу до касації, а також особливим порядком розгляду справ у складі палат Верховного Суду.

Ураховуючи викладене, окреслена тематика нашої роботи може видатись, на перший погляд, досить суперечливою, оскільки адвокат, на відміну від суду, не наділений законом інструментами забезпечення одноманітного правозастосування, а тому роздуми про предмет впливу адвоката на правозастосовний процес у цілому та процеси забезпечення єдності судової практики зокрема можуть посягати сумнів у їх доцільності. З іншого боку, останні зміни у процесуальному законодавстві, особливо в частині регулювання процедур касаційного перегляду, наштовхують на думку про потребу переосмислення місії та змісту представницької функції адвоката на відповідній стадії цивільного процесу, а також дозволяють простежити декілька напрямів можливого впливу адвоката на реалізацію Верховним Судом функції забезпечення єдності судової практики при розгляді цивільних справ.

Так, передусім привертає до себе увагу положення п. 10 ч. 1 ст. 252 ЦПК України, згідно з яким суд вправі зупинити провадження у справі у разі перегляду судового рішення у подібних правовідносинах (у іншій справі) у касаційному порядку палатою, об'єднаною палатою, Великою Палатою Верховного Суду.

Серед передбачених ЦПК України підстав для зупинення провадження у справі, сутність та призначення вказаної вище підстави пояснюється як раз необхідністю досягнення однакових підходів до правозастосування при розгляді подібних справ. У таких випадках суд зупиняє провадження, якщо під час розгляду певної справи стає відомо, що Верховним Судом у складі палати, об'єднаної палати або Великої Палати прийнято до розгляду справу, обставини якої і щонайважливіше – норми права, які підлягають застосуванню у спірних правовідносинах, аналогічні тим, що є предметом застосування у справі, стосовно якої поставлено питання про зупинення провадження.

Наведена підстава для зупинення провадження у справі не є імперативною, а тому вимагає від адвоката, який у силу положень ч. 1 ст. 252 ЦПК України може бути ініціатором відповідного клопотання, всебічної аргументації та обґрунтування того, що між справою, в якій він здійснює професійне представництво, та справою, що розглядається палатою Верховного Суду, мають місце ознаки подібності, та зупинення провадження у справі й, як наслідок, затягування строків її розгляду в такому випадку виправдано більш високою метою – забезпечення застосування судом норм матеріального права в унісон із сформованою практикою Верховного Суду.

Прикладом такої ситуації може послугувати цивільна справа № 556/2096/17-ц, що розглядалася Володимирецьким районним судом Рівненської області, в якій судом було задоволено клопотання адвоката відповідача та зупинено провадження у справі на підставі п. 10 ч. 1 ст. 252 ЦПК України до закінчення перегляду у касаційному порядку справи № 444/9519/12-ц Великою Палатою Верховного Суду. В обох наведених справах судами розглядалися вимоги банків про стягнення заборгованості за кредитними договорами, а предметом застосування, з-поміж іншого, – норми матеріального права, що регулюють строки позовної давності та порядок їх обчислення. У подальшому, ухвалюючи рішення про відмову у задоволенні позову, суди першої та апеляційної інстанції послалися на правові висновки Верховного Суду, сформульовані у постанові від 28.03.2018 р. у справі № 444/9519/12-ц, розгляд якої став підставою для зупинення провадження у вказаній справі, чим було забезпечено дотримання положень ч. 4 ст. 263 ЦПК України.

З представленого прикладу із судової практики та аналізу окремих норм цивільного процесуального законодавства можна висувати, що дії адвоката у процесі, пов'язані із заявленням клопотання про зупинення провадження у справі на підставі п. 10 ч. 1 ст. 252 ЦПК України, переслідують не лише мету сприяння у забезпеченні єдності судової практики, а й уникнення в подальшому підстав для касаційного перегляду судового рішення, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК України.

Водночас істотний пласт процесуальних норм, які визначають можливості адвоката бути активним суб'єктом впливу на формування єдиної правозастосовної практики розгляду цивільних справ судами, становлять норми процесуального закону, що стосуються питань так званих «фільтрів доступу до касації» («касаційних фільтрів») та механізмів їх подолання.

Закріплення зазначених фільтрів на рівні закону обумовлене специфікою природи касації та відповідної моделі касаційного перегляду судових рішень, реалізованої у чинній редакції ЦПК України. Філософія сучасної моделі є відлунням уже згаданої Рекомендації R (95) 5 від 07.02.1995 р., у якій наголошується на тому, що на розгляд третьої інстанції мають прийматися скарги, котрі потребують розгляду передусім для розвитку права та сприяння в однаковому тлумаченні і застосуванні закону.

У своїй численній практиці Верховний Суд, обґрунтовуючи можливість існування подібних бар'єрів доступу до касації та відмови у відкритті провадження, як правило, також посилається на усталені позиції Європейського суду з прав людини, в яких визначено, що умови прийнятності касаційної скарги можуть бути більш суворими у порівнянні зі звичайною заявою саме виходячи зі статусу суду касаційної інстанції, де процедури зазвичай є більш формальними, особливо якщо провадження здійснюється судом після розгляду справи судом першої інстанції, а потім ще й судом апеляційної інстанції.

З окресленого впливає, що безпосереднім призначенням касації виступає не розгляд і вирішення конкретної цивільної справи, а формування єдиних підходів у застосуванні права, які в подальшому використовуватимуться іншими судами як орієнтир. Це пояснює, чому касація об'єктивно не може бути відкритою для всіх справ, а лише для тих, де це потрібно для виконання Верховним Судом своєї головної функції.

Таким чином, подолання відповідних фільтрів очевидно постає непростим завданням для заявника, оскільки вимагає від нього ґрунтовного розуміння права, особливостей регулювання правових відносин, обізнаності із усталеною практикою застосування правових норм, а також, що не менш важливо, навичок належної аргументації, які в сукупності дозволять впевнити Верховний Суд у необхідності прийняття касаційної скарги до свого провадження у кожному конкретному випадку. Останнє, на наш погляд, визначає особливу роль адвоката у процесі підготовки касаційної скарги як професійного представника, що володіє достатнім рівнем компетенції і правової кваліфікації, та вкотре демонструє обґрунтованість реалізованого законодавцем підходу щодо виключного представництва адвокатом під час розгляду справ у суді касаційної інстанції.

У цьому контексті варто передусім звернути увагу на такий процесуальний фільтр, як підстави касаційного оскарження, що зазнав суттєвих змін після прийняття Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України щодо вдосконалення порядку розгляду судових справ» № 460-IX від 15.01.2020 р. Відповідно до чинної редакції ч. 2 ст. 389 ЦПК України підставами для касаційного оскарження рішень суду першої інстанції після апеляційного перегляду справи та постанов суду апеляційної інстанції (окрім малозначних справ) є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права виключно у таких випадках:

1) якщо суд апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду, крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку;

2) якщо скаргник вмотивовано обґрунтував необхідність відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду та застосованого судом апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні;

3) якщо відсутній висновок Верховного Суду щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах;

4) якщо судові рішення оскаржується з підстав, передбачених частинами 1, 3 ст. 411 ЦПК України.

З аналізу наведеної норми вбачається, що перші три підстави мають безпосереднє відношення до реалізації Верховним Судом функції забезпечення єдності судової практики, оскільки вимагають від адвоката, який ініціює звернення до суду касаційної інстанції, обґрунтування наявності складного юридичного факту, а саме:

а) неправильного застосування судом норм матеріального права та (або) порушення норм процесуального права;

б) потреби у забезпеченні однакового тлумачення і застосування правових норм через касаційний перегляд судового рішення у конкретній справі.

Обґрунтування останнього юридичного факту, як підстави касаційного оскарження, вимагає від адвоката ретельного вивчення й узагальнення практики Верховного Суду та його правових висновків, сформульованих до цього за результатами розгляду справ, що виникли із подібних правовідносин. Хоча із тим методика такого обґрунтування диференціюється залежно від характеру самої підстави касаційного оскарження.

Так, в аспекті оскарження судового рішення на підставі п. 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК України завданням адвоката, поряд із загальними доводами стосовно неправильного застосування норм матеріального права, є обґрунтування наявності розходжень у правозастосовних підходах між висновками, викладеними в оскаржуваній постанові апеляційного суду, та висновками, сформульованими до цього у постанові (постановах) Верховного Суду при розгляді подібних справ. Це передбачає, зокрема:

а) пошук і аналіз відповідної практики Верховного Суду із зазначенням номеру справи та дати ухвалення постанови (постанов);

б) вказівку на сталість правового висновку Верховного Суду та відсутність постанови про відступлення від такого висновку;

в) позначення у касаційній скарзі в чому конкретно полягає невідповідність висновків суду апеляційної інстанції висновкам Верховного Суду, викладених у перелічених постановках;

г) обґрунтування того, що оскаржуване рішення та постанови Верховного Суду, надані для порівняння, ухвалені у справах, що виникли із подібних правовідносин та за аналогічних фактичних обставин.

Відповідно, поданням касаційної скарги з окресленої підстави адвокат сигналізує про існування порушення засади однакового застосування закону при розгляді подібних справ і, у випадку доведення під час касаційного перегляду обставин, зазначених вище, сприяє таким чином Верховному Суду в усуненні відповідних розбіжностей та забезпеченні сталості судової практики.

Так, постановою Верховного Суду від 21.04.2021 р. у справі № 199/5331/19 було задоволено касаційну скаргу адвоката на постанову Дніпровського апеляційного суду від 13.10.2020 р. Підтримуючи аргументи, викладені адвокатом у скарзі, суд касаційної інстанції констатував неправильне врахування апеляційним судом висновків Верховного Суду, викладених у постановах від 07.04.2020 р. у справі № 316/265/17, від 14.02.2020 р. у справі № 757/64361/17, а також висновків Верховного Суду України, викладених у постановах від 10.06.2015 р. у справі № 6-36цс15, від 11.05.2016 р. у справі № 6-338цс16 стосовно встановлення факту укладення договору банківського рахунку, а також стягнення відсотків за користування грошовим вкладом при розгляді спорів, що виникають між банками та вкладниками. Вищенаведене стало підставою для скасування оскаржуваного судового рішення із направленням справи на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

На відміну від розглянутої підстави касаційного оскарження підстава, передбачена п. 2 ч. 2 ст. 389 ЦПК України, є більш складною в обґрунтуванні, оскільки вимагає від заявника переконання Верховного Суду у необхідності перегляду та формування нового підходу до застосування норми права, який не відповідає тому, що був сформований до цього касаційним судом. З аналізу наведеної норми випливає, що аргументативна частина касаційної скарги має містити:

- а) посилання на усталені висновки Верховного Суду щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, які були враховані судом апеляційної інстанції при ухваленні оскаржуваного рішення;
- б) обґрунтування необхідності відступлення від таких висновків;
- в) визначення (пропозицію) нового підходу у застосуванні норми права, який є протилежним усталеному.

Таким чином, якщо у першому випадку мотивом подання касаційної скарги стає забезпечення єдності судової практики через усунення виявлених розбіжностей у застосуванні правової норми, то у другому – формування нової практики застосування правових норм через зміну підходу, сформованого до цього Верховним Судом.

Водночас найбільш яскраво, на нашу думку, можливість адвоката сприяти забезпеченню єдності судової практики простежується через оскарження в касаційному порядку рішень з підстави, передбаченої п. 3 ч. 2 ст. 389 ЦПК України. Механізм реалізації відповідної підстави передбачає:

- а) зосередження адвокатом уваги на конкретній нормі права, що підлягає застосуванню у спірних правовідносинах;

б) ґрунтовний аналіз практики розгляду Верховним Судом справ, що виникають із подібних правовідносин, на предмет виявлення відсутності сформульованих правових висновків суду з питань застосування відповідної норми;

в) обґрунтування неправильного застосування судами в оскаржуваних рішеннях норми права, з необхідністю формування Верховним Судом правового висновку та висловленням адвокатом власної позиції щодо шляхів її правильного застосування.

Унікальністю третьої із розглянутих підстав касаційного оскарження є те, що у разі задоволення касаційної скарги заявник по суті виступає ініціатором вироблення Верховним Судом нового, до цього невідомого підходу щодо застосування норми права при розгляді справ у подібних правовідносинах.

Таким чином, сукупний аналіз підстав касаційного оскарження, перелічених у пунктах 1-3 ч. 2 ст. 389 ЦПК України, вказує на те, що поданню касаційної скарги має передувати ретельне вивчення адвокатом існуючої практики Верховного Суду на предмет виявлення суперечливих підходів у правозастосуванні, необхідності відступлення від усталених позицій чи, навпаки, формуванню нової правової позиції. Аргументація останнього є важливою складовою відповідного процесуального документа й остаточно має на меті сприяння Верховному Суду у забезпеченні єдності судової практики. Відсутність такого обґрунтування, так само як і неналежне обґрунтування наявності підстав для касаційного перегляду, процесуальним законом визнаються як недолік касаційної скарги, що спричиняє залишення такої скарги без руху або її повернення (частини 2, 3 ст. 393 ЦПК України).

Поряд із викладеним, роль адвоката у забезпеченні єдності судової практики може бути також простежена через подолання іншого існуючого касаційного фільтру за ознакою малозначності справи.

За загальним правилом, визначеним у п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК України, судові рішення у малозначних справах та у справах з ціною позову, що не перевищує двохсот п'ятдесяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, не підлягають касаційному оскарженню. Разом із тим законом передбачені випадки, коли відповідний фільтр може бути подоланий заявником і зокрема, таким є підняття у касаційній скарзі питання права, що має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики (пп. «а» п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК України).

Із цього випливає, що поряд із необхідністю обґрунтування наявності загальних підстав для касаційного оскарження, розглянутих вище, на адвоката при зверненні до суду з касаційною скаргою на рішення, ухвалене у малозначній справі, додатково покладається тягар обґрунтування наявності фундаментальної правової проблеми, що має значення для формування єдиної правозастосовної практики в такій справі. Останнє, в силу очевидної оціночної природи наведеної категорії, вимагає належної аргументації у тексті касаційної скарги.

Як приклад, можна навести цивільну справу № 742/2585/19, у якій адвокатом позивача було подано касаційну скаргу на судові рішення у малозначній

справі, у частині вирішення судом питань про стягнення витрат на професійну правничу допомогу із посиланням на пп. «а» п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК України. Оцінюючи доводи заявника, Верховний Суд в ухвалі від 28.09.2020 р. дійшов висновку, що касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики щодо розподілу витрат на правничу допомогу, які має бути сплачено, у разі підтвердження обсягу наданих послуг і виконаних робіт. До того ж суд при вирішенні питання про відкриття касаційного провадження також взяв до уваги посилання адвоката на застосування апеляційним судом норми права без урахування висновків Верховного Суду, викладених у постанові від 03.10.2019 р. у справі № 922/445/19, у зв'язку з чим судом було визначено, що необхідність забезпечення єдності судової практики в наведеному випадку є більш пріоритетною у порівнянні із малозначним характером справи.

Розглядаючи процесуальні можливості адвоката бути активним суб'єктом впливу на дотримання засад однакового застосування судами правових норм, не можна оминати увагою також існуючий порядок розгляду прав у складі палат Верховного Суду. Указаний порядок сам по собі виступає важливим складником процесуального механізму забезпечення єдності судової практики, оскільки покликаний усувати потенційні розбіжності між висновками Верховного Суду щодо застосування норм права у подібних правовідносинах, які можуть виникати вже на стадіях касаційного розгляду, а також бути інструментом вирішення виключних правових проблем, коли передача справи на розгляд до Великої Палати Верховного Суду обумовлена необхідністю забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики.

Водночас на відміну від розглянутих вище способів впливу адвоката на питання забезпечення єдності судової практики, що пов'язані із подоланням касаційних фільтрів та особливою методикою аргументації касаційної скарги, інструментом ініціювання питання про передачу справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду є відповідне клопотання, яке подається в порядку, встановленому ст. 404 ЦПК України та передбачає обґрунтування наявності підстав для такої передачі, перелічених у ст. 403 ЦПК України.

Зокрема, з аналізу відповідних норм випливає, що клопотання адвоката про передачу справи на розгляд до Великої Палати Верховного Суду повинно містити належну аргументацію того, що справа, в якій він надає професійну правничу допомогу, містить виключну правову проблему та потребує вироблення Верховним Судом єдиних узгоджених підходів щодо застосування норми права у подібних правовідносинах.

Як наголошено в ухвалі Великої Палати Верховного Суду від 30.10.2018 р. у справі 757/172/16-ц й у подальшому неодноразово продубльовано в інших постановках суду, виключна правова проблема має оцінюватися з урахуванням кількісного та якісного вимірів. З позиції Верховного Суду кількісний вимір ілюструє той факт, що проблема наявна не в одній конкретній справі, а у невизначеній кількості спорів, які або вже існують, або можуть виникнути з ураху-

ванням правового питання, щодо якого постає проблема невизначеності. У свою чергу з погляду якісного критерію про виключність правової проблеми свідчать такі обставини, як відсутність сталої судової практики у питаннях, що визначаються як виключна правова проблема; невизначеність на нормативному рівні правових питань, які можуть кваліфікуватися як виключна правова проблема; необхідність застосування аналогії закону чи права; вирішення правової проблеми необхідне для забезпечення принципу пропорційності, тобто належного балансу між інтересами сторін у справі. Метою вирішення виключної правової проблеми є формування єдиної правозастосовної практики та забезпечення розвитку права.

Процитована позиція, на наш погляд, виступає важливим методичним орієнтиром для адвоката та підлягає врахуванню при підготовці відповідного клопотання про передачу справи на розгляд до Великої Палати Верховного Суду.

Узагальнюючи все вищевикладене, варто наголосити, що забезпечення єдності судової практики не слід розглядати виключно як проблему Верховного Суду та його персональну відповідальність. Безумовно, як в силу Закону України «Про судоустрій і статус суддів», так і в силу окремих положень процесуальних кодексів саме Верховний Суд виступає центральною інституцією у сфері формування єдиних підходів щодо застосування правових норм, для чого законодавець надає йому низку спеціальних процесуальних інструментів. Однак зважаючи на суттєве значення окресленої проблематики та динаміку процесуального законодавства в частині доступу до касації у цивільних справах, певну місію та можливості у сприянні єдності судової практики відведено також і адвокатам. Останнє найбільш відчутно виявляється при зверненні до Верховного Суду із касаційною скаргою, що на сьогодні вимагає від адвоката розширеної аргументації при обґрунтуванні наявності підстав для касаційного перегляду із ретельним аналізом усталеної практики й правових позицій касаційного суду та інколи наведенням доводів стосовно необхідності відступлення від таких і формування нових єдиних правозастосовних підходів.

Попов О. І., PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Procedure, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: alexpopov.kh@gmail.com ; ORCID 0000-0002-4792-250X

The role of the advocate in the ensuring the unity of the judicial practice in civil cases

The presented work highlights the possible ways of the advocate's influence on the implementation by the Supreme Court of the function of ensuring the unity of judicial practice in civil cases. Without denying the status of the Supreme Court as a central institution in the field of forming unified approaches to law enforcement, attention is focused on the fact that the dynamics of procedural legislation in terms of regulating procedures for access to cassation in civil cases allows us to rethink the mission and content of the representative function of a lawyer at the appropriate stage of the civil process. Based on the analysis of the current edition of the Civil Procedure Code of Ukraine, it is argued that the ability of the advocate to be an active subject of influence on the formation of a unified law enforcement practice is most noticeably manifested when overcoming existing filters of access to cassation, in particular, when applying to the Supreme Court with a cassation appeal, which today demands from the advocate extended argumentation when proving the existence of grounds for cassation revision, with a thorough analysis of

the established practice of the cassation court and, at times, giving reasons for the need to deviate from such practice and form new law enforcement approaches.

Along with the above, among the individual methods of influence of the advocate on ensuring the unity of judicial practice, the filing of a petition for the suspension of proceedings on the basis of a review of a court decision in similar legal relations (in another case) by way of appeal by the chambers of the Supreme Court, as well as a petition to transfer the case for consideration The Grand Chamber of the Supreme Court in connection with the need to resolve an exceptional legal problem.

Keywords: advocate in civil proceedings; the Supreme Court; the unity of judicial practice; grounds for cassation appeal; legal opinions of the Supreme Court; the principle of legal certainty.

Рекомендоване цитування: Попов О. І. Роль адвоката у забезпеченні єдності судової практики при розгляді цивільних справ. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 127–137. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238834>.

Suggested Citation: Popov, O.I. (2021). Rol advokata u zabezpechenni yednosti sudovoi praktyky pry rozghliadi tsyvilnykh sprav [The role of the advocate in the ensuring the unity of the judicial practice in civil cases]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 127–137*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238834> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 10.08.2021 р.



Lewandowska Ewa,
PhD in Law, Department of Civil Law
and Private International Law,
Faculty of Law and Administration,
University of Warmia and Mazury in Olsztyn,
Poland
e-mail: ewa1bieniek@gmail.com;
e.lewandowska@uwm.edu.pl
ORCID 0000-0001-8369-6290

doi: 10.21564/2414–990X.154.238983
UDK 347.78

A MISSING PERSON AS A COPYRIGHT HOLDER

The disappearance of people is a phenomenon that requires in-depth multi-faceted analysis. The law does not regulate the situation of a missing person between their disappearance and being declared dead. During this time, in the understanding of the law, a missing person remains an entity that can dispose of their property rights and personal rights, but because of the disappearance people are unable to do that, so his/her rights are exposed to be lost or unlawfully used by other persons. As a result, many doubts must be faced by people close to the missing person.

This work discusses the copyrights of the missing person, its execution and protection in the time between the disappearance and declaring the person dead. As an introduction, the subject of copyright (work) is discussed and the division of copyright into moral rights and property rights is indicated. Next, the paper presents the possible ways of proceeding in the event of a disappearance, including a minor, spouse, and co-creator. The possibility of appointing a custodian and submitting a request to a prosecutor is indicated, and an analogous application of provisions in the event of death is proposed. Moreover, a situation where an action to protect moral/economic copyrights has been brought before a person missing (the proceedings are pending) is noted. Finally, the consequences of declaring a missing person to be dead are discussed.

Based on the considerations carried out, it can be concluded that there is no single appropriate legal solution in a situation where there is a need to exercise and protect the personal/economic copyrights of a missing person. The proposed solutions of proceeding in the missing person case are not specifically designed in the event of a disappearance, and their application is not established in practice. It seems that the court should recognize the need to protect the interests of the missing person and allow the proceedings to be conducted when referring to one of the proposed solutions. Adaptation of the indicated solutions, in the face of the forced inactivity of the missing person, should guarantee the protection of his/her rights. De lege ferenda, it is worth considering the general regulation of a person's situation from the moment of his/her disappearance until he/she is declared dead. This could be done by introducing a provision providing for the possibility of appointing a custodian to handle the missing person's affairs.

Keywords: missing person; declared dead; work; copyrights.

Левандовська Є., кандидатка юридичних наук, кафедра цивільного права і міжнародного приватного права, факультет права і адміністрування, Вармінсько-Мазурський університет в Ольштині.

e-mail: ewa1bieniek@gmail.com ; e.lewandowska@uwm.edu.pl ; ORCID 0000-0001-8369-6290

Зникла особа як власник авторських прав

Зникнення людей – це явище, яке потребує глибокого багатогранного аналізу. Закон не регулює становище зниклої людини між її зникненням та оголошенням померлим. Протягом цього часу, за законом, зниклий безвісти залишається суб'єктом господарювання, який може розпоряджатися своїми правами власності та особистими правами, але ж фактично зникла людина не може цього зробити, тому його/її права втрачаються або незаконно використовуються іншими особами.

Досліджено авторські права зниклої особи, їх виконання та захист у період між зникненням та оголошенням особи померлою; предмет авторського права (твору) та поділ авторського права на моральні права та майнові права. Запропоновано можливі шляхи поводження у разі зникнення, включаючи неповнолітніх, подружжя та співавтора; розглянуто можливість призначення опікуна та подання клопотання прокурору, а також запропоновано аналогічне застосування положень у разі смерті. Проаналізовано ситуацію, коли до захисту особи, яка пропала безвісти (розгляд справи триває), було подано позов про захист моральних/економічних авторських прав. Вивчено наслідки оголошення пропалої безвісти мертвою.

Зроблено висновок, що немає єдиного відповідного правового рішення у ситуації, коли є необхідність реалізувати та захистити особисті/економічні авторські права зниклої особи. Запропоновані рішення у справі про зниклу особу спеціально не розроблені, а їх застосування не встановлено на практиці. Очевидно, що суд повинен визнати необхідність захисту інтересів зниклої особи та дозволити провадження у справі, посилаючись на одне із запропонованих рішень. Адаптація таких рішень з огляду на вимушену бездіяльність зниклої особи повинна гарантувати захист її/його прав. *De lege ferenda*, варто розглянути загальне регулювання становища особи з моменту її зникнення до моменту оголошення її померлою. Це можна було б зробити, запровадивши положення, яке передбачає можливість призначення опікуна для розгляду справ зниклої особи.

Ключові слова: зниклий безвісти; оголошений померлим; авторські права.

1. Introduction

Problem setting. The problem of the death of an individual is the subject of interest in many fields of science, including being widely discussed in law. The main issue is identifying an appropriate definition of death, especially because of its correlation with medical treatment and organ donation. In world literature it is discussed in terms of historical and current standards of the moment of death, but most of all regarding proposed alternative standards¹. Those considerations are very important, because its results are statutory regulations of the moment of death, which influences *inter alia* the rules of succession.

A special regulation regards provisions for the presumption of death, which indirectly relate to the definition of death, because they apply when a person goes missing, but it is not known whether the person is still alive or has already died (the so-called surrogate establishing the fact of death², death in absentia, also known as “legal death”³). The purpose of the presumption of death is therefore to declare the

¹ Among these, a lot of space is devoted to brain death, see: Sarby, B. (2016). Definitions of Death: Brain Death and What Matters in a Person. *Journal of Law and the Biosciences* 3, no. 3, 2016, p. 743–752; Lewis, A., Cahn-Fuller, K. Caplan, A. (2017). Shouldn't Dead Be Dead: The Search for a Uniform Definition of Death. *Journal of Law, Medicine and Ethics* 45, no. 1, 2017, p. 112–128; Lombard, J. (2012). The Definition of Death. *Hibernian Law Journal* 11, 2012, p. 63–84; Marquis, D. (2014). Death as a Legal Fiction. *American Journal of Bioethics* 14, no. 8, 2014, p. 28–29.

² Pilich, M. (2021). Commentary to art. 29. In: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, cz. 1 (art. 1–55(4)), J. Gudowski (ed.), Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2021, available in lex database.

³ Burch, R.A. (2017). Presumed Dead: Why Arizona Should Shorten the Required Time for Beloved Missing Persons to Be Declared Legally Dead. *Arizona Summit Law Review* 10, no. 1, 2017, p. 60.

death of a person and thus remove a state of uncertainty. As it turns out, globally every year thousands of people are reported missing¹. Therefore, there is no doubt that unresolved disappearances are a phenomenon that requires in-depth multifaceted analysis.

Analysis of recent research and publications. Legal regulations about presumption of death are constructed in countries depending on the circumstances of the missing person's disappearance, and the length of waiting time required depends solely on the age of the person at the time of his or her disappearance². Based on the literature review, it can be concluded that authors focus on the analysis of specific cases of the disappearances of natural persons (e.g., their hypothetical causes), the interpretation of the content of the applicable regulations and legal consequences of the presumption of death³. Meanwhile, it seems that in the case of the missing person, too little space is devoted to the legal situation of the missing but not yet declared dead person, including, *inter alia*, implementation and protection of its rights.

The legal status of disappeared persons is unique in law. From a legal point of view, a missing person, until an order declaring death is issued, is treated as a live person, and therefore, for example, participates in established civil relations. Disappearance is not the same institution as death. A missing person may be a husband or a parent; is an employee/employer or runs his/her own business; and/or he/she is the owner of things (e.g., a car, a flat), and may also be entitled to intangible goods such as intellectual property rights, e.g., a work (in the meaning of copyrights), computer programs, inventions, or utility models. The law does not regulate situations that relate to a missing person who is not yet declared dead (there are many more of these⁴). Meanwhile, against this background, a number of doubts can arise that need to be dealt with by those closest to the missing person.

Statement of article objective. The considerations in this study are intended to discuss the copyrights of a missing person, their exercise and protection in the time between disappearance and declaring a person dead. As an introduction and systematization of the main matter, the subject of copyright is discussed (as a concept necessary to determine the copyright of a missing person) and the division

¹ Schoeman-Malan, L. (2018). Missing Persons – Current Tendencies. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)* 81, no. 2, 2018, p. 219.

² For example, see art. 29–32 of the of the Act of April 23, 1964, The Civil Code (consolidated text, *Journal of Law of 2019*, item 1145, as amended), hereinafter: the Civil Code.

³ For more especially see: Burch, R. A. (2017). *op.cit.* p. 63–67, and also Lisnicha, T.V. (2011). The Law Consequences of Appearance of a Person Who Was Declared Dead: Detection and Solutions to Related Problems. *Law and Safety* no. 4, 2011, p. 196–200; Stewart, R.J. (1988). Presumption of Death. *Advocate (Vancouver Bar Association)* 46, no. 4, 1988, p. 595–602; Ramghani H.M., Roshan, M., Khah M.N. (2017). The Effect of Death on Dissolution of Marriage Contract with Emphasis on Presumed Death. *Journal of Politics and Law* 10, no. 1, 2017, p. 219–227; Citroni, G. (2014). The Pitfalls of Regulating the Legal Status of Disappeared Persons through Declaration of Death. *Journal of International Criminal Justice* 12, no. 4, 2014, p. 787–804.

⁴ For example, see: Schoeman-Malan, L. (2018). *op.cit.* p. 236.

of copyrights into moral rights and economic rights is indicated. Then, possible ways of proceeding in the event of a person missing are presented, including the status of the person (child, spouse, co-creator). Also noted is when an action for the protection of moral/economic copyrights was brought before the person missing (the proceedings are pending). Finally, the consequences of declaring a missing person to be dead are discussed. Due to the specificity of the analyzed issues, the subject of analysis was the legal solutions applicable under Polish law. The considerations may be an initiation for further discussion, especially a comparative one.

Presentation of the main body of the article

2. The work and the copyrights created at the time of its establishment

Legal protection covers not only things (material objects), but also products of the human mind (intellect) in the form of non-material intangible goods belonging to the broad category of intellectual property rights. Part of an intellectual property right is copyright relating to the work. It should be emphasized that the qualification of a “product” of human activity as a work allows for the application of copyright law. To the work are assigned moral and economic copyrights¹. Also, a missing person may be entitled to copyrights. Therefore, in order to discuss the exercise and protection of copyrights of a missing person, first of all it is necessary to define the concept of a work and to describe moral and economic copyrights.

2.1. Work definition

A work is an intangible good, not being a thing². Generalizing (simply speaking) it can be distinguished, for example, a copy of a book, i.e., a material object constituting a collection of sheets of paper on which graphic signs are printed (material object, physical content carrier) and a work, i.e., the content of a book, thoughts expressed in a linguistic message, that are duplicated in multiple copies of books. In this context, copyright protects “content” because it is the product of the author’s intellect, regardless of its physical medium.

The legal definition of a work is broad, probably because it also includes an open catalog of works (Article 1 of the Act of February 4, 1994 on Copyright and Related Rights³), which should meet three premises: it should be the result of creative activity, have an individual character and be determined in any way⁴. Specification of

¹ The Polish Copyright Law establishes a dualistic structure of copyrights, distinguishing moral and economic rights, Traple, E. (2013). In: Prawo autorskie i prawa pokrewne, System Prawa Prywatnego, Tom 13, J. Barta (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2013, p. 133.

² Compare: Madison, M.J. (2017). IP Things as Boundary Objects: The Case of the Copyright Work. Laws 6, no. 3, 2017, p. 1-44.

³ Act of February 4, 1994 on Copyright and Related Rights (consolidated text, Journal of Law of 2019, item 1231, as amended), hereinafter: the Copyright Law.

⁴ There are extensive jurisprudence as to the interpretation of the premises of the work, for example: judgment of Administrative Court in Lodz of March 22, 2018, case reference No. I AGa 54/18 (lex database, No. 2684129), judgment of the Supreme Administrative Court of January 21, 2021, case reference No. II GSK 954/18 (lex database, No. 3118365), judgment of the Supreme Administrative Court of July 11, 2018, case reference No. II FSK 1845/16 (lex database, No. 2528581), judgment of the Court of Appeal in Katowice of December 16, 2020, case reference V AGa 652/18 (lex database, No. 3112822).

the indicated premises can be made on the basis of a review of the jurisprudence. On this basis it follows that we deal with creative activity when the process of creation is the result of an independent creative effort of a human being, originating in the mind of the creator. It is not a creative activity that is imitative, artisanal, technical or otherwise devoid of elements of imagination, free expression, repetition, or pattern. Creative activity may relate to any area of human activity, including artistic, musical, literary, scientific, etc. In turn, the individual character of a work means that when it is the result of a personal approach to the creator and not the result of certain regularities (e.g., pattern). Therefore, it is statistically unique (original) and different from the works previously functioning in the so-called public domain. At the same time, the law does not define the minimum of originality. In the event of a dispute, the court shall assess the originality of the “product”. Finally, the work should be externalized in such a way that it is possible or at least once perceptible by third parties. The arrangement of the work may take any form, e.g., simply singing a song in front of an audience is an arrangement¹. The premise of a work, and even more than premise – its legal protection condition – are not such features as: value (aesthetic, economic, functional, etc.), purpose (artistic, functional, commercial, and other), manner of expression (drawing, sketch, mockup, etc.), edition and the nature of the creator’s work, as well as the creator’s age, education, mental state (sanity), etc. The work does not have to be finished (protection also applies to, for example, a draft of a work, Article 1 sec.3 of the Copyright Law).

It is worth emphasizing that the work is protected from the moment of its creation (externalization of the work), regardless of the fulfillment of any formalities, e.g., registration, submission of the work, or payment of a fee. Protection arises automatically (by operation of law, regardless of the creator’s intention). Disclaimers appearing on the work, such as “copyright by” and “all rights reserved” are for informational purposes only. Their absence does not negate protection².

It should be noted that discoveries (e.g., scientific discoveries concerning objectively existing elements), ideas (e.g., style), procedures (e.g., a recipe), methods (e.g., used in creating a work) and principles of operation as well as mathematical concepts are not covered by protection (Article 1 sec. 2¹ of the Copyright Law). Copyright protection may apply to a concrete realization, e.g., the concept of a game as an idea is not protected, but as a specific board game – provided that it meets the requirements of the work – is protected. Moreover, the legislator clearly indicated that they are not subject to copyright: normative acts and their official drafts (e.g., acts, regulations); official documents, materials, signs, and symbols (e.g., court judgments, administrative decisions; it seems that official materials include rector’s orders, university authorities’ announcements); published patents and protections

¹ Wider about premises of a work: Barta J., Markiewicz, R. (2016). *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2016, p. 48–83; Grzybczyk, K. (2017). Commentary to art. 1. In: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, P. Ślęzak (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2017, p. 6–13.

² For example: Flisak, D. (2018). Commentary to art. 1. In: *Komentarz do wybranych przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, D. Flisak (Ed.), lex database, 2018.

(e.g., inventions); simple press releases (simple information devoid of comments, used in press services, traditional and electronic press) (Art. 4 of the Copyright Law)¹.

2.2. Copyrights

2.2.1. Moral copyrights

With the work (according to the law in force in Poland) are connected moral and economic copyrights². Moral copyrights protects the creator's bond with the work, i.e., the emotional, psychological relationship of the creator with the "product" of his intellect (non-economic interests). Moral rights are not transferable³. Moreover, these rights are unlimited in time (Art. 16 of the Copyright Law). The entitled from moral rights is the author or co-creator (human only). If the work was created/co-created by a person who has disappeared, that person remains as the author of the work and is still entitled to moral rights.

Pursuant to Art. 16 of the Copyright Law, the catalog of an author's moral rights is open, and in particular includes the right to: 1) authorship of the work; 2) mark the work with his or her name or pseudonym or to make it available anonymously; 3) inviolability of the content and form of the work and its fair use; 4) decide on the first release of the work to the public; and 5) supervise the use of the work⁴. The author's rights indicated above may be limited by the legitimate interests of entities entitled to copyrights to the work (e.g., licensees, publishers) and due to the development of new technologies and the exploitation of works and the interests of recipients.

2.2.2. Economic copyrights

As the name implies, economic copyrights are shaped like property⁵. Contrary to moral rights, entitlement to economic copyrights may be a legal entity other than the author/co-author (see Art. 11, Art. 12, Art. 41, Art. 74 sec. 3 of the Copyright

¹ See: Markiewicz, R. (2018). *Ilustrowane prawo autorskie*, Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2018, p. 128–135.

² These rights have been formulated in article 6bis (1) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act of 24 July 24 1971, as amended on 28 September 1979. WIPO Publication No 287 (E), see also: Matveev, A.G. (2016). *The Structure of Copyright Systems of France, Germany and Russia*. *Perm University Herald Juridical Sciences* 33, 2016, p. 348–353; Pisuke, H. (2002). *Moral Rights of Author in Estonian Copyright Law*. *Juridica International* 7, 2002, p. 166–175.

³ That is connected with the interesting phenomenon called "ghostwriting", for more see: Lerman, L.G. (2001). *Misattribution in Legal Scholarship: Plagiarism, Ghostwriting, and Authorship*. *South Texas Law Review* 42, no. 2, 2001 p. 472–479; Lewandowska, E. (2018). *Ghostwriting, ghostpainting, ghostcomposing... czyli o pozornym autorstwie*. In: *Gospodarka narodowa a rynek wewnętrzny Unii Europejskiej. Prawno-ekonomiczne problemy integracji. Własność intelektualna – konkurencja – przedsiębiorczość*, M. Krylikowska-Olczak, D. Ossowska-Salamonowicz, M. Salamonowicz, A. Cekała (Eds.), Olsztyn: E-Seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, 2018, p. 39–48.

⁴ For example compare: Pisuke, H. (2002). *op.cit.* p. 169–170; Jones, P. (1997). *Copyright Law and Moral Rights*. *Waikato Law Review* 5, 1997, p. 84–86.

⁵ Traple, E. (2013). *op.cit.* p. 137–144; Błeszyński, J. (2017). "Własnościowy" model autorskich praw majątkowych według polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. In: *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (Eds.), Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2017, p. 45–60.

Law). First of all, these rights are transferable, which means they can be transferred to another person by inheritance or by contract (Art. 41 of the Copyright Law)¹. As a result of the conclusion of the contract for the transfer of economic copyrights – the buyer or the contract for the use of the work (license) – the licensee becomes entitled to the economic copyrights to the extent specified in the contract, e.g., acquiring the right to use the work in a specific field of exploitation. This means that a missing person may also be an entity entitled under economic copyrights (e.g., as a creator/co-creator, producer, employer, heir, buyer of economic copyrights). It is then that relatives should consider taking actions regarding copyrights.

Pursuant to Art. 17 of the Copyright Law, unless the Act provides otherwise, the author/co-author has the exclusive right to use the work and dispose of it in all fields of use and to remuneration for use of the work². The rights resulting from economic copyrights also include the exclusive right to authorize the exercise of derivative copyright (Art. 46 of the Copyright Law), i.e., the right to compile works, in particular translations, modifications, and adaptations³. Due to the transferability of economic copyrights, the above-mentioned rights may also be held by other entities.

A characteristic of economic copyrights is that they are limited in time (as opposed to moral rights). As a rule (subject to the exceptions provided for in the Act), copyrights expire seventy years after the author's death, and co-authored works expire upon the death of the longest surviving co-author (see Art. 36 of the Copyright Law)⁴.

3. The fact of disappearance and the need to exercise and protect copyrights

Until what happened with the missing person is known, i.e., the person is found, the corpse is found, or the time required for declaring him or her dead has elapsed, he/she remains the legal entity that may dispose of his/her property and personal rights. However, *de facto* – due to the fact that the person has disappeared – a waiting situation arises, and the rights of the missing person are exposed to the risk of loss or unlawful use by other persons.

Assuming that the missing person is the creator and only person authorized under economic copyrights (i.e., there is no co-creator, other co-authorized entity, proxy, etc.), all actions falling within the scope of the rights resulting from moral/economic copyrights remain without any reaction from the entitled person. Among other things, it is not known who can give effective consent to another entity to use

¹ Kubala, W. (1995). Autorskie prawa majątkowe jako przedmiot obrotu prawnego. Przegląd Prawa Handlowego no. 5, 1995, p. 28–30; Sokołowska, D. (2018). O możliwości przeniesienia „całości” autorskich praw majątkowych. In: *Qui Bene Dubitat, Bene Sciet*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej, J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski (Eds.), Warsaw: Wolters Kluwer, 2018, p. 722–732; Markiewicz, R. (2018). op.cit. p. 432–434; Traple, E. (2010). Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim, Warsaw: Wolters Kluwer, 2010, p. 19 et seq.

² Barta J., Markiewicz, R. (2016). op.cit. p. 151 et seq., Matusiak, I. (2017). Commentary to art. 17. In: Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, P. Ślęzak (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2017, p. 167 et seq.

³ Załucki, M. (2017). Commentary to art. 46. In: Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, P. Ślęzak (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2017, p. 416 et seq.

⁴ Wider: Traple, E. (2013). op.cit. p. 241–270; Markiewicz, R. (2018). op.cit. 180–186.

the work (e.g., use of the work for its development, such as a translation) or transfer the rights. The lack of the entitled person also means that the entities obliged under contracts concluded with the entitled to pay remuneration for the use of the work cannot fulfill this obligation, which may have negative consequences for the property of the missing person. Among the consequences of failure to exercise copyright, without analyzing them in detail, are recognition of a lost authorship as an orphan work and loss of payment of funds (so-called revenue from rights). Moreover, due to the absence, the entitled party whose copyrights have been infringed by someone else (e.g., the work was disseminated without revealing the authorship or introducing changes to the work without the author's consent) will not file an action for their protection. The above observations prove that if we are dealing with a work and the copyright holder is a person who has disappeared, it is justified in such circumstances to consider possible ways of proceeding.

3.1. Exercise and protection of copyrights of a missing person

The provisions of the Copyright Law do not provide for any special regulations in the event of the author's absence with regard to neither moral nor economic copyrights. Therefore, the general provisions of civil law shall be applied. These, however, are not designed specifically in the event of absence, and their use is not established in practice. It seems that the court should recognize the need to protect the interests of the missing person and allow the proceedings to be conducted when referring to one of the proposed solutions. Adaptation of the indicated methods of action, in the face of the forced inactivity of the missing person, will prevent the protection of his/her rights from remaining illusory. Below, on the basis of a review of civil law provisions, are possible ways of proceeding in the event of a person's disappearance and the need to exercise and protect their copyrights. If there are differences among the presented options depending on the category of rights (personal or economic), these are indicated in the content.

3.1.1. Minor missing

It seems that in a situation where the missing child is under parental authority, its legal representative may take steps to protect copyrights. The legal basis is Art. 95, 98, 101 of the Act of February 25, 1964, Family and Guardianship Code¹. A legal representative, usually a parent, may therefore bring claims against those who threaten or violate the personal/economic rights of the missing person. On the other hand, as regards the exercise of copyrights of a missing minor, it can be indicated that parents are obliged to exercise due diligence in managing the property of a child under their parental authority². It must be stipulated that parents may not, without the consent of the guardianship court, perform "activities beyond the scope of day-to-day management" (Art. 101 of the Family Code³). It can be assumed that legal actions

¹ Act of February 25, 1964, Family and Guardianship Code (consolidated text, Journal of Law of 2020, item 1359, as amended), hereinafter: Family Code.

² Romanow, Sz. (2021). Zarząd majątkiem dziecka sprawowany przez rodziców, *Transformacje Prawa prywatnego* 1, 2021, p. 125–152.

³ The undefined, Gajda, J. (2020). Commentary to art. 101. In: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2020, legalis database.

involving the copyrights of the missing person (e.g., granting consent to use a work) require the consent of the guardianship court. Similar is the collection of remuneration for use of a work due to a missing child. However, due to the content of Art. 101 § 2 of the Family Code, it should be taken into account that the court may refuse to permit the collection of remuneration. The provision of art. 101 § 2 of the Family Code indicates that management exercised by parents does not include the child's earnings¹.

3.1.2. Missing spouse

In the event that the missing person remains married and the spouses were living together until the disappearance, it should be considered that the spouse may request protection on the basis of Art. 29 of the Family Code. This provision provides for the legal representation of the spouse who, due to a temporary obstacle, cannot act in matters of ordinary management of his or her personal property². By the same example, it can be indicated that a spouse may collect receivables due to the other spouse without a power of attorney.

Although the protection of personal copyright is not a property matter, in this case it is about the protection of rights, i.e., conservative activities that may be performed by persons authorized under the Act to perform ordinary management activities. The protection of these rights may be the further condition of the protection of the property rights of the entitled person, especially when the work has already been made available to the public.

3.1.3. Co-authorship

If the copyrights of the missing person result from co-authorship, each of the co-authors is entitled to pursue claims for infringement of copyright to the entire work. The benefit obtained is granted to all co-authors, depending on the size of the shares (Article 9 sec. 4 of the Copyright Law). The provisions of the Civil Code on joint ownership in fractional parts³ (Art. 9 sec. 5 of the Copyright Law).

3.1.4. Establishing a custodian

In the event of a person's disappearance, it is possible to submit an application to the guardianship court for the appointment of a custodian for a person who, due to his absence, cannot conduct his affairs and has not appointed an attorney (Article 184 of the Family Code). Since the person is missing and it is not known where he/she is, the fact of his/her death has not been established, and there is a need to protect the rights, this solution seems to be justified. In this case, it should be indicated that the person could act as the custodian of the missing person. After obtaining the decision to appoint a custodian of a missing person, the custodian will be able to bring claims against entities that threaten or violate the rights of the missing person⁴.

¹ The concept of earnings is broad, includes remuneration for contract work and income obtained from self-employed business activity, Gajda, J. (2020). op.cit. legalis database.

² Judgment of Administrative Court in Bialystok of March 8, 2013, case reference: No. I ACa 894/12 (legalis database, No. 715198).

³ I.e. the provisions of Art. 195 et seq. of the Civil Code.

⁴ The custodian of the missing person should not be confused with the proceeding custodian. It is a procedural institution that allows to conduct or initiate proceedings to pro-forma ensuring the existence of the other party to the process. It is established on the basis of procedural law or when

3.1.5. Application to the prosecutor

Another option to act in the event of a person missing is the possibility of applying to the prosecutor to initiate proceedings (Article 7 of the Act of November 17, 1964, Code of Civil Procedure¹). This can be done by any person if only the moral / economic rights of the missing person are threatened by someone else's action or have been infringed. Such an application should indicate the circumstances related to the threat/violation of the author's copyrights. It is worth pointing this out in an application to the disappearance of the entitled. The prosecutor assesses whether there is a need to protect the rights of a given person. He or she may request the initiation of proceedings in any case, as well as take part in any pending proceedings, if, in his or her opinion, it is required to protect the rule of law, citizens' rights or social interest (Article 7 of the Code of Civil Procedure). If proceedings are instituted, the prosecutor participates in the proceedings as a party with the rights of a party. He or she may submit statements, evidence applications, and also challenge decisions².

3.1.6. Analogous application of the provisions in the event of death

It seems that at the time of the disappearance of a person, it is also possible to consider allowing authorized entities in the event of their death to take protective measures. It is about invoking the fact that in the event of the death of person, others would have the right to demand protection of their rights (as if that person was already dead). An analogy would be that it is unknown whether the missing person is alive, his or her absence lasts for a long time, and there is a need to protect his/her copyrights.

In the case of moral rights, the legislator in the Copyright Law provided for a special solution in the event of death, namely Art. 78 sec. 2 and 4 of the Copyright Law. The cited provision provides (if the author has not expressed a different will) a group of people entitled to claim protection of moral copyrights after the author's death. On the other hand, as regards economic copyrights, the general provisions of civil law regulating inheritance are applied, subject to Art. 42 of the Copyright Law.

So far, no proceedings based on the proposed analogy are known, so it is difficult to decide whether the courts will accept such a solution. Therefore, it is even more worth discussing the proposed ones.

3.2. A missing person as authorized to exercise the moral rights of another creator

Although the author cannot renounce the relationship with the work, in practice he/she can contractually regulate the rules of exercising these rights, e.g., authorizing

the provisions of substantive law so require. The proceeding custodian performs actions only in the pending proceedings as a substitute party to the trial and may not take out-of-court actions, judgment of Court of Appeal in Szczecin of June 18, 2014, case reference I ACa 236/14 (legalis database, No. 1241503, wider: Gajda, J. (2020). Commentary to art. 184. In: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, K. Pietrzykowski (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2020, Legalis.

¹ Act of November 17, 1964, Code of Civil Procedure (consolidated text, Journal of Law 2020, item 1575, as amended), hereinafter Code of Civil Procedure.

² Wider: Pogonowski, P. (2021). Commentary to art. 7. In: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1–366, T. Wiśniewski (Ed.), Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2021, lex database.

another person to exercise moral rights¹. The situation may raise doubts when that authorized person goes missing.

At the beginning, it can be noticed that if a missing person is authorized to exercise the moral copyrights of another creator, assuming that the creator is alive, there is nothing to prevent him or her from exercising his or her moral copyrights. Whereas, when the only person authorized to exercise the author's moral copyrights (e.g., because he or she is deceased) is missing, it seems that other people interested in protecting the rights of the deceased creator should seek help from the association of authors competent in terms of the type of creativity or an organization for collective management of copyright or related rights that managed the copyrights of the deceased creator (Art. 78 sec. 4 of the Copyright Law). This interpretation is the result of the term "sequentially" as used in the mentioned provision².

4. Pending proceedings and the disappearance

A different situation from the ones discussed so far is when an action for the protection of moral/economic copyrights has already been brought before the disappearance of the person (i.e., the proceedings are pending), where the claimant/defendant is a missing person. As long as the authority does not have a death certificate or a legally binding court decision confirming death or a declaration of death, it is necessary to appoint an absent person's custodian. When representing a person absent in civil proceedings, the custodian acts on their behalf and in their interest (they are their legal representative). An interested person may submit a request to initiate proceedings for the appointment of a custodian for a missing person. Anyone whose rights are affected by the outcome of the proceedings is an interested person (Art. 510 in conjunction with Art. 601 of the Code of Civil Procedure). Basically, it is a person who, for example, is a party to the proceedings. Therefore, no one from the missing person's family may submit a motion to institute proceedings for the appointment of a custodian for a missing person. Since the proceedings for the protection of moral/economic copyrights are pending, the determination of the absence of the plaintiff/defendant (missing entitled person) should be made by the court *ex officio* and on this basis appoint a probation officer.

5. Declaring a missing person dead

Recognition of a missing person as deceased (Articles 29–32 of the Civil Code) results in a statement in law that he or she has died from the date specified in the court decision and from that date the provisions apply, as in the case of human death³. A death certificate is drawn up, the inheritance is opened, and certain entities can exercise their powers in the field of the rights of the deceased. The legal effects

¹ Wider: Wyrwiński, M. (2019). *Autorskie prawa osobiste w obrocie prawnym*. Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2019, p. 295–325.

² Lewandowska, E. (2018). Katalog podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich osobistych po śmierci twórcy. In: *Prawo w służbie małżeństwu i rodzinie. Księga jubileuszowa dedykowana ks. prof. dr. hab. Ryszardowi Sztuchmillerowi z okazji 70. rocznicy urodzin*, M. Ryżański, J. Krzywkowska, M. Rzewuska (Eds.), Olsztyn 2018, p. 207–208.

³ Pazdan, M. (2012). In: *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego, Tom 1*, M. Safjan (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2012, p. 1072.

of declaring a missing person dead are the same as those of a natural person's death¹. This has a significant impact on the actions that may be taken by persons close to the missing person in terms of copyright.

5.1. Actions that may be taken by the closest of the missing person in relation to the moral copyrights of the deceased person

Contrary to the protection of personal rights under the general provisions of civil law, moral copyrights do not expire upon the author's death, but continue indefinitely². For obvious reasons, however, the creator can no longer demand their protection. The legislator provided for a regulation for such a situation, stating that if the missing author did not express a different will (e.g., in a will), then after his or her death the spouse is entitled to exercise moral copyrights, and in the absence of such a spouse then descendants, parents, siblings, or descendants of siblings (art. 78 sec. 2 and sec. 3 of the Copyright Law)³. It should be emphasized that the indicated persons become eligible in the correct order (i.e., if the spouse of the deceased author is alive, other persons do not have the right to exercise the moral copyrights of the deceased author, etc.). Persons indicated in Art. 78 sec. 2 of the Copyright Law have the power to demand protection whether or not they are appointed to the estate. In the event that the author has entrusted the management of his or her rights to a collective rights management organization and has not expressed any other will, this organization may request protection of moral copyrights (Art. 78 sec. 4 of the Copyright Law). The indicated entities may demand that the violations be discontinued and their effects be removed, in particular that the person who committed the violation should make a public statement of appropriate content and form. The claim for the obligation of the infringer to pay an appropriate sum of money for the indicated social purpose also seems admissible⁴.

5.2. Actions that may be taken by the closest of the missing person in connection with the economic copyrights of the person declared dead

Economic copyrights are a part of the estate. In the case of inheritance of economic copyrights, the general provisions of civil law are applied (Art. 922 et seq. of the Civil Code) with one exception, namely if the copyrights of one of the co-authors were to be transferred to the State Treasury as the statutory heir, this part is transferred to the survivor co-authors or their legal successors, depending on the size of their shares (Art. 42 of the Copyright Law)⁵.

¹ Kalus, S. (2018). Commentary to art. 29, 30. In: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125), M. Frasz, M. Habdas (Eds.), Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2018, lex database.

² Wojnicka, E., Giesen, B. (2013). In: System Prawa Prywatnego, Prawo autorskie, t. 13, J. Barta (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2013, p. 384; Ślęzak, P. (2007). Dziedziczenie praw majątkowych w świetle polskiego prawa autorskiego. Rejent 1, 2007, p. 94 et seq.

³ Jankowska, M. (2017). Commentary to art. 78. In: Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, P. Ślęzak (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2017, p. 534–539.

⁴ Wider: Wyrwiński, M. (2021). Commentary to art. 78. In: Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Ustawy autorskie. Komentarze. Tom II, R. Markiewicz (Ed.), Warsaw: Wolters Kluwer Polska, 2021, lex database.

⁵ Wider: Załucki, M. (2018). Wokół problemu dziedziczenia praw autorskich. In: *Qui Bene Dubitat, Bene Sciet*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej, J. Barta, J. Chwalba, R. Mar-

The source of the inheritance may therefore be a will or a statute (if the deceased did not leave a will or the will did not contain any regulations regarding the author's economic copyrights). It can be mentioned here that, by virtue of inheritance, the heirs obtain a right which is consistent with the law of the testator. The heirs may use the work and dispose of the right to use it for the duration of copyright protection.

Summary and conclusions. The conducted analysis proves that, on the basis of the applicable regulations, there is no single, appropriate legal solution in a situation where there is a need to exercise and protect the moral / economic copyrights of a missing person. This creates uncertainty as to how to proceed, and is undoubtedly troublesome for the closest of the missing persons. Although some solutions seem obvious (e.g., in the case of the disappearance of a minor or a spouse), the choice among the others (appointment of a custodian, application to the prosecutor, application of the provisions in the event of death by analogy) is not easy. It can be concluded from legal experience that the optimal solution in the event of a person missing is appointing a custodian. However, as noted, the analyzed issues have not been discussed in the literature so far.

In view of the significance of the problem of the current disappearances of natural persons, it seems desirable to regulate the legal situation in the time between the disappearance of a person and declaring him or her dead. The considerations carried out show the issue only from the copyright point of view. Therefore, it is a small or even a marginal fragment of the problems that the closest of the missing person may have to deal with. It is worth the legislature considering on a general level the regulation concerning the situation of a person from the moment of his or her disappearance until he or she is deemed dead so that there is a clear legal basis for taking specific actions. *De lege ferenda*, this could be done by introducing a provision providing for the possibility of appointing a custodian to handle the missing person's affairs. Undoubtedly, the issues discussed in this paper require a broader discussion – even at an international level.

References

Legal acts:

1. Act of April 23, 1964, The Civil Code (consolidated text, Journal of Law of 2019, item 1145, as amended).
2. Act of February 25, 1964, Family and Guardianship Code (consolidated text, Journal of Law of 2020, item 1359, as amended).
3. Act of February 4, 1994 on Copyright and Related Rights (consolidated text, Journal of Law of 2019, item 1231, as amended).

kiewicz, P. Wasilewski (Eds.), Warsaw: Wolters Kluwer, 2018, p. 966–972; Szyjewska-Bagińska, J. (2011). In: Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, E. Ferenc-Szydełko (Ed.), Warsaw: C.H. Beck, 2011, p. 280; Lewandowska, E. (2017). Niektóre aspekty dziedziczenia praw autorskich majątkowych przez Skarb Państwa. Monitor Prawniczy 12, 2017, p. 635–640.

4. Act of November 17, 1964, Code of Civil Procedure (consolidated text, Journal of Law 2020, item 1575, as amended).
5. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act of 24 July 24 1971, as amended on 28 September 1979. WIPO Publication No 287 (E).

Bibliography:

6. Barta, J., Markiewicz, R. (2016). Prawo autorskie i prawa pokrewne. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
7. Błęszyński, J. (2017). „Własnościowy” model autorskich praw majątkowych według polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. In: *Experientia docet*. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple, P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (Eds.). Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
8. Burch, R.A. (2017). Presumed Dead: Why Arizona Should Shorten the Required Time for Beloved Missing Persons to Be Declared Legally Dead. *Arizona Summit Law Review* 10, 1.
9. Citroni, G. (2014). The Pitfalls of Regulating the Legal Status of Disappeared Persons through Declaration of Death. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, issue 4, 787–803.
10. Flisak, D. (2018). Commentary to art. 1. In: *Komentarz do wybranych przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*. D. Flisak (Ed.).
11. Gajda, J. (2020). Commentary to art. 101. In: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*. K. Pietrzykowski (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
12. Gajda, J. (2020). Commentary to art. 184. In: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*. K. Pietrzykowski (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
13. Grzybczyk, K. (2017). Commentary to art. 1. In: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. P. Ślęzak (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
14. Jankowska, M. (2017). Commentary to art. 78. In: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. P. Ślęzak (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
15. Jones, P. (1997). Copyright Law and Moral Rights. *Waikato Law Review*, 5.
16. Kalus, S. (2018). Commentary to art. 29, 30. In: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125)*. M. Fras, M. Habdas (Eds.). Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
17. Kubala, W. (1995). Autorskie prawa majątkowe jako przedmiot obrotu prawnego. *Przegląd Prawa Handlowego*, 5.
18. Lerman, L.G. (2001). Misattribution in Legal Scholarship: Plagiarism, Ghostwriting, and Authorship. *South Texas Law Review*, 42, 2.
19. Lewandowska, E. (2017). Niektóre aspekty dziedziczenia praw autorskich majątkowych przez Skarb Państwa. *Monitor Prawniczy*, 12.
20. Lewandowska, E. (2018). Ghostwriting, ghostpainting, ghostcomposing... czyli o pozornym autorstwie. In: *Gospodarka narodowa a rynek wewnętrzny Unii Europejskiej. Prawno-ekonomiczne problemy integracji. Własność intelektualna – konkurencja – przedsiębiorczość*. M. Krylikowska-Olczak, D. Ossowska-Salamonowicz, M. Salamonowicz, A. Cekała (Eds.). Olsztyn: E-Seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM.
21. Lewandowska, E. (2018). Katalog podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich osobistych po śmierci twórcy. In: *Prawo w służbie małżeństwu i rodzinie. Księga jubileuszowa dedykowana ks. prof. dr. hab. Ryszardowi Szytchmillerowi z okazji 70. rocznicy urodzin*, M. Ryżański, J. Krzywkowska, M. Rzewuska (Eds.), Olsztyn.
22. Lewis, A., Cahn-Fuller, K., Caplan, A. (2017). Shouldn't Dead Be Dead?: The Search for a Uniform Definition of Death. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 45, issue 1, 112–128.
23. Lisnicha, T.V. (2011). The Law Consequences of Appearance of a Person Who Was Declared Dead: Detection and Solutions to Related Problems. *Law and Safety*, 4.
24. Lombard, J. (2012). The Definition of Death. *Hibernian Law Journal* 11, 63–84.
25. Madison, M.J. (2017). IP Things as Boundary Objects: The Case of the Copyright Work. *Laws*, 6, 3.

26. Markiewicz, R. (2018). *Ilustrowane_prawo_autorskie*. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
27. Matusiak, I. (2017). Commentary to art. 17. In: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. P. Ślęzak (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
28. Matveev, A.G. (2016). The Structure of Copyright Systems of France, Germany and Russia. *Vestnik Permskogo universita. Juridicheskie nauki – Perm University Herald. Juridical Sciences*, vol. 33, 348–353.
29. Pazdan, M. (2012). In: *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*. Vol. 1. M. Safjan (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
30. Pilich, M. (2021). Commentary to art. 29. In: *Kodeks cywilny, Komentarz. Tom I. Część ogólna, cz. 1 (art. 1–55(4))*. J. Gudowski (Ed.). Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
31. Pisuke, H. (2002). Moral Rights of Author in Estonian Copyright Law. *Juridica International*, 7, 166–175.
32. Pogonowski, P. (2021). Commentary to art. 7. In: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Vol. I. Art. 1–366*. T. Wiśniewski (Ed.). Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
33. Ramghani, H.M., Roshan, M., Khah, M.N. (2017). The Effect of Death on Dissolution of Marriage Contract with Emphasis on Presumed Death. *Journal of Politics and Law*, vol. 10, 1, 219–227.
34. Romanow, Sz. (2021). Zarząd majątkiem dziecka sprawowany przez rodziców, *Transformacje Prawa prywatnego*, 1, 125–152.
35. Sarbey, B. (2016). Definitions of Death: Brain Death and What Matters in a Person. *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 3, issue 3, 743–752.
36. Schoeman-Malan, L. (2018). Missing Persons – Current Tendencies. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, vol. 81, issue 2, 218–238.
37. Sokołowska, D. (2018). O możliwości przeniesienia „całości” autorskich praw majątkowych. In: *Qui Bene Dubitat, Bene Sciet*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej, J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz. P. Wasilewski (Eds.). Warsaw: Wolters Kluwer.
38. Stewart, R.J. (1988). Presumption of Death. *Advocate (Vancouver Bar Association)*, 46, 4.
39. Szyjewska-Bagińska, J. (2011). In: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. E. Ferenc-Szydełko (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
40. Ślęzak, P. (2007). Dziedziczenie praw majątkowych w świetle polskiego prawa autorskiego. *Rejent*, 1.
41. Traple, E. (2010). Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim. Warsaw: Wolters Kluwer.
42. Traple, E. (2013). In: *Prawo autorskie i prawa pokrewne, System Prawa Prywatnego*. Vol. 13. J. Barta (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
43. Wojnicka, E., Giesen, B. (2013). In: *System Prawa Prywatnego, Prawo autorskie*. Vol. 13. J. Barta (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
44. Wyrwiński, M. (2019). Autorskie prawa osobiste w obrocie prawnym. Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
45. Wyrwiński, M. (2021). Commentary to art. 78. In: *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Ustawy autorskie. Komentarze*. Vol. II. R. Markiewicz (Ed.). Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
46. Załucki, M. (2017). Commentary to art. 46. In: *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*. P. Ślęzak (Ed.). Warsaw: C.H. Beck.
47. Załucki, M. (2018). Wokół problemy dziedziczenia praw autorskich. In: *Qui Bene Dubitat, Bene Sciet*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej, J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski (Eds.). Warsaw: Wolters Kluwer.

Judgements:

48. Judgment of Administrative Court in Białystok of March 8, 2013, case reference: No. I ACa 894/12 (legalis database, No. 715198).

49. Judgment of Administrative Court in Lodz of March 22, 2018, case reference No. I AGa 54/18 (lex database, No. 2684129).

50. Judgment of Court of Appeal in Szczecin of June 18, 2014, case reference I ACa 236/14 (legalis database, No. 1241503).

51. Judgment of the Court of Appeal in Katowice of December 16, 2020, case reference V AGa 652/18 (lex database, No. 3112822).

52. Judgment of the Supreme Administrative Court of January 21, 2021, case reference No. II GSK 954/18 (lex database, No. 3118365).

53. Judgment of the Supreme Administrative Court of July 11, 2018, case reference No. II FSK 1845/16 (lex database, No. 2528581).

Левандовска Е., кандидат юридических наук, кафедра гражданского права и международного частного права, факультет права и администрирования, Варминско-Мазурский университет в Ольштыне.

e-mail: ewa1bieniek@gmail.com ; e.lewandowska@uwm.edu.pl ; ORCID 0000-0001-8369-6290

Исчезнувшее лицо как владелец авторских прав

Исчезновение людей – это явление, которое требует глубокого многогранного анализа. Закон не регулирует положение пропавшего человека в период между их исчезновением и объявлением умершим. В течение этого времени по закону, пропавший без вести остается субъектом хозяйствования, который может распоряжаться своими правами собственности и личными правами, но из-за исчезновения люди не могут этого сделать, поэтому его / ее права подвергаются потере или незаконно используются другими лицами.

В статье обсуждаются авторские права исчезнувшего лица, их выполнение и защита в период между исчезновением и объявлением лица умершим.

Делается вывод, что нет единого соответствующего правового решения в ситуации, когда необходимо реализовать и защитить личные / экономические авторские права исчезнувшего лица. Предлагаемые решения по делу об исчезнувшем лице специально не разработаны, а их применение не установлено на практике. Очевидно, что суд должен признать необходимость защиты интересов пропавшего лица и позволить производство по делу, ссылаясь на одно из предложенных решений. Адаптация указанных решений с учетом вынужденного бездействия исчезнувшего лица должна гарантировать защиту ее / его прав. De lege ferenda, необходимо установить общее регулирование положения лица с момента его исчезновения до момента объявления его умершим. Это можно было бы сделать, введя положение, предусматривающее возможность назначения опекуна для рассмотрения дел исчезнувшего лица.

Ключевые слова: пропавший без вести; объявлен умершим; авторские права.

Рекомендоване цитування: Lewandowska E. A missing person as a copyright holder. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 138–153. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238983>.

Suggested Citation: Lewandowska, E. (2021). A missing person as a copyright holder. *Problemy zakonności – Problems of Legality, issue 154, 138–153*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238983>.

Надійшла до редколегії 16.08.2021 р.

ТРУДОВЕ ПРАВО



Galiakbarova Guzal Gazinurovna,
*PhD in Law, Associate Professor of the Civil,
Labor and Environmental Department,
L.N. Gumilyov Eurasian National University,
Kazakhstan, Nur-Sultan*
e-mail: galiakbarova_gg@enu.kz
ORCID 0000-0001-9375-1134

doi: 10.21564/2414–990X.154.238129
УДК 349.22:[614.253+615.15]

PECULIARITIES OF LABOR OF MEDICAL AND PHARMACEUTICAL WORKERS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGISLATIONS OF KAZAKHSTAN AND SOME OECD COUNTRIES

This article discusses some issues of labor regulation of medical and pharmaceutical workers, the peculiarities of health systems in some countries of the Organization for Economic Cooperation and Development, a comparative analysis of their experience and Kazakhstan is carried out.

The specificity of the legal status of medical and pharmaceutical workers is also considered, which is explained by the fact that its regulation is based not only on general norms of labor law, but also on special regulations affecting various features of the activities of this category of workers. At the same time, it is noted that the basis of the legislative regulation of the work of medical and pharmaceutical workers is the generally recognized principles and norms of international law, as well as the norms of national legislation.

The article focuses on the fact that among the variety of sources concerning the legal status of various categories of workers, there is no separate comprehensive study devoted to the peculiarities of legal regulation of both medical and pharmaceutical workers, in connection with which the chosen topic of scientific research is updated.

Keywords: medical worker; pharmaceutical worker; health care system; labor force; OECD countries; international legal norms; national legislation.

Галиакбарова Г. Г., кандидатка юридичних наук, в.о. доцента кафедри цивільного, трудового та екологічного права, Євразійський національний університет імені Л. Н. Гумільова, Казахстан, м. Нур-Султан.

e-mail: galiakbarova_gg@enu.kz ; ORCID 0000-0001-9375-1134

Особливості праці медичних і фармацевтичних працівників: порівняльний аналіз законодавства Казахстану і деяких країн Організації економічного співробітництва та розвитку

Розглянуто деякі питання регулювання праці медичних та фармацевтичних працівників, особливості системної охорони здоров'я у низці країн Організації економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР), здійснено порівняльний аналіз їх досвіду із досвідом Казахстану.

Окреслено специфіку правового становища медичних та фармацевтичних працівників, яка пояснюється тим, що його регулювання ґрунтується не лише на загальних нормах трудового права, а також на спеціальних нормативних актах, які стосуються різних особливостей діяльності вказаних категорій працівників. Зазначено, що основою законодавчої регламентації праці медичних та фармацевтичних працівників є загальновизнані принципи і норми міжнародного права, а також норми національного законодавства.

Наголошено, що серед різноманіття джерел, які стосуються правового становища різних категорій працівників, бракує окремого комплексного дослідження, присвяченого особливостям правового регулювання як медичних, так і фармацевтичних працівників, цим і визначено актуальність обраної теми публікації.

Ключові слова: медичний працівник; фармацевтичний працівник; система охорони здоров'я; трудові ресурси; країни ОЕСР; міжнародно-правові норми; національне законодавство.

This study was funded by the Science Committee of the Ministry of Education and Science of the Republic of Kazakhstan (Grant № AP08857075)

Problem statement. Undoubtedly, for every person, health is an inalienable blessing, in the absence of which the significance of many other values is lost. At the same time, it must be understood that for the state, the protection of the health of its citizens is important, and it should not be attributed only to the personal benefits of a person, since it has an important social character.

The constitutions of many countries define the value of human life and health, the right of everyone to health care and medical care. The Constitution of the Republic of Kazakhstan is no exception, according to which citizens of the Republic of Kazakhstan have the right to health protection, to receive a guaranteed volume of medical care free of charge established by law (Article 29) [1].

In this regard, it is obvious that the level of public health is influenced by various factors, including, and especially, medical and pharmaceutical activities, their development and reform, equipping with the latest technological equipment, organization of work of workers, training of specialists, etc. all the more so in the new realities, in which the whole world has been for a year already. But even the latest technological equipment will not be able to solve the tasks set for protecting the health of citizens, providing medical and pharmaceutical assistance to the population at a high quality level without highly qualified specialists in the field of protecting the health of citizens.

Thus, the most important role in the provision of medical and pharmaceutical assistance to citizens around the world, in general, and in Kazakhstan, in particular, belongs to medical and pharmaceutical workers. Undoubtedly, this circumstance imposes a high professional responsibility on this category of workers, and thus increased requirements are imposed on their qualifications, skills and abilities to perform the work of a doctor and other specialists, chemist, pharmacist, etc. The degree of risk to which their life and health are exposed, the complexity of work are

determined in many regulatory legal acts aimed, among other things, at providing them with favorable working conditions. So, in connection with the adoption in July last year in conditions associated with the emergence and spread of the coronavirus infection COVID-19 pandemic, the new Code of the Republic of Kazakhstan “On Public Health And Healthcare System” (hereinafter – the Code of the Republic of Kazakhstan on health) [2] and further reforming national legislation, studying the features of labor regulation of medical and pharmaceutical workers at the present stage not only acquires special relevance, but also requires the study of advanced foreign experience, including the countries of the Organization for Economic Cooperation and Development (hereinafter – OECD).

Recent research and publications analysis. In general, in the science of labor law, research has been carried out on labor regulation issues, mainly of medical workers. At the same time, there is no separate comprehensive study devoted to the peculiarities of legal regulation of both medical and pharmaceutical workers, in connection with which this study is updated and is of both scientific and practical interest. The separately studied works include: the work of E.V. Astrakhantseva (2008), which deals with the regulation of health workers and their social security; T.A. Belokolodova (2017), which investigates the labor law status of a medical worker and its features. Also, individual scientific articles of such authors as Zh.B. Auelbekova, T. Kantsidailo, B.K. Sorokin, M. Tanner and others are considered.

The purpose of this article is to study the features of labor regulation of medical and pharmaceutical workers, the health care system in some OECD countries.

Presentation of the main material. Medicine and pharmaceuticals for a long time of their development have been closely interrelated areas that underlie the protection of the health of citizens, since the main means of treating a doctor have been and remain drugs. At the initial stage, the activities of a doctor and a pharmacist did not have an obvious separation, since the “doctor” was also a manufacturer of medicinal drugs (means). Over time, pharmaceuticals, as an independent direction, and its representatives do not lose their connection with medical activities, interact with medical professionals [3, p. 3]. This is also evidenced by the fact that the above Kazakhstani Code applies equally to both medical and pharmaceutical workers.

According to Article 1 of the Code of the Republic of Kazakhstan on Health, a medical worker is an individual who has a professional medical education and carries out medical activities; and pharmaceutical workers are individuals with a pharmaceutical education and carrying out pharmaceutical activities [2].

It is noteworthy that in international practice there is often a generalized concept – «healthcare workers». For example, according to the WHO definition, health workers are people whose main activity is aimed at improving health. These include health care professionals (doctors, nurses, pharmacists and laboratory technicians) as well as administrative and support workers [4].

In the course of this study, the use of Kazakh and international terminology will be considered the same in its meaning.

So, there are about 60 million healthcare workers in the world. About two thirds of them provide health services (providers), and one third perform administrative and

support functions. According to data recently presented in the annual report of WHO, as of the end of March 2020 [5], in general, there are approximately 16 doctors and 38 nurses for every 10 thousand people worldwide (including midwives in most countries).

Distinctive features of the health workforce in Kazakhstan are higher rates of provision of medical personnel, along with lower rates of provision of average personnel in comparison with world data. For example, more than 248 thousand medical workers work in Kazakhstan, including 72 877 doctors, 175 705 paramedical workers. The provision of doctors in Kazakhstan is 39.6, in the OECD – 33, the provision of paramedical personnel in Kazakhstan is 95, 5, in the OECD – 91 per 10 thousand population [6].

Nevertheless, the personnel crisis in healthcare is recognized by the world community. Modern problems in the development of health personnel in the world are associated with a shortage of personnel providing primary health care, an excess of narrow-profile specialists, an imbalance in the number of doctors and nursing and midwifery personnel, and an excessive concentration of medical workers in large cities.

It is well known that there is a direct relationship between the ratio of the number of health workers to the population and health indicators.

The global shortage of workers is exacerbated by the existing imbalance within the country. In rural areas, compared to cities, there is a shortage of competent personnel.

WHO estimates that a minimum of 2,360,000 health workers and 1,890,000 administrative and support workers are required to fill the gap, for a total of 4,250,000 health workers [7].

The specificity of the legal status of medical and pharmaceutical workers is also explained by the fact that regulation is based not only on general norms of labor law, but also on special regulations affecting various features of their activities. The basis of the legislative regulation of the work of medical and pharmaceutical workers is the generally recognized principles and norms of international law, as well as the norms of national legislation.

Turning to the direct description of regulatory sources, it should be noted that international legal norms in the field of labor relations, in which medical and pharmaceutical workers are participants, are declarative for Kazakhstan. This is due to the fact that they are created by intergovernmental associations, international organizations, such as, for example, the World Health Organization (hereinafter – WHO), the European Medicines Agency, the World Medical Association. These acts are of a recommendatory nature and proclaim the general principles of regulation of these legal relations, establish universal rules and standards. A striking example of such acts is the Geneva (1948) [8] and Helsinki (1964) [9] declarations of the World Medical Association, the International Code of Medical Ethics (1949) [10].

However, human resource development strategies are a critical building block of health systems strengthening. All over the world, the effectiveness of health care systems and the quality of medical services depend on the performance indicators of workers, which are determined by their knowledge, skills and motivation, the normative regulation of labor relations, taking into account the specifics of their work.

International experience, in particular the experience of WHO, shows that among organizational changes related to improving the efficiency of health systems, the most successful are actions taken in the field of personnel management, creating favorable conditions for the latter to carry out their work functions.

There is a lot of data showing the positive influence of the quantity, quality of training of health workers, their density of distribution on the results of various activities in the health sector and on the health of people in general.

Different countries are characterized by a variety of skill levels, the ratio of the number of junior medical personnel to the number of doctors. The disparities in the range of major specialties and qualifications, as well as the level of job satisfaction, also remain significant. The latter has negative statistics even in some OECD countries. For example, according to the Health Workers' Union of the Republic of Korea, in 2019, eight out of ten nurses wanted to quit their jobs due to poor working conditions and high workload. Among the reasons why employees wanted to quit were: poor working conditions and high workload (80.2%), relationships in the team and employer's policy (25.9%). Also, 56.8% of respondents reported that the workload per nurse is very high, and 31.3% complained that due to the high workload, they do not even have time to eat. Seven out of ten medical workers reported that due to lack of staff and heavy workload, their well-being worsens, and more than 65% of those surveyed reported that they were prone to accidents [11].

This situation is also explained by the fact that over the past 30 years in most industrialized countries there has been an increase in the role of administrative workers, economists in the field of medical services, thereby not paying due attention directly to the doctors themselves, nurses, etc.

So, let's look at the experience of some OECD countries.

The Swedish health care system can be considered one of the best because of its high efficiency at a moderate cost. Healthcare in Sweden is 92% public, characterized by a high degree of decentralization with the division of responsibility for health care between the state, the Landstings (political bodies) and municipalities.

The main coordinating body is the state, which regulates the work of local authorities, the formation of policies, strategies and principles in the field of health care, the adoption of laws. In particular, the Law on Health and Medical Assistance defines the responsibilities of the Landstings and municipalities and grants autonomy to local governments. All medical professionals are supervised by the State Council for Health and Welfare. The governing bodies also include the Department of Medicines – controls the quality and efficiency of the use of medicines, the State Institute of Public Health – controls prevention, the State Pharmaceutical Corporation, which controls the activities of pharmacies, provides medicines, the State Council on Social Insurance - pays insurance benefits and compensation, the Association of Municipalities and Landstings, which represents the interests of the regions at the central level [12, p. 41].

In Germany, the regulation of the health care system is carried out by the central government and regional authorities. At the same time, the existing price restrictions and flat fee rates in this country lead to the fact that doctors, who are forced to

work in conditions of rigid tariffs, and in the absence of financial incentives, do not seek to provide assistance to patients beyond the necessary minimum. This raises questions of the quality of their services [13].

It is also worth noting that the personnel policy of most developed countries is aimed at introducing methods of managing the effectiveness of available resources, strengthening the role of administrative workers, the rapid evolution of the nursing profession and expanding the functions of nursing personnel, training specialists in the field of public health, increasing requirements for the training and retraining of personnel. ...

The territory of Kazakhstan is characterized by extremely high unevenness in the distribution of medical personnel: from 20 to 45.7 per 10 thousand population. The provision of rural health care doctors remains low. The lack of qualified health workers in remote and rural areas makes it difficult for a large proportion of the population to access health services. The persistent trend observed in recent years towards an increase in the proportion of doctors over 50 years old indicates the risk of a possible increase in the shortage of personnel in the next decade [14].

The existing problems associated with a shortage of personnel, an uneven geographical and territorial distribution, as well as a structural imbalance in personnel, are also aggravated by the insufficient qualifications of the existing personnel, which often determines the low quality of medical services.

The situation is aggravated by the fact that the current system of forecasting and planning personnel is not very effective. Human resource planning has historically not been a health policy priority.

Problematic are inadequate technical equipment of workplaces, weak support from management personnel, outdated principles of HR services, unattractive social infrastructure of rural settlements, low salaries of medical and pharmaceutical workers in comparison with OECD countries. Thus, the ratio of the average salary of a doctor to the average salary in the economy in 2018 was 0.93:1 in Kazakhstan, while in OECD countries this ratio was 2.6:1. The difference in the value of the salaries of a doctor in Kazakhstan and an OECD doctor was 6.9 times: a Kazakhstani doctor with his monthly salary can buy 2.4 consumer baskets, while a doctor in OECD countries can buy 16.4 consumer baskets [6].

Conclusions. On the basis of the study, we have to state that the lack of a clear state personnel policy in the field of Kazakhstani health care has led to a quantitative and qualitative crisis of labor resources. Lack of motivational incentives to work, low wages, and insufficient social protection of health workers have led to a decrease in the inflow of personnel into the health sector. At the same time, not only the human resources management system, the lack of qualified managerial potential, but also the complex labor law regulation of the healthcare sector associated with an extensive system of regulatory legal acts, imperfection of norms, gaps in legislation, give rise to problems of legal regulation of labor relations with medical and pharmaceutical workers.

In connection with the above, we believe it is advisable to use the experience of some OECD countries, including in improving the regulatory legal framework in the field of labor legal relations and the use of new effective methods of management in the field of healthcare.

Список літератури

1. Конституция Республики Казахстан от 30.08.1995 г. Дата оновлення: 23.03.2019. URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000_ (дата звернення: 19.07.2021).
2. О здоровье народа и системе здравоохранения : Кодекс Республики Казахстан от 07.07.2020 г. № 360-VI ЗРК. Дата оновлення: 01.07.2021. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K2000000360> (дата звернення: 19.07.2021).
3. Сорокин Б. К. Особенности правового регулирования труда медицинских и фармацевтических работников : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Москва, 2018. 26 с.
4. Расширение доступа к работникам здравоохранения в отдаленных и сельских районах посредством совершенствования системы сохранения кадров. Рекомендации по глобальной политике. WHO Library Cataloguing-in-Publication Data. 2011. URL: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44369/9789244564011_rus.pdf?sequence=2&isAllowed=y (дата звернення: 19.07.2021).
5. World health statistics 2020: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals. Geneva : World Health Organization, 2020.
6. Об утверждении Государственной программы развития здравоохранения Республики Казахстан на 2020–2025 годы : Постановление Правительства Республики Казахстан от 26.12.2019 г. № 982. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/P1900000982> (дата звернення: 19.07.2021).
7. Концепция развития кадровых ресурсов здравоохранения на 2012-2020 годы (Проект). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31141521#pos=12;-33 (дата звернення: 10.03.2021).
8. World Medical Association declaration of Geneva, September 1948. URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/> (дата звернення: 19.07.2021).
9. WMA Declaration Of Helsinki – Ethical Principles For Medical Research Involving Human Subjects, June 1964. URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/> (дата звернення: 19.06.2021).
10. WMA International Code Of Medical Ethics, October 1949. URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-international-code-of-medical-ethics/> (дата звернення: 19.07.2021).
11. В Южной Корее провели опрос на тему условий труда и нагрузки медсестер. URL: <https://regnum.ru/news/society/2627078.html> (дата звернення: 19.07.2021).
12. Кандидайло Т. Здравоохранение Швеции. *Здоровье Украины*. Март 2009 г. № 6. С. 41.
13. Тэннер М. Сравнительный анализ систем здравоохранения в разных странах. URL: <http://www.inliberty.ru/library/49-sravnitelnyy-analiz-sistem-zdravoohraneniya-v-raznyh-stranah> (дата звернення: 11.07.2021).
14. Ауелбекова Ж. Б. Оценка кадровой политики медицинских специалистов среднего звена. *Вестник КазНМУ*. Алматы, 2012. URL: <https://articlekz.com/article/24084> (дата звернення: 19.05.2021).

References

1. Constitution of the Republic of Kazakhstan, adopted on August 30, 1995. (1995). Data onvlenia: 23.03.2019. URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000_.
2. On Public Health And Healthcare System: Code of the Republic of Kazakhstan, dated July 7, 2020, No. 360-VI ZRK. (2020). Data onvlenia: 01.07.2021. URL: <https://adilet.zan.kz/eng/docs/K2000000360>.
3. Sorokin, B.K. (2018). Osobnosti pravovogo regulirovaniya truda medicinskih i farmacevticheskikh rabotnikov. *Extended abstract of candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
4. Rasshirenie dostupa k rabotnikam zdravoohraneniya v otdalennyh i sel'skih rajonah posredstvom sovershenstvovaniya sistemy sohraneniya kadrov. Rekomendacii po global'noj politike. (2011). WHO Library Cataloguing-in-Publication Data. URL: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44369/9789244564011_rus.pdf?sequence=2&isAllowed=y [in Russian].
5. World health statistics 2020: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals. (2020). Geneva: World Health Organization.
6. Ob utverzhdenii Gosudarstvennoj programmy razvitija zdravoohraneniya Respubliki Kazahstan na 2020–2025 gody: Postanovlenie Pravitel'stva Respubliki Kazahstan ot 26.12.2019 g. № 982. Data onvlenia: 26.12.2019. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/P1900000982> [in Russian].
7. Konceptija razvitija kadrovih resursov zdravoohraneniya na 2012–2020 gody (Proekt). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31141521#pos=12;-33 [in Russian].

8. World Medical Association Declaration of Geneva, September 1948. URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/>.

9. WMA Declaration Of Helsinki – Ethical Principles For Medical Research Involving Human Subjects, June 1964. URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/>.

10. WMA International Code Of Medical Ethics, October 1949. URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-international-code-of-medical-ethics/>.

11. V Juzhnoj Koree proveli opros na temu uslovij truda i nagruzki medsester. URL: <https://regnum.ru/news/society/2627078.html> [in Russian].

12. Kancidajlo, T. (2009). Zdravoohranenie Shvecii. *Zdorov'e Ukrainy*, 6, 41 [in Russian].

13. Tjenner, M. Sravnitel'nyj analiz sistem zdravooohraneniya v raznyh stranah. URL: <http://www.inliberty.ru/library/49-sravnitelnyy-analiz-sistem-zdravoohraneniya-v-raznyh-stranah> [in Russian].

14. Auelbekova, Zh.B. (2012). Ocenka kadrovoj politiki medicinskih specialistov srednego zvena. *Vestnik KazNMU*. Almaty. URL: <https://articlekz.com/article/24084> [in Russian].

Галиакбарова Г. Г., кандидат юридических наук, и.о. доцента кафедры гражданского, трудового и экологического права, Евразийский национальный университет имени Л. Н. Гумилева, Казахстан, г. Нур-Султан.

e-mail: galiakbarova_gg@enu.kz ; ORCID 0000-0001-9375-1134

Особенности труда медицинских и фармацевтических работников: сравнительный анализ законодательств Казахстана и некоторых стран Организации экономического сотрудничества и развития

В статье рассматриваются некоторые вопросы регулирования труда медицинских и фармацевтических работников, особенности систем здравоохранения в отдельных странах Организации экономического сотрудничества и развития, проводится сравнительный анализ их опыта и опыта Казахстана.

Также рассматривается специфика правового положения медицинских и фармацевтических работников, которая объясняется тем, что его регулирование базируется не только на общих нормах трудового права, но и на специальных нормативных актах, затрагивающих различные особенности деятельности указанной категории работников. При этом отмечается, что основу законодательной регламентации труда медицинских и фармацевтических работников составляют общепризнанные принципы и нормы международного права, а также нормы национального законодательства.

В статье делается акцент на то, что среди многообразия источников, касающихся правового положения различных категорий работников, отдельного комплексного исследования, посвященного особенностям правового регулирования как медицинских, так и фармацевтических работников, нет, в связи чем актуализируется выбранная тема научной публикации.

Ключевые слова: медицинский работник; фармацевтический работник; система здравоохранения; трудовые ресурсы; страны ОЭСР; международно-правовые нормы; национальное законодательство.

Рекомендоване цитування: Galiakbarova G. G. Peculiarities of labor of medical and pharmaceutical workers: a comparative analysis of legislations of Kazakhstan and some OECD countries. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 154–161. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238129>.

Suggested Citation: Galiakbarova, G.G. (2021). Peculiarities of labor of medical and pharmaceutical workers: a comparative analysis of legislations of Kazakhstan and some OECD countries. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 154, 154–161. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238129>.

Надійшла до редколегії 01.08.2021 р.

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО



Суєтнов Євгеній Павлович,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри екологічного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: evgeny-suetnov@ukr.net
ORCID 0000-0002-4094-444X

doi: 10.21564/2414–990X.154.239280
УДК 349.6

ЕКОСИСТЕМНИЙ ПІДХІД У РАМКАХ КОНВЕНЦІЇ ПРО ОХОРОНУ БІОЛОГІЧНОГО РІЗНОМАНІТТЯ: ОГЛЯД РІШЕНЬ КОНФЕРЕНЦІЇ СТОРІН

Здійснено комплексний аналіз процесу становлення та розвитку екосистемного підходу в міжнародному екологічному праві у рамках Конвенції про охорону біологічного різноманіття. На підставі дослідження положень Конвенції та огляду рішень нарад її керівного органу – Конференції Сторін – зроблено висновок про сучасний стан розроблення екосистемного підходу та перспективи його подальшого обговорення на майбутніх нарадах. Хоча цілком очевидно, що ефективність цього підходу в питанні збереження біорізноманіття залежатиме передусім від його впровадження в державну екологічну політику та законодавство всіх країн-учасниць Конвенції та його практичної реалізації, що й має стати, на думку автора, одним із пріоритетних і стратегічних напрямів у сфері правового регулювання екологічних відносин в Україні.

Ключові слова: екологічне право; міжнародне екологічне право; екосистема; екосистемний підхід; біологічне різноманіття; Конференція Сторін; Конвенція про охорону біологічного різноманіття.

Суєтнов Е. П., кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой экологического права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: evgeny-suetnov@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4094-444X

Екосистемный подход в рамках Конвенции о биологическом разнообразии: обзор решений Конференции Сторон

Осуществляется комплексный анализ процесса становления и развития экосистемного подхода в международном экологическом праве в рамках Конвенции о биологическом разнообразии. На основании исследования положений Конвенции и обзора решений совещаний ее руководящего органа – Конференции Сторон – сделан вывод о современном состоянии разработки экосистем-

ного підхода і перспективах его дальнішого обговорення на майбутніх совещаннях. Вмєстє с тем, совершенно очевидно, что эффективность этого подхода в вопросе сохранения биоразнообразия будет зависеть прежде всего от его внедрения в государственную экологическую политику и законодательство всех стран-участниц Конвенции и его практической реализации, что и должно стать, по мнению автора, одним из приоритетных и стратегических направлений в сфере правового регулирования экологических отношений в Украине.

Ключевые слова: екологічне право; міжнародне екологічне право; екосистема; екосистемний підхід; біологічне різноманіття; Конференція Сторон; Конвенція про біологічне різноманіття.

Постановка проблеми. Біологічне різноманіття являє собою різноманіття живих організмів, а також екосистем та екологічних процесів, ланками яких вони є. Біорізноманіття забезпечує екосистемні та біосферні функції організмів, формує середовище життєдіяльності людини та має велику екологічну, генетичну, соціальну, наукову, культурну, рекреаційну та естетичну цінність [1, с. 19, 21].

Однак із початком активної господарської діяльності людини біологічне різноманіття опинилося під загрозою. Руйнування природних екосистем і техногенне перетворення ландшафту підриває основи існування багатьох видів і їх спільнот, частина яких вже зникла з лиця Землі, а інша знаходиться на межі вимирання. Кожен зі зниклих видів – остаточна та непоправна втрата для біосфери (еволюція не знає зворотного ходу), проте набагато більша їх кількість перебуває під загрозою зникнення. І неважко уявити, у якій видовій пустелі може років через сто опинитися нинішня «володар планети» у разі збереження цієї небезпечної тенденції [2].

Саме з метою зупинення глобальної втрати біорізноманіття 05.06.1992 р. на Конференції ООН з навколишнього середовища та розвитку, яка проходила в м. Ріо-де-Жанейро (Бразилія, 03–14.06.1992 р.), була прийнята Конвенція про охорону біологічного різноманіття [3]. У її рамках розроблено новітню стратегію управління природними ресурсами, яка спрямована на збереження та відновлення природних екосистем і яка отримала назву «екосистемний підхід».

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням формування екосистемного підходу в рамках Конвенції про охорону біорізноманіття значну увагу приділяють зарубіжні науковці. У вітчизняній еколого-правовій та міжнародно-правовій доктрині лише деякі вчені, зокрема Г. В. Анісімова (A. V. Anisimova), А. П. Гетьман (A. P. Getman), М. А. Дейнега (M. A. Deineha), М. О. Медведєва (M. O. Medvedieva), Е. В. Позняк (E. V. Pozniak), О. М. Спектор (O. M. Spektor), М. К. Черкашина (M. K. Cherkashyna) та ін., торкаються окремих аспектів цієї проблематики, проте в цілому вона досі не є дослідженою. З огляду на це **метою статті** є комплексний аналіз процесу становлення та розвитку екосистемного підходу в міжнародному екологічному праві в рамках Конвенції про охорону біологічного різноманіття.

Вклад основного матеріалу. Основними цілями Конвенції згідно зі ст. 1 є збереження біорізноманіття, сталє використання його компонентів та спільне

одержання на справедливій та рівній основі вигод, пов'язаних з використанням генетичних ресурсів. У її ст. 2 надано тлумачення багатьох термінів, серед яких «біологічне різноманіття», «місце мешкання» та «екосистема». Так, біологічне різноманіття – це різноманітність живих організмів з усіх джерел, включаючи, серед іншого, наземні, морські й інші водні екосистеми й екологічні комплекси, частиною яких вони є; цей термін охоплює різноманітність у рамках виду, між видами та різноманіття екосистем. Місце мешкання означає тип місцевості або місце природного мешкання організму чи популяції. У той час як екосистема – динамічний комплекс угруповань рослин, тварин, мікроорганізмів і їх неживого навколишнього середовища, взаємодіючих як єдине функціональне ціле.

У Конвенції вказується про те, що основною вимогою щодо збереження біорізноманіття є збереження *in-situ* екосистем та природних місць мешкання, підтримка і відновлення життєздатних популяцій видів у їх природних умовах («умови *in-situ*» – це умови, де існують генетичні ресурси в рамках екосистем і природних місць мешкання), та зазначається, що прийняття заходів *ex-situ* теж має важливе значення («збереження *ex-situ*» означає збереження компонентів біорізноманіття поза їх природних місць мешкання).

Конвенція містить значну кількість положень зобов'язального характеру з охорони та збереження біологічного різноманіття, місць мешкання й екосистем. Зокрема, вона закликає Сторони до співробітництва для збереження та сталого використання біологічного різноманіття (ст. 5), визначає загальні заходи щодо збереження та використання (ст. 6), зобов'язує здійснювати відповідні заходи у сфері визначення і моніторингу компонентів біорізноманіття (ст. 7), збереження *in-situ* (ст. 8) та *ex-situ* (ст. 9), сталого використання (ст. 10), заохочення (ст. 11). Приміром, Сторони зобов'язані: сприяти захисту екосистеми, природних місць мешкання та збереженню життєздатних популяцій видів у природних умовах; приймати заходи з реабілітації та відновлення деградованих екосистем; запобігати впровадженню, контролювати або знищувати чужорідні види, загрозливі для екосистем, місць мешкання або інших видів (пункти «d», «f» і «h» ст. 8), регламентувати та регулювати зібрання біоресурсів з природних місць мешкання для збереження *ex-situ* таким чином, щоб не завдати загрози екосистемам і популяціям видів *in-situ* (п. «d» ст. 9), тощо.

Безперечно, прийняття Конвенції про охорону біорізноманіття мало доленосне значення для становлення й розвитку екосистемного підходу в міжнародному екологічному праві, оскільки ця Конвенція закріпила легальне визначення терміну «екосистема» та встановила обов'язки Сторін зі збереження й відновлення природних екосистем. Вона цілком слушно визнається «першим і єдиним міжнародним договором, у якому застосовується цілісний екосистемний підхід до збереження та сталого використання біорізноманіття» [4, с. 2].

Слід, однак, зауважити, що в самому тексті Конвенції екосистемний підхід прямо не закріплений, проте існує низка рішень нарад її керівного органу – Конференції Сторін (далі – КС) та її наукового консультативного органу – Допоміжного органу з наукових, технічних і технологічних консультацій

(далі – ДОНТТК), у яких екосистемний підхід набув змістовного наповнення та почав ґрунтовно розроблятися як цілісна концепція.

Станом на серпень 2021 р. всього було проведено 14 нарад КС, де обговорувались питання, які так чи інакше пов'язані з екосистемним підходом (15-та нарада КС була запланована на 15–28.10.2020 р., проте через пандемію вона була перенесена та відбудеться в м. Куньміні (Китайська Народна Республіка) з 11 по 24.10.2021 р. та з 25.04 по 08.05.2022 р.) [5].

Розпочинаючи огляд рішень КС щодо екосистемного підходу, варто зазначити, що на своїй 1-й нараді, яка проходила в м. Нассау (Багамські острови) з 28.11 по 09.12.1994 р., КС окреслила коло питань, які стосуються методів діяльності ДОНТТК, і доручила йому підготувати альтернативні шляхи і засоби, використовуючи які КС могла б почати процес розгляду компонентів біорізноманіття, передусім тих, які знаходяться під загрозою, та визначити дії, які можуть бути прийняті в рамках Конвенції (п. 5.1.1 додатку до рішення I/7). До того ж, КС визнала, що всі блага, екологічні функції та послуги, які забезпечуються нашою планетою, залежать від різноманітності й мінливості генів, видів, популяцій та екосистем, а тому щоб у людства було майбутнє на Землі, необхідно зберегти всесвітнє біорізноманіття, оскільки його виснаження створює загрози для природних екосистем, які мають життєво важливе значення для існування спільнот людей у всіх країнах (п. 1 додатку до рішення I/8) [6].

Виконуючи зазначене доручення, ДОНТТК на своїй 1-й нараді, яка відбувалася з 04 по 08.09.1995 р. у м. Парижі (Франція), встановив, що будь-яка діяльність зі збереження та сталого використання біорізноманіття і його компонентів має здійснюватися на основі комплексного підходу з урахуванням трьох рівнів біологічної організації (геноми і гени, види, спільноти, екосистеми, місця мешкання і ландшафти), та з урахуванням соціально-економічних і культурних чинників. Але на перший план у діяльності, яка підлягає здійсненню в рамках Конвенції, має виходити екосистемний підхід (п. 1 рекомендації I/3) [7]. Саме на цій рекомендації ґрунтувалося прийняте на 2-й нараді КС в м. Джакарті (Індонезія, з 06 по 17.11.1995 р.) рішення II/8, відповідно до якого екосистемний підхід було визнано основою для діяльності в рамках Конвенції [8].

Аналізуючи наведене рішення, Г. Хенне і С. Факір (G. Henne and S. Fakir) пишуть, що воно, визнаючи екосистемний підхід основою для діяльності, яку потрібно здійснювати в рамках Конвенції, не уточнює, що конкретно мається на увазі. Однак це рішення, хоч і не дуже явне, має далекосяжні наслідки, оскільки екосистемний підхід може визначати загальну стратегію того, як Конвенція буде впроваджена в кінцевому рахунку [9, с. 331].

Визнання екосистемного підходу основою діяльності в рамках Конвенції обумовило його подальше обов'язкове врахування у процесі розроблення та реалізації робочих програм з різних тематичних і міждисциплінарних питань: біорізноманіття сільського господарства, посушливих та субгумідних земель, лісів, внутрішніх вод, островів, морське і прибережне біорізноманіття та біорізноманіття гірських районів. Зокрема, на 3-й нараді КС, яка відбувалася з 4 по

15.11.1996 р. у м. Буенос-Айрес (Аргентина), одним з питань було розроблення Програми заходів у сфері біологічного різноманіття сільського господарства. У прийнятому на нараді рішенні III/11 зауважується на сприянні переходу від нераціональної практики ведення сільського господарства до сталих виробничих методів, скоригованих з урахуванням місцевих біотичних і абіотичних умов, відповідно до екосистемного підходу (підпункт «а» п. 17). На цьому ж підході, згідно із затвердженою рішенням III/12 Програмою роботи у сфері біорізноманіття лісів, мають ґрунтуватися стратегії раціонального використання лісів (рекомендація «b» додатку до рішення) [10].

Однак чим ширше використовувався екосистемний підхід у відповідних робочих програмах, тим гостріше відчувалась потреба в його ґрунтовному розробленні. З огляду на це учасники 4-ї наради КС у м. Братиславі (Словаччина, 04–15.05.1998 р.) звернулися до ДОНТТК із запитом про вироблення «принципів та інших вказівок» щодо застосування екосистемного підходу. Указувалося, що, враховуючи те, що в рішеннях 3-ї наради КС цей підхід застосовувався як керівний принцип (хоча для його позначення вживались різні терміни: «екосистемний підхід», «підхід, який орієнтований на екосистемний процес», «підхід, який враховує регулювання екосистем» і «підхід, який заснований на розгляді екосистем»), а також те, що він визнаний основою для здійснення цілей Конвенції та розроблення й виконання її тематичних і міждисциплінарних програм, є необхідність у розробленні прийнятного визначення та в подальшому розвитку екосистемного підходу (ч. «В» рішення IV/1) [11].

Зауважимо, що крім указаних нарад КС і ДОНТТК, екосистемний підхід розроблявся в багатьох ініціативних проектах та обговорювався на численних науково-практичних семінарах, серед яких: Міжвідомча цільова група з управління екосистемами (США, червень 1995 р.); «Наукові основи управління екосистемами напередодні третього тисячоліття» (Сібторпський семінар, Лондон (Велика Британія), червень 1996 р.); Цільова група з екосистемного підходу та науки про екосистеми (Канада, вересень 1996 р.), Кейстонській діалог з управління екосистемами в контексті національної політики (Кейстонській центр, Колорадо (США), жовтень 1996 р.); Семінар щодо екосистемного підходу (Лілонгве (Малаві), 1998 р.); Семінар з екосистемного підходу до управління внутрішніми водними ресурсами (10-й Всесвітній форум з біологічного різноманіття, Братислава (Словаччина), травень 1998 р.); Семінар на тему «Екосистемний підхід – що він означає для екосистем Європи?» (о. Вільм (Німеччина), листопад 1998 р.); Технічна нарада на тему «Екосистемний підхід у рамках КБР» (комісія з екології та управління, Коста-Ріка, травень 1999 р.); Конференція ООН щодо застосування екосистемного підходу для сталого використання біологічного різноманіття (Тронгейм (Норвегія), вересень 1999 р.) та ін. [12].

Так, Національний Огляд Ефективності віце-президента Ел Гора закликав федеральний уряд застосовувати «проактивний підхід до забезпечення сталої економіки і сталого довкілля за допомогою управління екосистемами». Для виконання цього розпорядження у 1993 р. була створена Міжвідомча цільова

група з такого управління, члени якої працювали над розширенням розуміння засад співробітництва, відомого як екосистемний підхід. Цією групою було сформовано робочу групу, за результатами діяльності якої у червні 1995 р. було підготовлено звіт, де містяться визначення основних термінів, у тому числі «екосистеми» та «екосистемного підходу». Відповідно до звіту, екосистема – це взаємопов’язана спільнота живих істот, включаючи людей, і фізичне середовище, в межах якого вони взаємодіють, а екосистемний підхід – це метод підтримання або відновлення природних систем та їх функцій і цінностей. Зазначається, що цей підхід спрямований на досягнення цілей та заснований на спільно розробленому баченні бажаних майбутніх умов, що об’єднує екологічні, економічні та соціальні фактори. Він застосовується в географічних рамках, які визначаються екологічними межами, а його метою є відновлення та підтримання здоров’я, продуктивності та біологічного різноманіття екосистем і загальної якості життя за допомогою підходу до управління природними ресурсами, який повністю інтегрований із соціальними та економічними цілями. Це важливо для підтримання повітря, яким ми дихаємо, води, яку ми п’ємо, їжі, яку ми їмо, та для підтримання природних ресурсів для майбутнього населення [13, с. 1, 3].

У цьому звіті також підкреслюється, що екосистемний підхід визнає взаємозв’язок між природними системами і здоровою, сталою економікою; його було розроблено у відповідь на низку змін, найважливішою з яких є приріст населення та пов’язані із цим потреби в природних ресурсах; він є механізмом координації виконання багатьох законів, програм, політик і правил, які впливають на природні ресурси, механізмом вирішення конфліктів, який захищає економіку й ресурси, на яких вона базується. Екосистемний підхід може допомогти досягти кращої координації та конструктивно вирішити конфлікти [13, с. 3–5].

Рівно через рік, у червні 1996 р., у м. Лондоні (Велика Британія) було проведено Перший Сібторпський семінар «Наукові основи управління екосистемами у третьому тисячолітті» з метою критичного вивчення результатів останніх екологічних досліджень і розгляду питання про те, наскільки це дозволило докорінно переосмислити традиційні практики збереження. Основні висновки, до яких дійшли делегати, відображені в Десятьох принципах управління екосистемою («Сібторпські принципи»). Вони поділяються на дві групи: керівні (1–5) та оперативні (6–10). До керівних належать такі: 1. Цілі управління – питання соціального вибору. 2. Екосистеми мають управлятись у людському контексті. 3. Екосистеми мають управлятись у природних межах. 4. Управління повинно визнати, що зміни неминучі. 5. Управління має здійснюватись у відповідному масштабі, і збереження має використовувати весь спектр охоронюваних територій. Оперативними принципами визнано наступні: 6. Управління екосистемою має мислити глобально, але діяти локально. 7. Управління має бути спрямоване на підтримання чи покращення структури та функціонування екосистеми. 8. Ті, хто приймає рішення, мають використовувати відповідні інструменти, отримані з науки. 9. Керівники повинні діяти обережно. 10. Необхідним є міждисциплінарний підхід.

У свій час «Сіборпські принципи» були комплексно досліджені в науковій літературі, з наведенням до кожного з них обґрунтування, стану наукового розуміння, прикладів їх значущості (застосування) та потреб на майбутнє [14]. Також вони обговорювались на Всесвітньому конгресі зі збереження, який проходив з 13 по 23.10.1996 р. у м. Монреалі (Канада), на якому, до того ж, було затверджено мандат Комісії з управління екосистемами – комісії у складі Міжнародного союзу охорони природи, створеної з метою забезпечення експертного керівництва щодо комплексних підходів до управління природними та видозміненими екосистемами [15, с. 61].

Проте, особливе значення для розроблення екосистемного підходу в рамках Конвенції про охорону біорізноманіття мав семінар у м. Лілонґве (Малаві), який проходив з 26 по 28.01.1998 р. Його учасники обговорили, яким має бути екосистемний підхід, які його принципи і чому саме він має бути прийнятий за основу виконання Конвенції. Було визнано, що екосистемний підхід охоплює всі тематичні розділи Конвенції, а також те, що він може допомогти в подоланні обмежень і недоліків використання традиційних методів охорони природи як засобів управління біорізноманіттям. У процесі обговорення було розроблено 12 принципів екосистемного підходу («Принципи Малаві»), які, на переконання учасників семінару, створюють належну основу для обговорення та подальшого розроблення [16]. Згодом ці принципи відобразились у відповідному рішенні 5-ї наради КС Конвенції про охорону біологічного різноманіття.

Зокрема, на 1-му засіданні цієї наради, яка проходила в м. Найробі (Кенія) з 15 по 26.05.2000 р., було затверджено порядок денний, де серед запланованих питань містився п. 17.1 «Екосистемний підхід: прийняття принципів». До цього часу ДОНТТК обговорив екосистемний підхід на своїй 5-й нараді у м. Монреалі (Канада, 31.01–04.02.2000 р.), і в рекомендації V/10 «Екосистемний підхід: подальша концептуальна розробка», що міститься в доповіді наради, визначив 12 принципів і 5 практичних вказівок із застосування екосистемного підходу [17].

25 травня 2000 р. робоча група розглянула документ, який містив проект рішення з екосистемного підходу, підготовлений ДОНТТК. Із певними правками він був схвалений для подальшого передання засіданню наради КС, і вже 26 травня був прийнятий як рішення V/6 «Екосистемний підхід», у додатку до якого наведено опис екосистемного підходу (розділ «А»), його принципи (розділ «В») та практичні вказівки щодо його застосування (розділ «С») [18].

Згідно з розділом «А» додатку до рішення V/6 екосистемний підхід являє собою стратегію комплексного управління земельними, водними та живими ресурсами, яка забезпечує їх збереження та стале використання на справедливій основі. Він ґрунтується на застосуванні відповідної наукової методології, що охоплює всі рівні біологічної організації, включаючи основні структури, процеси, функції та взаємозв'язки між організмами і навколишнім середовищем, та визнає, що люди з усім їхнім культурним різноманіттям є невід'ємною частиною багатьох екосистем.

Далі наголошується, що переважна спрямованість на структуру, процеси, функції та взаємозв'язки всередині екосистеми відповідає закріпленому у ст. 2 Конвенції визначенню екосистеми, адже воно, на відміну від визначення «місце мешкання», не уточнює конкретних просторових меж або масштабу. Таким чином, термін «екосистема» не обов'язково співвідноситься з поняттями «біом» або «екологічна зона», але може бути віднесений до будь-якої функціонуючої одиниці будь-якого масштабу. Тому масштаби аналізу та діяльності мають визначатися проблемою, яка підлягає вирішенню, тоді як об'єктами можуть стати, наприклад, піщинка, ставок, ліс, біом або вся біосфера.

Екосистемний підхід потребує гнучкого адаптивного управління, що враховує як комплексну та динамічну природу екосистем, так і відсутність повного розуміння механізмів їх функціонування. Процеси в екосистемах часто мають нелінійний характер, а їх результати нерідко бувають відстроченими, у результаті чого відсутність строгих закономірностей може створювати неясність або призводити до неочікуваних результатів. Управління має бути достатньо гнучким, щоб своєчасно реагувати на виникаючі труднощі й використовувати у своїй тактиці елементи «навчання у процесі роботи» або зворотного зв'язку з науково-дослідними працівниками. Вжиття заходів може бути необхідним навіть у випадку, коли остаточний зв'язок причини та наслідку ще науково не встановлений повною мірою.

І нарешті, екосистемний підхід не підміняє інші стратегії управління та збереження, такі як біосферні заповідники, охоронювані райони та програми зі збереження окремих видів, а також інші підходи, які здійснюються в рамках національної стратегії та законодавчих структур, проте має скоріше сприяти інтеграції всіх перерахованих підходів та інших методів для вирішення комплексних проблем. Не існує єдиного шляху впровадження екосистемного підходу, бо це залежить від місцевих, районних, національних, регіональних або глобальних умов. У дійсності, існує багато можливих способів застосування екосистемного підходу для практичного здійснення цілей Конвенції.

У розділі «В» додатку до рішення V/6 КС закріплено 12 принципів екосистемного підходу, які є взаємопов'язаними та взаємодоповнюючими. Кожен із них наводиться з обґрунтуванням, тому, враховуючи важливість цих принципів для розуміння екосистемного підходу, доцільно розкрити їх у повному обсязі.

Принцип 1. Завдання управління земельними, водними та живими ресурсами визначаються суспільством. Цей принцип означає, що різні верстви суспільства розглядають екосистеми з позицій власних економічних, культурних та суспільних потреб. Корінне населення й інші місцеві громади, які живуть за рахунок природних ресурсів, теж є зацікавленими сторонами, чії права й інтереси повинні враховуватись. Як культурне, так і біологічне різноманіття є центральними складовими екосистемного підходу, що має бути враховане в управлінні. Суспільний вибір має виражатись якомога чіткіше. Екосистеми повинні управлятися з урахуванням їх справжніх цінностей, на справедливій та рівній основі з метою отримання як матеріальних, так і нематеріальних вигод для людини.

Принцип 2. Управління має бути, за можливості, максимально децентралізованим. Цей принцип передбачає, що децентралізовані системи управління є більш ефективними та справедливими. До системи управління слід залучати всі зацікавлені сторони, і вона повинна забезпечувати збалансованість місцевих інтересів із ширшими інтересами суспільства. Чим ближче органи управління до екосистеми, тим вища відповідальність і підзвітність, ширше коло власників і склад учасників, і тим активніше можуть використовуватися місцеві знання.

Принцип 3. Органи управління екосистемами повинні враховувати вплив своєї діяльності (дійсний або можливий) на суміжні чи будь-які інші екосистеми. За цим принципом різні управлінські втручання в екосистему можуть чинити невідомий або непередбачений вплив на інші екосистеми. Тому можливі наслідки мають уважно оцінюватись і аналізуватись, що може потребувати створення нових структур і механізмів, які дозволяють організаціям, причетним до прийняття рішень, виробляти в разі необхідності належні компроміси.

Принцип 4. Визнаючи можливість позитивних результатів управління, необхідно, проте, розуміти функціонування екосистеми та здійснювати управління нею в економічному контексті. Будь-яка програма управління екосистемою повинна: а) усувати диспропорції в структурі ринку, які негативно впливають на біорізноманіття; б) надавати стимули для збереження біорізноманіття та сталого використання; с) за можливості зосереджувати всі витрати й вигоди всередині самої екосистеми.

У цьому принципі йдеться насамперед про те, що найбільша загроза для біорізноманіття полягає в його заміні альтернативними системами землекористування. Така ситуація виникає в результаті порушення ринкових умов, які підривають цінність природних систем і популяцій та забезпечують порочні стимули й субсидії, що сприяють перетворенню земель у менш різноманітні системи. Найчастіше ті, хто має вигоди від збереження біологічного різноманіття, не оплачують всіх затрат, пов'язаних з таким збереженням, а ті, які викликають необхідність екологічних витрат (наприклад, унаслідок забруднення довкілля), уникають відповідальності. Упорядкування стимулів дає можливість тим, хто контролює ресурси, отримувати переваги, та забезпечує, щоб ті, хто викликає необхідність екологічних витрат, їх оплачували.

Принцип 5. Одним із пріоритетних завдань екосистемного підходу є збереження структури та функцій екосистеми з метою підтримання екосистемних послуг. Наголошується, що функціонування і стійкість екосистеми залежать від стану динамічних взаємозв'язків усередині окремих біологічних видів, між видами та між видами і їх неживим оточенням. Крім того, мають значення фізичні та хімічні взаємодії у середовищі, яке оточує екосистему. Збереження (а в разі необхідності – і відновлення) цих взаємозв'язків і процесів має набагато більше значення для довготривалого збереження біорізноманіття, ніж охорона видів.

Принцип 6. Управління екосистемами має здійснюватися в межах природного функціонування. Цим принципом передбачається, що при оцінці можливостей досягнення основних цілей управління особливу увагу необхідно

приділяти тим факторам довкілля, які обмежують продуктивність, структуру, функціонування і різноманітність екосистем. На функціонування екосистеми можуть різною мірою впливати тимчасові, непередбачені або штучно створені фактори, що має адекватно враховуватися при управлінні.

Принцип 7. Екосистемний підхід слід здійснювати у відповідних просторових і часових масштабах. Цей принцип указує, що екосистемний підхід має застосовуватися в тих часових і просторових масштабах, які відповідають меті. Межі управління екосистемою мають визначатися на практиці користувачами, органами управління, вченими, корінними і місцевими народами. За необхідності потрібно сприяти взаємозв'язку між районами. Екосистемний підхід враховує ієрархічну природу біорізноманіття, яка позначається взаємодією та інтеграцією на генному, видовому та екосистемному рівнях.

Принцип 8. Враховуючи властиву екосистемним процесам мінливість часових параметрів і можливість настання відстрочених наслідків, цілі управління мають бути довготривалими. Процеси в екосистемі характеризуються мінливістю часових параметрів і можливістю відстрочених наслідків, що вступає в явне протиріччя із властивою людині тенденцією віддавати перевагу сьогочасній вигоді перед очікуваною.

Принцип 9. При управлінні екосистемами слід враховувати неминучість змін. Очевидно, що екосистеми постійно змінюються, у тому числі склад видів і розмаїття популяцій. Тому органи управління повинні пристосовуватися до цих змін. Крім властивій екосистемам динаміці змін, вони піддаються впливу багатьох нестановлених і непередбачених факторів як антропогенної чи біологічної природи, так і факторів довкілля. Екосистемний підхід потребує гнучкого управління, яке передбачає прогнозування змін і пристосування до них.

Принцип 10. Екосистемний підхід повинен забезпечувати належну рівновагу між збереженням і використанням біологічного різноманіття та їх інтеграцію. Відповідно до цього принципу біорізноманіття є необхідним не тільки тому, що воно являє безпосередню цінність, а й тому, що відіграє ключову роль у здійсненні функцій екосистем та інших процесів, від яких залежить і людина. Раніше існувала тенденція поділу всіх керованих компонентів біорізноманіття на охоронювані й такі, що не підлягають охороні. Зараз назріла необхідність розглядати ситуацію гнучкіше, коли збереження та використання розуміються в єдиному контексті, і комплекс заходів застосовується незалежно на всьому протязі від суворо охоронюваних екосистем до екосистем, створених людиною.

Принцип 11. Екосистемний підхід має враховувати будь-яку інформацію, зокрема наукові дані, знання, нововведення, практику корінних і місцевих громад. Принцип визначає, що для вироблення ефективних стратегій управління екосистемами будь-яка інформація є важливою. Бажаними є більш повні знання про функції екосистем та наслідки людської діяльності. При цьому інформація з будь-якого джерела має бути доведена до всіх зацікавлених сторін і учасників. Усі вихідні положення, покладені в основу керівних рішень, мають бути чіткими, перевірятися на основі наявних знань і думок зацікавлених сторін.

Принцип 12. До реалізації екосистемного підходу повинні бути залучені зацікавлені групи суспільства та наукові дисципліни. Згідно із цим принципом більшість проблем управління мають складний характер, із великою кількістю взаємозв'язків, побічних дій та наслідків, тому для їх вирішення слід застосовувати необхідні експертні знання та залучати за необхідності зацікавлені сторони на місцевому, національному, регіональному та міжнародному рівнях.

Щодо п'яти практичних вказівок із застосування перерахованих принципів екосистемного підходу, то вони, як зазначалося вище, передбачені в розділі «С» додатку до рішення V/6. Вони так само надаються з відповідними обґрунтуваннями, проте ми обмежимося лише їх переліком: 1) орієнтація на функціональні взаємозв'язки та процеси в екосистемах; 2) сприяння справедливому користуванню благами; 3) використання стратегії адаптивного управління; 4) здійснення управління за допомогою заходів, співрозмірних питанню, та шляхом максимальної децентралізації; 5) забезпечення міжвідомчої взаємодії.

Саме такими є опис екосистемного підходу, принципи і практичні вказівки щодо його застосування згідно з рішенням V/6. До того ж, у ньому зазначається, що КС рекомендує застосування принципів як таких, що відображають наявний рівень розуміння екосистемного підходу, закликає до його подальшої концептуальної розробки і практичної перевірки, а також застосовувати цей підхід, розробляти практичні форми його застосування для національної політики та законодавства, адаптуючи до місцевих, національних і регіональних умов.

Зауважимо, що перелічені принципи екосистемного підходу («Принципи Малаві») стали предметом ґрунтовного аналізу в зарубіжній науковій літературі. Так, Е. Малтбі (E. Maltby), порівнявши їх із «Сіборпськими принципами», підкреслив, що вони значною мірою ґрунтуються на останніх та відображають занепокоєння щодо короткочасності традиційних підходів у захисті біорізноманіття [19, с. 210, 213]. На думку П. М. Філліпса та Е. Жоао (P. M. Phillips and E. Joao), ці принципи забезпечують основу для керівників екосистем і зацікавлених сторін, а їх узагальнена природа є такою, що вони доречні у широкому діапазоні планування та прийняття рішень, де екосистеми можуть зазнавати впливу [20, с. 2]. Як стверджують К. Вейлен, К. Блексток і Дж. Ірвін (K. Waylen, K. Blackstock and J. Irvine), ці принципи є керівництвом для реалізації екосистемного підходу та відображають необхідність системного погляду на екосистемні функції і процеси, а також аргументи на користь децентралізації, партнерських відносин, участі зацікавлених сторін, розширення їх прав і можливостей у процесі прийняття рішень [21, с. 2]. Згідно з поглядом М. Хаммера (M. Hammer), у цих принципах наголошується на тому, що увага керівництва має бути зосереджена на функціональних зв'язках і процесах в екосистемах, де потрібно розширювати спільне використання благ, зокрема, між зацікавленими сторонами, тоді як залучення таких сторін, адаптивне управління і децентралізація є ключовими для успішного та сталого управління соціально-екологічними системами [22, с. 77]. На соціальну складову «Принципів Малаві» звернули увагу й С. Альтватер та К. Пассарелло (S. Altvater and C. Passarello), на пере-

конання яких ці принципи чітко враховують соціальні та соціально-політичні аспекти [23, с. 2].

Більш розгорнуто щодо принципів екосистемного підходу висловлюється А. Р. Е. Сінклер (A. R. E. Sinclair), стверджуючи, що «Принципи Малаві» уособлюють два основні принципи. По-перше, всі зацікавлені сторони мають бути залучені до процесу розробки планів управління. В основі цього закладена ідея про те, що більша частина біорізноманіття у світі зосереджується у тропічних регіонах, які належать і управляються країнами, що розвиваються. Ці країни мають враховувати розвиток і просування своїх народів, і якщо це не буде враховано, проблеми збереження будуть ігноровані. По-друге, «Принципи Малаві» визнають, що одиницею управління є не окремі види, а екосистема. Традиційно збереження зосереджено на окремих видах, зокрема тих, які знаходяться під загрозою зникнення. Однак усі види потребують середовища існування й інших ресурсів; часто втрата цих ресурсів є причиною проблем збереження, і саме ці ресурси слід зберігати в контексті всієї екосистеми. Не випадково ці принципи були викладені на конференції в Малаві, одній із тих країн, що розвиваються і стикаються з компромісом між розвитком і довкіллям [24, с. 2].

Також слід зазначити, що науковці, досліджуючи принципи екосистемного підходу, вказують не лише на їх позитивні риси, а й на їх колізії та прогалини. Е. Малтбі (E. Maltby) пише, що в них недостатньо розглянуті такі питання, як: стійкість екосистеми; екосистемний процес; межі екосистеми, множинна рівновага, змінні просторові масштаби і масштаби часу, постійне населення й екосистемні послуги. До того ж, зауважує вчений, є певні сумніви у доцільності збереження терміна «Принципи» з огляду на те, що вони можуть неоднаково застосовуватись в усіх контекстах і неадекватно відображати важливі регіональні чи національні характеристики. Їх краще розглядати як «елементи», які описують екосистемний підхід і сприяють розробленню більш специфічних для країни чи регіону принципів або керівних принципів, на яких базуватиметься практичне застосування [19, с. 213–214].

Так само і А. Р. Е. Сінклер (A. R. E. Sinclair) указує, що, визнаючи справедливність «Принципів Малаві», ми не повинні ігнорувати складнощі й обмеження, які потребують вирішення. Ми мусимо визнати, що існують проблеми з масштабом часу, адже принципи стосуються великих просторових масштабів і тривалих часових періодів, проте вони не визнають, що бідні народи не зберігають свої ресурси, оскільки вони нехтують майбутнім, найчастіше – найближчим майбутнім на кілька років або навіть на кілька місяців. Якщо селянин повинен вирубати дерево для палива щоб приготувати їжу на завтра, він не може розглянути проблему збереження лісу на наступний рік, не кажучи вже про 10 або 100 років. Далі, принципи не закладені в жодному механізмі примусового виконання. По суті, вони є формою суспільного договору, за невиконання якого не передбачено штрафу. Досвід показує, що без такого штрафу ці суспільні договори не працювали і навряд чи будуть працювати. Ми маємо визнати жорсткі та неприємні факти, що люди діють у власних короткотермінових егоїстичних

інтересах, тож якщо не буде спонукань до виконання договору, вони цього не робитимуть. Крім цього, принципи спрямовані на втілення концепції екосистеми. Однак ця концепція залишається невизначеною навіть для біологів, і багато її компонентів ще не встановлені, наприклад, її межі, функції тощо. Нарешті, сам термін біорізноманіття охоплює всі живі організми. Як такий, він не дуже корисний. Для практичних цілей ми повинні розглядати окремі компоненти біорізноманіття, які мають важливе значення для функціонування екосистем. Однак ми ще не знаємо, що це за компоненти. Чи звертаємо ми увагу, приміром, на великих ссавців, які можуть діяти як «парасолькові види», захищаючи тим самим усіх, хто потрапляє в їхні масштабні місця проживання, чи, навпаки, захищаємо мікроорганізми ґрунту, бо вони визначають усі процеси, які живлять трофічні рівні великих ссавців? Відповіді на ці питання ми поки не знаємо [24, с. 2–3].

Доцільно погодитись із позицією вчених про те, що принципи екосистемного підходу, закріплені в рішенні V/6 КС, подекуди мають загальний і суперечливий характер; вони, безумовно, будуть предметом подальших наукових дискусій щодо їх тлумачення, удосконалення, розширення й уточнення. Це процес пошуку оптимальних конструкцій для втілення такого надзвичайно складного явища, як екосистемний підхід. Однак важливість закріплення принципів екосистемного підходу полягає насамперед у тому, що саме з цього моменту зазначений підхід отримав своє змістовне наповнення.

Крім рішення V/6, в інших рішеннях 5-ї наради КС також йдеться про екосистемний підхід. Зокрема, у рішенні V/8, присвяченому захисту від чужорідних видів, які являють загрозу для екосистем, місць проживання або видів, указано, що всі заходи боротьби з чужорідними інвазивними видами потрібно будувати на екосистемному підході. Далі, рішення V/16, яким затверджується програма виконання п. «j» ст. 8 Конвенції про охорону біорізноманіття (щодо забезпечення поваги, збереження та підтримки знань, нововведень і практики корінних і місцевих громад), однією з першочергових задач указує розробку механізмів, керівних принципів, законодавства, інших ініціатив для активізації та розширення ефективної участі корінних і місцевих громад у прийнятті рішень, плануванні політики, розробленні та здійсненні діяльності зі збереження та сталого використання біоресурсів з урахуванням екосистемного підходу. А в рішенні V/23, у якому передбачаються варіанти збереження і використання біорізноманіття екосистем посушливих земель, Середземномор'я, аридних і напіваридних земель, лукопасовищних угідь і саван, наведено проект програми роботи з посушливими та субгумідними землями, де зазначається, що процес підготовки та здійснення цієї програми має бути спрямований на застосування екосистемного підходу.

Не менш важливе значення для розроблення екосистемного підходу мали 6-та і 7-ма наради КС. На 6-й нараді в м. Гаазі (Нідерланди, 07–19.04.2002 р.) було прийнято рішення VI/12 «Екосистемний підхід», у якому КС відзначила повільне здійснення екосистемного підходу в багатьох країнах через фінансові

труднощі та визнала необхідність його застосування в національних стратегіях та законодавстві, включення в тематичні наскрізні програми Конвенції на місцевому, національному та регіональному рівнях та в роботу інших форумів і відповідних міжнародних угод [25].

Окрім указанного рішення, на 6-й нараді КС обговорювалися інші аспекти екосистемного підходу. Приміром, у рішенні VI/7, присвяченому, серед іншого, питанням проведення оцінки екологічних наслідків та стратегічної екологічної оцінки, наголошується, що екосистемний підхід є механізмом оцінки запланованих дій та політики, який відповідає всім вимогам. У рішенні VI/9, де закріплюється «Глобальна стратегія збереження рослин», зазначено, що ця стратегія є засобом зміцнення екосистемного підходу до збереження та сталого використання біорізноманіття та концентрації уваги на життєво важливій ролі рослин у структурі й функціонуванні екосистем, а також гарантування наявності товарів і послуг, які забезпечуються такими системами. Тоді як у рішенні VI/23 черговий раз повторюється теза про те, що на екосистемному підході необхідно будувати заходи щодо боротьби з інвазивними чужорідними видами.

Тим часом, до 7-ї наради КС ДОНТТК провів 9-ту нараду (м. Монреаль (Канада), 10–14.11.2003 р.), де, з урахуванням положень, викладених у доповіді Наради експертів з екосистемного підходу (29.09.2003 р. [26]), яка, у свою чергу, ґрунтувалася на записці Виконавчого секретаря (05.08.2003 р. [27]), була прийнята рекомендація IX/6 «Екосистемний підхід: подальша розробка, керівні принципи здійснення та взаємозв'язок зі сталим лісокористуванням» [28]. Повний текст цієї рекомендації відобразився в рішенні VII/11 «Екосистемний підхід» [29], прийнятому на 7-й нараді КС, яка проходила в м. Куала-Лумпурі (Малайзія) з 09 по 20.02.2004 р. Згідно із цим рішенням КС закликала впроваджувати екосистемний підхід, беручи до уваги, що в процесі його застосування слід враховувати всі принципи, надаючи значення кожному з них відповідно до місцевих умов і враховуючи, що впровадження підходу має розглядатися як добровільний інструмент і має бути адаптовано до місцевих умов та здійснено у відповідності до національного законодавства.

Рішення VII/11 КС містить два додатки: «Подальше розроблення та уточнення екосистемного підходу на основі оцінки досвіду, накопиченого Сторонами у процесі його здійснення» (Додаток I) та «Вивчення взаємозв'язку між сталим лісокористуванням та екосистемним підходом та огляд і розробка стратегії включення екосистемного підходу до програм роботи Конвенції» (Додаток II).

У свою чергу, Додаток I складається з двох розділів: «А. Подальші вказівки зі здійснення принципів екосистемного підходу» і «В. Додаткові примітки по наскрізним питанням, пов'язаним з оперативними вказівками». У розділі «А» Додатку I повторюються загальні положення екосистемного підходу, наведені в розділі «А» додатку до рішення V/6, і наголошується, що він забезпечує комплексну структуру для здійснення цілей Конвенції та включає три важливі міркування, а саме: а) відповідно до екосистемного підходу регулювання живих компонентів розглядається з позиції соціально-економічних міркувань

на екосистемному рівні організації, а не просто як управління видами і місцями проживання; б) для забезпечення стійкості управління земельними, водними і живими ресурсами на засадах справедливості цей підхід слід впроваджувати у природних межах, де він також має функціонувати, і застосовувати у природних функціонуючих екосистемах; с) управління екосистемами – це соціальний процес. Є багато зацікавлених колективів, яких потрібно залучати до роботи шляхом створення ефективних структур і процесів прийняття рішень та управління.

У цьому ж розділі також зазначається, що екосистемний підхід є загальною методологічною структурою для обґрунтування рішень у процесі розробки політики та планування, за допомогою якої суб'єкти можуть розробляти конкретніші підходи залежно від своїх особливих умов. Цей підхід є інструментом, який сприяє вирішенню різних питань, що розглядаються в рамках Конвенції, включаючи, між іншим, роботу у сфері охоронюваних районів та екологічних мереж. Не існує єдиного правильного шляху його застосування до управління земельними, водними і живими ресурсами. Гнучкий характер основних принципів надає можливість застосовувати їх для вирішення питань управління в різних соціальних умовах.

Існує ціла низка варіантів здійснення екосистемного підходу. Один із них передбачає включення його принципів у розробку та реалізацію національних і регіональних стратегій та планів дій щодо збереження біорізноманіття. В інших – пропонується його включення в політичні документи, процеси планування та секторальні плани (у лісівництво, рибальство, сільське господарство тощо). Для впровадження екосистемного підходу країни повинні включати його принципи в роботу відповідних організаційних, правових і бюджетних інстанцій.

У розділі «В» Додатку I до рішення VII/11 наводиться перелік наскрізних питань, які необхідно враховувати при застосуванні вказівок зі здійснення екосистемного підходу, і які пов'язані із: 1) введенням екосистемного підходу (при його початковому введенні потрібно визначити ту проблему, яку належить вирішити, визначити її масштаб і майбутнє завдання); 2) створенням потенціалу і зміцненням колективної волі (важливими атрибутами успішного застосування підходу є належна фінансова та інфраструктурна підтримка, належні експертні знання, обмін знаннями і досвідом, тоді як колективна воля може виражатись у вигляді участі громадськості, суб'єктів діяльності, політичної та організаційної волі, зобов'язань донорів та спонсорів); 3) інформацією, науковими розробками та дослідженнями; 4) моніторингом і оглядом та 5) сумлінним управлінням. Крім цієї інформації, у розділі є таблиця, де містяться докладні анотації до обґрунтувань 12 принципів екосистемного підходу, закріплених у розділі «В» додатку до рішення V/6, та керівні вказівки із впровадження кожного принципу.

Додаток II до рішення VII/11 також складається з двох розділів: «А. Стале лісокористування», де вказується концептуальна основа екосистемного підходу в порівнянні зі сталим лісокористуванням та пропозиції стосовно їх інтеграції, та «В. Включення екосистемного підходу до секторів і біомів, які відповідають тематичним програмам роботи Конвенції». У розділі «А» міститься інформація

щодо співвідношення екосистемного підходу та сталого лісокористування, яка зводиться до того, що концепція сталого лісокористування може розглядатися як засіб застосування екосистемного підходу до лісів. Ці обидві концепції не є ідентичними, але вони схожі між собою, а тому їх слід застосовувати як єдине ціле. У розділі «В» розглядаються питання включення екосистемного підходу до таких секторів, як біорізноманіття морське та прибережне, внутрішніх вод, сільського господарства, посушливих і субгумідних земель.

Щодо 8-ї наради КС, то вона проходила в м. Куритиба (Бразилія) з 20 по 31.03.2006 р. На ній також було прийнято декілька рішень щодо подальшого впровадження екосистемного підходу [30]. Так, у додатку I до рішення VIII/1 («Біологічне різноманіття островів») указано про те, що острови являють собою мікрокосм, який відкриває великі можливості для застосування, тестування та вдосконалення широкого комплексу підходів, що забезпечують збереження біорізноманіття, включаючи екосистемний підхід, тому в процесі реалізації програми роботи з біорізноманіття островів слід враховувати цей підхід як засіб логічного планування й управління для арсеналу всеосяжної острівної політики.

У рішенні VIII/19, яке присвячене біорізноманіттю лісів, КС закликала Сторони продовжувати включення екосистемного підходу в політику і практику управління лісами, а в рішенні VIII/20 вона визнала важливість його застосування у сфері збереження біорізноманіття внутрішніх водних екосистем. Так само на цьому підході має базуватися наскрізна ініціатива з використання біорізноманіття для забезпечення продовольства та поживних речовин, а також міжнародна ініціатива зі збереження та сталого використання біорізноманіття ґрунту (додатки до рішення VIII/23 «Біорізноманіття сільського господарства»).

До 9-ї наради КС ДОНТТК провів свою 12 нараду (01–06.07.2007 р.), де була прийнята рекомендація XII/1 «Застосування екосистемного підходу» [31]. Вона була покладена в основу рішення IX/7 «Екосистемний похід», прийнятого на 9-й нараді КС (м. Бонн (Німеччина), 19–30.05.2008 р.) [32], де КС, зокрема, відзначила, що: а) екосистемний підхід є корисною нормативною основою для об'єднання соціальних, економічних, культурних та екологічних цінностей, б) застосування «універсальних» рішень до нього є неможливим і небажаним, бо застосування екосистемного підходу слід розглядати як процес, у рамках якого пріоритетною необхідністю зараз є навчання через діяльність, с) існує багато прикладів успішного застосування підходу в регіональному, національному та місцевому масштабах, які потрібно заохочувати і поширювати; більшість з них можна вважати позитивними результатами для збереження біорізноманіття та підвищення добробуту людей, d) існує досвід застосування цього підходу на місцевому рівні, проте цей підхід слід застосовувати набагато ширше та на всіх рівнях за активної участі відповідних секторів і суб'єктів діяльності, e) більш широке впровадження цього підходу може сприяти досягненню Цілей розвитку на тисячоліття, f) забезпечення повномасштабного застосування підходу в усіх його екологічних, соціальних, економічних, культурних і політичних аспектах, й особливо в широкому масштабі залишається неймовірно важким завданням,

а тому є необхідність у поширенні інформації про цей підхід та її підкріпленні наочними прикладами з метою прискорення його ширшого застосування.

Крім того, у зазначеному рішенні КС закликала Сторони зміцнювати та популяризувати ефективне та широке використання екосистемного підходу як корисного інструменту для розробки й реалізації національних стратегій і планів дій зі збереження біорізноманіття та в інших політичних механізмах.

На 10-й нараді КС, що проходила у м. Нагоя (Японія) 18–29.10.2010 р., також обговорювалися питання впровадження екосистемного підходу, зокрема, КС відзначила необхідність його включення в процеси планування і в політичні процеси з метою скорочення втрати біорізноманіття (рішення X/4), заохочення субнаціональних урядів і місцевих органів влади до його застосування (додаток до рішення X/22), здійснення його популяризації та розширення застосування (рішення X/29–X/34) та ін. [33]. Та головне, що на цій нараді був прийнятий Стратегічний план у сфері збереження та сталого використання біорізноманіття на 2011–2020 рр., який являє собою структуру, розраховану на 10 років, відповідно до якої всі країни та суб'єкти діяльності будуть вживати необхідних заходів зі збереження біорізноманіття та забезпечуваних ним вигод для людей. У рамках плану були прийняті амбітні, але досяжні цільові завдання, відомі як цільові завдання зі збереження і сталого використання біорізноманіття, прийняті в Аїті (рішення X/2).

Концепція цього Стратегічного плану – це світ, «який живе в гармонії з природою», у якому «до 2050 року біорізноманіття оцінено гідно, зберігається, відновлюється та розумно використовується, підтримуючи екосистемні послуги та здоровий стан планети та приносячи вигоди, необхідні для всіх людей». Серед 5-ти цілей Стратегічного плану та відповідних ним 20-ти цільових завдань указані й ті, які безпосередньо стосуються екосистемного підходу. Так, серед цільових завдань стратегічної мети «В» (Скорочення прямих навантажень на біорізноманіття та стимулювання сталого використання) є цільове завдання 6, згідно з яким регулювання та промисел усіх запасів риби та безхребетних і водяних рослин має здійснюватися стало, на законних підставах та із застосуванням підходів з позицій екосистем. Одним із цільових завдань стратегічної мети «С» (Поліпшення стану біорізноманіття шляхом охорони екосистем, видів і генетичної різноманітності) (завдання 11) є збереження районів суші і внутрішніх вод та прибережних і морських районів, зокрема тих, що мають важливе значення для збереження біорізноманіття та забезпечення екосистемних послуг, за рахунок ефективного і справедливого управління. А відповідно до стратегічної мети «D» (Збільшення обсягу вигод для людей, які забезпечуються біорізноманіттям і екосистемними послугами) мають бути відновлені й охоронятися ті екосистеми, які надають найважливіші послуги, включаючи послуги, пов'язані з водою (цільове завдання 14) та підвищена опірність екосистем, а також збережена і відновлена природа, включаючи відновлення деградованих екосистем, що сприяє пом'якшенню наслідків зміни клімату та адаптації до них і боротьбі з опустелюванням (цільове завдання 15).

Щодо подальшого розвитку екосистемного підходу в рішеннях нарад КС, слід наголосити, що крім різних програмних питань Конвенції, він продовжився в аспекті розроблення питань збереження та відновлення екосистем. Так, на 11-й нараді КС, яка проходила в м. Хайдарабаді (Індія) з 08 по 19.10.2012 р., було прийнято рішення XI/16 «Відновлення екосистем», де зазначається, що таке відновлення екосистем не замінює їх збереження та не є приводом, що дозволяє здійснювати їх навмисне руйнування або допускати їх нестійке використання [34], а на 12-й нараді КС (м. Пхьончхані (Південна Корея), 06–17.10.2014 р.) у рішенні XII/19 «Збереження і відновлення екосистем» Сторонам, іншим урядам та організаціям було запропоновано здійснити заходи із відновлення екосистем, у тому числі ті, що стосуються екосистемного підходу (наприклад, враховуючи екосистемний підхід, розробити відповідні підходи територіального планування на рівні наземних і морських ландшафтів для сприяння скороченню втрати місць проживання та стимулювання відновлення екосистем) [35].

Однак найбільш інформативним щодо відновлення екосистем є рішення XIII/5, прийняте на 13-й нараді КС, що відбувалася в м. Канкуні (Мексика) з 04 по 17.12.2016 р. [36]. У додатку до цього рішення закріплено короткостроковий план дій щодо відновлення екосистем, загальною метою якого є стимулювання відновлення деградованих природних і напівприродних екосистем, у тому числі в міському середовищі, у вигляді внеску в запобігання втрати біорізноманіття, відновлення зв'язності, підвищення стійкості екосистем, розширення надання екосистемних послуг, пом'якшення наслідків зміни клімату й адаптацію до них, боротьбу з опустелюванням і деградацією земель та в поліпшення добробуту людей при одночасному скороченні екологічних ризиків і дефіциту. У плані дій наводяться 4 основні групи заходів з відновлення екосистем, які можуть бути прийняті в короткостроковій перспективі: а) оцінка можливостей відновлення екосистем; б) поліпшення організаційної стимулюючої середовища для такого відновлення; с) планування та здійснення заходів з відновлення; d) моніторинг, оцінка, відповідна інформація і поширення результатів, та наголошується, що 12 принципів екосистемного підходу в рамках Конвенції про біорізноманіття є надзвичайно актуальними для напрямку діяльності з відновлення екосистем.

Стосовно останньої, 14-ї наради КС, вона проходила з 17 по 29.11.2018 р. в м. Шарм-еш-Шейх (Єгипет) [37]. На ній не було прийнято окремого рішення, присвяченого питанням збереження та відновлення екосистем та впровадження екосистемного підходу, проте важливість і необхідність реалізації таких питань підтверджена та виражена майже в усіх рішеннях, прийнятих на цій нараді.

Висновки. Таким чином, на підставі дослідження положень Конвенції про охорону біологічного різноманіття та огляду рішень нарад її КС можна зробити висновок, що в рамках цієї Конвенції були розроблені загальні засади екосистемного підходу та визначена його провідна роль у питанні збереження біорізноманіття. Звичайно, екосистемний підхід у цілому та його принципи зокрема потребують ґрунтовного обговорення на майбутніх нарадах КС і втілення у відповідних її рішеннях, що, маємо надію, і буде зроблено вже

найближчим часом на 15-й нараді. Однак цілком очевидно, що ефективність цього підходу залежатиме передусім від його впровадження в державну екологічну політику і законодавство всіх країн-учасниць Конвенції та його практичної реалізації. Тож для України як учасниці Конвенції про охорону біорізноманіття впровадження й реалізація екосистемного підходу має стати одним із пріоритетних і стратегічних напрямів у сфері правового регулювання екологічних відносин.

Список літератури

1. Даниленко Л. І. Збереження біологічного різноманіття – глобальна проблема людства (дидактичний матеріал до курсу за вибором) : навч. посіб. Черкаси. 2011. 76 с. URL: <http://library.ippro.com.ua/attachments/article/119/біологічне.pdf>.
2. Данилов-Данильян В. И., Лосев К. С., Рейф И. Е. Перед главным вызовом цивилизации: Взгляд из России : монография. Москва : ИНФРА-М, 2005. 224 с. URL: http://lit.lib.ru/r/rejf_i_e/peredglawnymwyzowomciwilizacii.shtml.
3. Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 05.06.1992 р. Дата оновлення: 29.10.2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030#Text (дата звернення: 01.08.2021).
4. Secretariat of the Convention on Biological Diversity. *The Ecosystem Approach (CBD Guidelines)*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity. 2004. 50 p. URL: <https://www.cbd.int/doc/publications/ea-text-en.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).
5. Конференция Сторон Конвенции о биологическом разнообразии. Пятнадцатое совещание, Куньмин, Китай, 11–15 октября 2021 года и 25 апреля – 8 мая 2022 года. Предварительная повестка дня (CBD/COP/15/1/Rev.1, 18.08.2021). URL: <https://www.cbd.int/doc/c/49cf/f068/e9f0b73891f5ffd696e6c760/cop-15-01-rev1-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).
6. Доклад первого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Нассау, 28.11–09.12.1994; UNEP/CBD/COP/1/17, 28.02.1995). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-01/official/cop-01-17-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).
7. Доклад о работе первого совещания Вспомогательного органа по научным, техническим и технологическим консультациям (Париж, 04–08.09.1995; UNEP/CBD/COP/2/5, 21.09.1995). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-02/official/cop-02-05-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).
8. Доклад второго совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Джакарта, 06–17.11.1995; UNEP/CBD/COP/2/19, 30.11.1995). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-02/official/cop-02-19-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).
9. Henne G., Fakir S. The Regime Building of the Convention on Biological Diversity on the Road to Nairobi. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. 1999. Vol. 3, pp. 315–361. URL: https://www.mpil.de/files/pdf2/mpunyb_henne_fakir_3.pdf.
10. Доклад третьего совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Буэнос-Айрес, 04–15.11.1996; UNEP/CBD/COP/3/38, 11.02.1997). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-03/official/cop-03-38-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).
11. Доклад четвертого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Братислава, 04–15.05.1998; UNEP/CBD/COP/4/27, 15.06.1998). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-04/official/cop-04-27-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).
12. Экосистемный подход: дальнейшая концептуальная разработка. Записка Исполнительного секретаря (UNEP/CBD/SBSTTA/5/11, 23.10.1999). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-05/official/sbstta-05-11-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).
13. The Ecosystem Approach: Healthy Ecosystems and Sustainable Economies. Vol. I: Overview. Report of the Interagency Ecosystem Management Task Force (June 1995). URL: <https://play.google.com/store/books/details?id=isLoWUOs6VQC&rdid=book-isLoWUOs6VQC&rdot=1> (дата звернення: 01.08.2021).

14. Maltby E., Holdgate M., Acreman M., Weir A. Ecosystem management: Questions for science and society. Synthesis of the first Sibthorp Seminar «Advances in ecological science as a basis for conservation and ecosystem management in the third millennium», held at the Royal Holloway Institute for Environmental Research (RHIER), Royal Holloway University of London, 21–22 June 1996. URL: <http://www.sibthorp.org.uk/wp-content/uploads/2016/03/Ecosystem%20Management%20scan%20ameneded.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

15. Proceedings of the First World Conservation Congress (Montreal, Canada 13–23 October 1996). IUCN – The World Conservation Union, 1997. URL: <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCC-1st-003.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

16. Report of the Workshop on the Ecosystem Approach (Lilongwe, Malawi, 26–28.01.1998; UNEP/CBD/COP/4/Inf.9, 20.03.1998). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-04/information/cop-04-inf-09-en.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

17. Доклад пятого совещания Вспомогательного органа по научным, техническим и технологическим консультациям (Найроби, 15–26.05.2000; UNEP/CBD/COP/5/3, 25.02.2000). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-05/official/cop-05-03-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

18. Доклад о работе пятого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Найроби, 15–26.05.2000; UNEP/CBD/COP/5/23, 22.06.2000). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-05/official/cop-05-23-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

19. Maltby E. Ecosystem approach: from principle to practice. Ecosystem Service and Sustainable Watershed Management in North China. International Conference, Beijing, P. R. China, August 23–25, 2000, pp. 205–224. URL: https://www.academia.edu/25189766/Ecosystem_approach_From_principle_to_practice.

20. Phillips P. M., Jorob E. Land use planning and the ecosystem approach: An evaluation of case study planning frameworks against the Malawi Principles. *Land Use Policy*. 2017. Vol. 68. Pp. 460–480. URL: https://strathprints.strath.ac.uk/61857/1/Phillips_Joao_LUP_2017_Land_use_planning_and_the_ecosystem_approach_an_evaluation.pdf.

21. Waylen K., Blackstock K., Justin Irvine J. Starting points for evaluating implementation of the “Ecosystem Approach”. Project report by the James Hutton Institute: Aberdeen, 7 p. 2014. URL: https://www.hutton.ac.uk/sites/default/files/files/snc/Suggestions_for_evaluating_EcA.pdf.

22. Hammer M. The Ecosystem Management Approach: Implications for Marine Governance. In M. Gilek and K. Kern (Eds.), *Governing Europe’s Marine Environment: Europeanization of Regional Seas or Regionalization of EU Policies?* (pp. 75–92). Surrey, England: Ashgate. 2015. URL: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:786870/FULLTEXT01.pdf>.

23. Altvater S., Passarello C. (2018). Policy Brief: Implementing the Ecosystem-Based Approach in Maritime Spatial Planning. Version: 25.10.2018, 12 p. URL: https://www.msp-platform.eu/sites/default/files/20181025_ebainmsp_policybrief_mspplatform.pdf.

24. Jaren V., Sinclair A. R. E., Andersen R., Danell K., Schwartz C., Peterson R. O., Bowyer R. T., Ericsson G. Moose in northern integrated ecosystem management – how should the Malawi principles be adapted? *Alces*, Vol. 39, 1–10. 2003. URL: https://www.researchgate.net/publication/236993995_Moose_in_northern_integrated_ecosystem_management_-_how_should_the_Malawi_principles_be_adapted.

25. Доклад о работе шестого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Таага, 07–19.04.2002; UNEP/CBD/COP/6/20*, 23.09.2002). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-06/official/cop-06-20-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

26. Ecosystem Approach: further elaboration, guidelines for implementation and relationship with sustainable forest management. Report of the Expert Meeting on the Ecosystem Approach (UNEP/CBD/SBSTTA/9/INF/4, 29.09.2003). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-09/information/sbstta-09-inf-04-en.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

27. Экосистемный подход: дальнейшее уточнение, руководящие принципы применения и взаимоотношение с устойчивым лесопользованием. Записка Исполнительного секретаря

(UNEP/CBD/SBSTTA/9/8, 5.08.2003). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-09/official/sbstta-09-08-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

28. Доклад о работе девятого совещания Вспомогательного органа по научным, техническим и технологическим консультациям (Куала-Лумпур, 09–20 и 27.02.2004; UNEP/CBD/COP/7/4, 23.11.2003). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-07/official/cop-07-04-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

29. Доклад о работе седьмого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Куала-Лумпур, 09–20 и 27.02.2004; UNEP/CBD/COP/7/21, 13.04.2004). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-07/official/cop-07-21-part2-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

30. Доклад о работе восьмого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Куригиба, 20–31.03.2006; UNEP/CBD/COP/8/31, 15.06.2006). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-08/official/cop-08-31-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

31. Доклад о работе двенадцатого совещания Вспомогательного органа по научным, техническим и технологическим консультациям (Бонн, 19–30.05.2008; UNEP/CBD/COP/9/2, 16.07.2007). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-12/official/sbstta-12-cop-09-02-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

32. Доклад Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии о работе ее девятого совещания (Бонн, 19–30.05.2008; UNEP/CBD/COP/9/29*, 09.10.2008). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-09/official/cop-09-29-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

33. Доклад о работе десятого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Нагоя, 18–29.10.2010; UNEP/CBD/COP/10/27, 19.12.2010). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-10/official/cop-10-27-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

34. Доклад о работе одиннадцатого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Хайдарабад, Индия, 08–19.10.2012; UNEP/CBD/COP/11/35, 05.12.2012*). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-11/official/cop-11-35-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

35. Доклад о работе двенадцатого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Пхёнчхан, Республика Корея, 06–17.10.2014; UNEP/CBD/COP/12/29, 17.10.2014). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-12/official/cop-12-29-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

36. Доклад Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии о работе ее тринадцатого совещания (Канкун, Мексика, 04–17.12.2016; UNEP/CBD/COP/13/25, 17.12.2016). URL: <https://www.cbd.int/doc/c/9205/4bdf/ee26d0e81130726b4e6f01ec/cop-13-25-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

37. Доклад Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии о работе ее четырнадцатого совещания (Шарм-эш-Шейх, Египет, 17–29.11.2018; CBD/COP/14/14, 20.03.2019). URL: <https://www.cbd.int/doc/c/8271/8ea7/d326bce6998e15a0034ffb83/cop-14-14-ru.pdf> (дата звернення: 01.08.2021).

References

1. Danylenko, L.I. (2011). Zberezhennia biolohichnoho riznomanittia – hlobalna problema liudstva (dydaktychnyi material do kursu za vyborom). Cherkasy. URL: <http://library.ippro.com.ua/attachments/article/119/біологічне.pdf> [in Ukrainian].

2. Danilov-Danil'jan, V.I., Losev, K.S., Rejff, I.E. (2005). Pered glavnym vyzovom civilizacii: Vzgliad iz Rossii. Moscow: INFRA-M. URL: http://lit.lib.ru/r/rejff_i_e/peredglavnymwyzowomciwilizacii.shtml [in Russian].

3. Konventsiiia pro okhoronu biolohichnoho riznomanittia vid 05.06.1992 r. Data onovlennia: 29.10.2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030#Text.

4. Secretariat of the Convention on Biological Diversity. (2004). *The Ecosystem Approach (CBD Guidelines)*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity. URL: <https://www.cbd.int/doc/publications/ea-text-en.pdf>.

5. Konferencija Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii. Pjnatadcatoe soveshanie, Kun'min, Kitaj, 11–15 oktjabrja 2021 goda i 25 aprelja – 8 maja 2022 goda. Predvaritel'naja povestka dnja (CBD/COP/15/1/Rev.1, 18.08.2021). URL: <https://www.cbd.int/doc/c/49cf/f068/e9f0b73891f5ffd696e6c760/cop-15-01-rev1-ru.pdf> [in Russian].

6. Doklad pervogo soveshhanija Konferencii Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii (Nassau, 28.11–09.12.1994; UNEP/CBD/COP/1/17, 28.02.1995). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-01/official/cop-01-17-ru.pdf> [in Russian].

7. Doklad o rabote pervogo soveshhanija Vspomogatel'nogo organa po nauchnym, tehničeskim i tehnologičeskim konsul'tacijam (Parizh, 04–08.09.1995; UNEP/CBD/COP/2/5, 21.09.1995). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-02/official/cop-02-05-ru.pdf> [in Russian].

8. Doklad vtorogo soveshhanija Konferencii Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii (Dzhakarta, 06–17.11.1995; UNEP/CBD/COP/2/19, 30.11.1995). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-02/official/cop-02-19-ru.pdf> [in Russian].

9. Henne, G., Fakir, S. (1999). The Regime Building of the Convention on Biological Diversity on the Road to Nairobi. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 3, 315–361. URL: https://www.mpil.de/files/pdf2/mpunyb_henne_fakir_3.pdf.

10. Doklad tret'ego soveshhanija Konferencii Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii (Bujenos-Ajres, 04–15.11.1996; UNEP/CBD/COP/3/38, 11.02.1997). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-03/official/cop-03-38-ru.pdf> [in Russian].

11. Doklad chetvertogo soveshhanija Konferencii Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii (Bratislava, 04–15.05.1998; UNEP/CBD/COP/4/27, 15.06.1998). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-04/official/cop-04-27-ru.pdf> [in Russian].

12. Jekosistemnyj pohod: dal'nejshaja konceptual'naja razrabotka. Zapiska Ispolnitel'nogo sekretarja (UNEP/CBD/SBSTTA/5/11, 23.10.1999). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-05/official/sbstta-05-11-ru.pdf> [in Russian].

13. The Ecosystem Approach: Healthy Ecosystems and Sustainable Economies. Vol. I: Overview. Report of the Interagency Ecosystem Management Task Force (June 1995). URL: <https://play.google.com/store/books/details?id=isLoWUOs6VQC&rdid=book-isLoWUOs6VQC&rdot=1>.

14. Maltby, E., Holdgate, M., Acreman, M., Weir, A. (1996). Ecosystem management: Questions for science and society. Synthesis of the first Sibthorp Seminar «Advances in ecological science as a basis for conservation and ecosystem management in the third millennium», held at the Royal Holloway Institute for Environmental Research (RHIER), Royal Holloway University of London, 21–22 June 1996. URL: <http://www.sibthorp.org.uk/wp-content/uploads/2016/03/Ecosystem%20Management%20scan%20ameneded.pdf>.

15. Proceedings of the First World Conservation Congress (Montreal, Canada 13–23 October 1996). IUCN – The World Conservation Union, 1997. URL: <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCC-1st-003.pdf>.

16. Report of the Workshop on the Ecosystem Approach (Lilongwe, Malawi, 26–28.01.1998; UNEP/CBD/COP/4/Inf.9, 20.03.1998). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-04/information/cop-04-inf-09-en.pdf>.

17. Doklad pjatogo soveshhanija Vspomogatel'nogo organa po nauchnym, tehničeskim i tehnologičeskim konsul'tacijam (Najrobi, 15–26.05.2000; UNEP/CBD/COP/5/3, 25.02.2000). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-05/official/cop-05-03-ru.pdf> [in Russian].

18. Doklad o rabote pjatogo soveshhanija Konferencii Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii (Najrobi, 15–26.05.2000; UNEP/CBD/COP/5/23, 22.06.2000). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-05/official/cop-05-23-ru.pdf> [in Russian].

19. Maltby, E. (2000). Ecosystem approach: from principle to practice. Ecosystem Service and Sustainable Watershed Management in North China. International Conference, Beijing, P. R. China, August 23–25, 205–224. URL: https://www.academia.edu/25189766/Ecosystem_approach_From_principle_to_practice.

20. Phillips, P.M., Jorob, E. (2017). Land use planning and the ecosystem approach: An evaluation of case study planning frameworks against the Malawi Principles. *Land Use Policy*, 68, 460–480. URL:

https://strathprints.strath.ac.uk/61857/1/Phillips_Joao_LUP_2017_Land_use_planning_and_the_ecosystem_approach_an_evaluation.pdf.

21. Waylen, K., Blackstock, K., Justin Irvine, J. (2014). Starting points for evaluating implementation of the “Ecosystem Approach”. Project report by the James Hutton Institute: Aberdeen, 7. URL: https://www.hutton.ac.uk/sites/default/files/files/snc/Suggestions_for_evaluating_EcA.pdf.

22. Hammer, M. (2015). The Ecosystem Management Approach: Implications for Marine Governance. In M. Gilek and K. Kern (Eds.). *Governing Europe's Marine Environment: Europeanization of Regional Seas or Regionalization of EU Policies?* (pp. 75–92). Surrey, England: Ashgate. URL: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:786870/FULLTEXT01.pdf>.

23. Altvater, S., Passarello, C. (2018). Policy Brief: Implementing the Ecosystem-Based Approach in Maritime Spatial Planning. Version: 25.10.2018, 12 p. URL: https://www.msp-platform.eu/sites/default/files/20181025_ebainmsp_policybrief_mspplatform.pdf.

24. Jaren V., Sinclair A.R.E., Andersen R., Danell K., Schwartz C., Peterson R.O., Bowyer R.T., Ericsson G. (2003). Moose in northern integrated ecosystem management – how should the Malawi principles be adapted? *Alces, Vol. 39, 1–10*. URL: https://www.researchgate.net/publication/236993995_Moose_in_northern_integrated_ecosystem_management_-_how_should_the_Malawi_principles_be_adapted.

25. Доклад о работе шестого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Гага, 07–19.04.2002; UNEP/CBD/COP/6/20*, 23.09.2002). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-06/official/cop-06-20-ru.pdf> [in Russian].

26. Ecosystem Approach: further elaboration, guidelines for implementation and relationship with sustainable forest management. Report of the Expert Meeting on the Ecosystem Approach (UNEP/CBD/SBSTTA/9/INF/4, 29.09.2003). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-09/information/sbstta-09-inf-04-en.pdf>.

27. Jekosistemnyj podhod: dal'nejshee utochnenie, rukovodjashhie principy primeneniya i vzaimootnoshenie s ustojchivym lesopol'zovaniem. Zapiska Ispolnitel'nogo sekretarja (UNEP/CBD/SBSTTA/9/8, 5.08.2003). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-09/official/sbstta-09-08-ru.pdf> [in Russian].

28. Доклад о работе седьмого совещания Вспомогательного органа по научным, техническим и технологическим консультациям (Kuala-Lumpur, 09–20 i 27.02.2004; UNEP/CBD/COP/7/4, 23.11.2003). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-07/official/cop-07-04-ru.pdf> [in Russian].

29. Доклад о работе седьмого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Kuala-Lumpur, 09–20 i 27.02.2004; UNEP/CBD/COP/7/21, 13.04.2004). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-07/official/cop-07-21-part2-ru.pdf> [in Russian].

30. Доклад о работе восьмого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Kuritiba, 20–31.03.2006; UNEP/CBD/COP/8/31, 15.06.2006). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-08/official/cop-08-31-ru.pdf> [in Russian].

31. Доклад о работе двенадцатого совещания Вспомогательного органа по научным, техническим и технологическим консультациям (Bonn, 19–30.05.2008; UNEP/CBD/COP/9/2, 16.07.2007). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/sbstta/sbstta-12/official/sbstta-12-cop-09-02-ru.pdf> [in Russian].

32. Доклад Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии о работе ее девятого совещания (Bonn, 19–30.05.2008; UNEP/CBD/COP/9/29*, 09.10.2008). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-09/official/cop-09-29-ru.pdf> [in Russian].

33. Доклад о работе десятого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Nagoja, 18–29.10.2010; UNEP/CBD/COP/10/27, 19.12.2010). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-10/official/cop-10-27-ru.pdf> [in Russian].

34. Доклад о работе одиннадцатого совещания Конференции Сторон Конвенции о биологическом разнообразии (Hajdarabad, Indija, 08–19.10.2012; UNEP/CBD/COP/11/35, 05.12.2012*). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-11/official/cop-11-35-ru.pdf> [in Russian].

35. Doklad o rabote dvenadcatogo soveshhanija Konferencii Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii (Phjonchhan, Respublika Koreja, 06–17.10.2014; UNEP/CBD/COP/12/29, 17.10.2014). URL: <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-12/official/cop-12-29-ru.pdf> [in Russian].

36. Doklad Konferencii Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii o rabote ee trinadcatogo soveshhanija (Kankun, Meksika, 04–17.12.2016; UNEP/CBD/COP/13/25, 17.12.2016). URL: <https://www.cbd.int/doc/c/9205/4bdf/ee26d0e81130726b4e6f01ec/cop-13-25-ru.pdf> [in Russian].

37. Doklad Konferencii Storon Konvencii o biologicheskom raznoobrazii o rabote ee chetyrnadcatogo soveshhanija (Sharm-jesh-Shejh, Egipet, 17–29.11.2018; CBD/COP/14/14, 20.03.2019). URL: <https://www.cbd.int/doc/c/8271/8ea7/d326bce6998e15a0034ffb83/cop-14-14-ru.pdf> [in Russian].

Suietnov Ye. P., PhD in Law, Assistant Professor, Head of the Environmental Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: evgeny-suetnov@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4094-444X

The ecosystem approach under the Convention on Biological Diversity: a review of decisions of the Conference of the Parties

A comprehensive analysis of the process of formation and development of the ecosystem approach in international environmental law under the Convention on Biological Diversity has been undertaken. Based on a study of the provisions of the Convention and a review of decisions of the meetings of its governing body – the Conference of the Parties – the conclusion is made about the current state of development of the ecosystem approach.

In particular, under the Convention on Biological Diversity, general framework of the ecosystem approach have been developed, including its description, principles and practical guidelines for its application, and its leading role in the conservation of biodiversity has been determined. Undoubtedly, the ecosystem approach generally and its principles particularly require thorough discussion at future meetings of the Conference of the Parties and implementation in appropriate decisions.

At the same time, it is quite obvious that the effectiveness of this approach in the issue of biodiversity conservation will depend primarily on its implementation in the state environmental policy and legislation of all countries-participants of the Convention and its practical realization, which, according to the author, should become one of the priority and strategic directions in the field of legal regulation of environmental relations in Ukraine.

Keywords: environmental law; international environmental law; ecosystem; ecosystem approach; biological diversity; Conference of the Parties; Convention on Biological Diversity.

Рекомендоване цитування: Суєтнов Є. П. Екосистемний підхід у рамках Конвенції про охорону біологічного різноманіття: огляд рішень Конференції Сторін. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 162–185. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239280>.

Suggested Citation: Suietnov, Ye.P. (2021) Ekosystemnyi pidkhid u ramkakh Konvencii pro okhoronu biologichnoho riznomanittia: ohliad rishen Konferentsii Storin [The ecosystem approach under the Convention on Biological Diversity: a review of decisions of the Conference of the Parties]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 162–185*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239280> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 20.08.2021 р.



Туліна Ельбіс Євгенівна,
кандидатка юридичних наук,
асистентка кафедри екологічного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: e.ye.tulina@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-8780-5682

doi: 10.21564/2414–990X.154.234134
УДК 349.6(477)

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНТРОДУКЦІЇ В УКРАЇНІ

Розглянуто особливості правового регулювання інтродукції. Окреслено положення національного й міжнародного законодавства у цій сфері, а також зміст термінів «інтродуковані види» й «інвазійні види» і їх співвідношення з точки зору права. Наведено правову класифікацію інтродукції, розкрито її значення для правового унормування екологічних відносин. Обґрунтовано необхідність вироблення єдиного категоріально-понятійного апарату для регулювання відносин у сфері здійснення інтродукції щодо всіх природних об'єктів.

Ключові слова: екологічне законодавство; інтродукція; інвазійні чужорідні види; інтродукція об'єктів аквакультури; інтродукція з моря; об'єкти тваринного світу; об'єкти рослинного світу.

Туліна Э. Е., кандидат юридических наук, ассистент кафедры экологического права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: e.ye.tulina@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0002-8780-5682

Правовое регулирование интродукции в Украине

Рассмотрены особенности правового регулирования интродукции. Определены положения национального и международного законодательства в этой сфере, а также содержание терминов «интродукция» и «инвазивные виды» и их соотношение с точки зрения права. Приведена правовая классификация интродукции, раскрыто ее значение для правового нормирования экологических отношений. Обоснована необходимость выработки единого категориально-понятийного аппарата для регулирования отношений в сфере осуществления интродукции относительно природных объектов.

Ключевые слова: экологическое законодательство; интродукция; инвазивные чужеродные виды; интродукция объектов аквакультуры; интродукция с моря; объекты животного мира; объекты растительного мира.

Вступ. Сьогодні, у добу передових технологій, швидко розвиваються не тільки технології і зв'язки між країнами, а й суспільні відносини, що прямо або опосередковано впливають на державну екологічну політику. Серед антропо-

генних чинникiв, якi можуть негативно позначитися на структурних елементах екомережi, бiологiчного й ландшафтного рiзноманiття в цiлому, слiд передусiм виокремити науково необгрунтовану iнтродукцiю окремих об'єктiв флори й фауни, наприклад, деяких видiв риб у водойми, залiсення степових i лучних територiй, створення монокультур у лiсових системах, унаслідок чого зникають дикi родичi культурних плодкових дерев i чагарникiв, тощо [10, с. 11]. Звiсно, iх наявнiсть викликає занепокоєння, оскiльки через дiю цих чинникiв завдається непоправна шкода природi, екосистемам i довкiллю в цiлому. Враховуючи це, серед завдань, якi передбачаються в Законi України «Про Основнi засади (стратегiю) державної екологiчної полiтики України на перiод до 2030 року» вiд 28 лютого 2019 року № 2697-VIII [16] є запобiгання неконтрольованому розповсюдженню iнвазiйних видiв i контроль за появою й поширенням таких видiв у природних екосистемах, у тому числi морських. Потрiбно зазначити, що схожi положення закрiпленi в Загальнодержавнiй програмi збереження бiорiзноманiття на 2005–2025 роки. З огляду на це серед очiкуваних результатiв виконання Програми вказано «запобiгати iнтродукцiї видiв органiзмiв, характерних для iнших природних рeгiонiв, якi можуть негативно вплинути на екосистеми, мiсцевi види або здоров'я населення» [21].

Таким чином, можемо констатувати, що державнi екологiчнi стратегiї та програми, серед iншого, передбачають також окреми заходи iз запобiгання iнтродукцiї, тобто поширення таких видiв, що є немисцевими для цих територiй, зокрема й iнвазiйних. Отже, вбачаємо за доцiльне дослiдити iнтродукцiю загалом й iнвазiйних чужорiдних видiв зокрема, а також вiдносини, якi у зв'язку з цим виникають.

Передусiм наголосимо, що розглядуванi правовiдносини мають комплексний характер, пiдтвердженням цього є рiшення Європейського Парламенту вiд 22 жовтня 2014 р. № 1143/2014 щодо попередження й управлiння iнтродукцiєю й поширенням iнвазiйних чужорiдних видiв [33], яким затверджено регламент, що встановлює правила запобiгання, мiнiмiзацiї та пом'якшення негативного впливу iнтродукцiї та поширення (як умисного, так i випадкового) iнвазiйних чужорiдних видiв на бiорiзноманiття. Саме тому набуває актуальностi правова регламентацiя цих вiдносин i закрiплення як чiткого термiнологiчного апарату, так i належного правового механiзму iх реалiзацiї, що дасть змогу в нацiональному законодавствi врегулювати iнтродукцiю всiх видiв.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. Досi iнтродукцiя не була предметом окремого комплексного дослiдження – представникiв науки екологiчного права. Не було i трактування цього поняття у законодавствi, а правове регулювання iнтродукцiї розглядалося лише в контекстi окремих правовiдносин. Хоча окреми науковцi наводили його дефiнiцiю. Так В. В. Шеховцов (V. V. Shekhovtsov) стверджує, що iнтродукцiя – це штучне введення виду до складу рослинного свiту поза межами його природного ареалу i окремо зазначає про деякi правовi засади iнтродукцiї об'єктiв аквакультури та iнтродукцiю з моря зразкiв видiв дикої флори та фауни [30, с. 373].

І. В. Гиренко (I. V. Gyrenko) розглядає інтродукцію у контексті аналізу положень Закону України «Про рослинний світ» 1999 р., а саме у сфері здійснення охорони, державного обліку і контролю у галузі використання й відтворення природних рослинних ресурсів [3]. Також в іншій своїй роботі авторка зосередила увагу на деяких особливостях міжнародно-правового регулювання інтродукції з моря [4, с. 10–13].

В. В. Курзова (V. V. Kurzova), висвітлюючи чинники біоагроз у контексті забезпечення біологічної безпеки, висловлює думку, що інтродуковані живі організми є одним із таких чинників біологічної небезпеки, адже біологічне забруднення відбувається внаслідок неконтрольованої інтродукції, тобто штучного переселення чужорідних організмів: рослин, тварин, мікроорганізмів [7, с. 37]. Підтримуємо цю точку зору, а також, що ці об'єкти треба розглядати як такі, що можуть здійснювати шкідливий біологічний вплив на навколишнє природне середовище. У контексті сказаного зауважити, що інвазійні чужорідні види флори й фауни неодноразово ставали предметом наших досліджень [27; 28; 34], але в цій роботі ми розглянемо правове регулювання інтродукції. Указане набуває особливої актуальності з огляду на те, що, як показує аналіз літератури, досі серед учених немає єдиного підходу до розглядуваних нами відносин, ба більше, взагалі бракує спеціальних досліджень у цій сфері.

Мета статті – охарактеризувати особливості правового забезпечення здійснення інтродукції на національному та міжнародному рівні; запропонувати шляхи вирішення проблемних питань у досліджуваній сфері.

Виклад основного матеріалу. Для досягнення поставленої мети насамперед необхідно звернутися до спеціалізованої природознавчої літератури, де термін «інтродукція» (від лат. *introductio* – введення) тлумачиться як переселення окремих видів і форм рослин і тварин у місцевості, де вони раніше не проживали [8]. На жаль, у нормах чинних національних нормативно-правових актів, як уже зазначалося вище, досі немає єдиного юридичного визначення терміна «інтродукція», яке б відбивало специфіку правового регулювання об'єктів рослинного й тваринного світу. Щоправда, відсутність загальноприйнятого тлумачення і розуміння згаданого поняття не заважає законодавцю послуговуватися ним. Так, у ст. 53 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» закріплено, що задля охорони навколишнього природного середовища від неконтрольованого й шкідливого біологічного впливу підприємства, установи й організації зобов'язані, серед усього іншого, забезпечувати екологічно безпечну інтродукцію, акліматизацію й реакліматизацію тварин і рослин тощо [17]. Як наголошують науковці, до заходів із забезпечення біологічної безпеки згідно зі ст. 53 цього Закону належить створення умов для здійснення екологічно безпечної *інтродукції рослин і тварин*, як це передбачено ст. 33 Закону України «Про рослинний світ» і ст. 50 Закону України «Про тваринний світ» [9, с. 280]. Зупинимось на положеннях згаданих законів.

Так, у ст. 3 Закону України «Про рослинний світ» *інтродукція* визначається як штучне введення виду до складу рослинного світу поза межами його при-

родного ареалу. Крім того, у ст. 33 цього Закону закріплено, що вимоги щодо здійснення iнтродукцiї цих об'єктів визначаються Положенням про iнтродукцiю та акліматизацiю рослин [20]. У цьому зв'язку зауважимо, що передбачене цією нормою Положення так і не було розроблено та прийнято, що, звiсно, негативно впливає на правове регулювання флористичних вiдносин.

У Законі України «Про аквакультуру» (ст. 1) йдеться про *iнтродукцiю об'єктів аквакультури* як діяльність із вселення гiдробiонтів (iнтродукцентів) у водні об'єкти (їх частини), що розташовані за межами їх природного ареалу, з метою забезпечення збільшення обсягів продукцiї аквакультури й здійснення рибогосподарської мелiорацiї за вiдсутності природного вiдтворення вселених органiзмів у нових мiсцях перебування [12]; а у ст. 19 визначено деякі особливості проведення iнтродукцiї об'єктів аквакультури. З огляду на Закон iнтродукцiя об'єктів аквакультури здійснюється на пiдставі науково-бiологiчного обґрунтування, в якому зазначаються мета, доцiльнiсть її здійснення, умови проведення iнтродукцiї, та передбачені заходи щодо попередження негативного впливу на стан мiсцевих видів водних бiоресурсів чи погіршення середовища їх iснування, шляхів мiграцiї та умов розмноження [12].

У Законі України «Про тваринний свiт» термін «iнтродукцiя» не використовується, але у ст. 50 йдеться про «переселення диких тварин» у нові мiсця перебування, що за своїм змістом і є iнтродукцiєю. Зокрема, у згаданому Законі мiститься теза про те, що таке переселення допускається в науково-дослiдних і господарських цiлях з урахуванням науково обґрунтованих експертних висновків із дозволу вiдповiдних органiв державної влади. Як вказано в Законі, самовiльне переселення диких тварин забороняється [22].

Зауважимо, що вивчення приписів законодавства дає пiдстави стверджувати, що в ньому термін «iнтродукцiя» використовується переважно коли мова йде про вiдтворення деяких природних об'єктів. Так, у Правилах вiдтворення лiсів закріплено, що *iнтродукцiя деревних порiд*, які мають перевагу над мiсцевими, може здійснюватися для покращення складу насаджень [11], а вiдповiдно до Закону України «Про Червону книгу України» вiдтворення *рiдкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного свiту* у природні умови, де вони зростали, також може забезпечуватися шляхом *iнтродукцiї та реiнтродукцiї* таких об'єктів [23].

Наведене пiдтверджує висловлену на початку статті тезу про те, що у згаданих актах законодавець оперує терміном «iнтродукцiя», не наводячи його трактування. Не є винятком й інші нормативні акти з питань екологiї. Так, у ст.16 Закону України «Про природно-заповiдний фонд» йдеться про те, що на території природних заповiдників iнтродукцiя нових видів тварин і рослин забороняється [19]. Згiдно із ст. 3 Закону України «Про оцiнку впливу на довкiлля» серед видів діяльності, які помітно позначаються на стані довкiлля й пiдлягають оцiнці впливу на довкiлля, передбачається iнтродукцiя чужорiдних видів фауни і флори [18]. У Постанові КМУ «Про затвердження переліку видів діяльності, що належать до природоохоронних заходів» передбачено вжиття

заходів із запобігання інтродукції й поширенню чужорідних видів рослин, які загрожують природним екосистемам [13].

Щоправда, на цьому перелік законодавчих приписів стосовно поняття, яке нами розглядається, вичерпується. Це дозволяє зробити висновок, що в переважній більшості документів міститься згадка про інтродукцію, але визначення наводиться лише у законах України «Про рослинний світ» (ст. 3), «Про аквакультуру» (ст. 1).

Для повноти розгляду питання зупинимося ще на одному моменті. Останнім часом законодавець також почав послуговуватися терміном «*інвазійні види*» [16], щоправда, не наводячи при цьому легального визначення даного терміна в жодному національному нормативно-правовому або підзаконному акті. На нашу думку, ці об'єкти необхідно розглядати в нерозривній єдності з «інтродукованими видами» і співвідносити їх як частина й ціле.

У контексті сказаного може постати логічне питання, чому потрібно відрізнити інтродукцію й інвазію в законодавчих приписах? Спробуємо дати відповідь. Передусім зауважимо, що з огляду на те, що *інвазійні чужорідні види* – це такі види, розповсюдження яких загрожують екосистемам, іншим видам, завдають шкоди економіці чи довкіллю [32, с. 48], інтродукованими є всі інвазійні види, однак назвати інвазійними всі інтродуковані види буде неправильно. Адже згідно із закріпленим на міжнародному рівні визначенням «*інвазійні чужорідні види*» – це немісцеві види, інтродуковані умисно або випадково за межами їх природного ареалу, де вони осіли, розмножуються й поширюються у способи, що завдають шкоди навколишньому середовищу, до якого їх було інтродуковано [25]. Спираючись на наведене, можемо сміливо стверджувати, що інтродуковані й інвазійні види не можна називати синонімами, оскільки останні завжди несуть потенційну або реальну загрозу, завдаючи шкоди навколишньому природному середовищу, натомість вжиття заходів з інтродукції може мати позитивний результат для відновлення біологічного різноманіття, (наприклад, коли мова йде про реінтродукцію, яка, до речі, є одним із видів інтродукції – заселення певним видом місць їх історико-природного ареалу перебування, де вони зникли чи знаходяться під загрозою зникнення [14]). Це потрібно враховувати при застосуванні вказаних термінів у законодавстві.

Розібравшись із суттю понять, перейдемо до вивчення міжнародно-правового регулювання інтродукції. Примітно, що в міжнародних документах, які стосуються правового регулювання флори та фауни, на відміну від національного законодавства, доволі часто можна зустріти термін «інтродукція». Отже, ознайомимося з їх нормами, передусім з тими, які оперують цим поняттям.

По-перше, запобігання інтродукції чужорідних видів, які загрожують екосистемам, місцям мешкання або видам, контроль або знищення таких видів покладається на договірні сторони Конвенції про охорону біологічного різноманіття (1992) [6]. Важливим є те, що ця норма передбачає попередження можливого шкідливого впливу інтродукованих чужорідних видів, які мають

саме iнвaziйнi властивостi. Положення ст. 8 (h) цiєї Конвенцiї розкриваються в документах, якi були прийнятi з метою його виконання.

Вiдповiдно до приписiв у додатку до Рiшення VI/23 «Чужорiднi види, якi загрожують екосистемам, мiсцям мешкання або видам», затверджене на 6-й Конференцiї Сторiн у 2002 р. «iнтродукцiя» означає умисне або випадкове перемiщення немiсцевого виду, за участi людини або без такої, за межами його природнього середовища iснування (попереднього або нинiшнього). До речi, таке перемiщення може вiдбуватися на територiї одної країни так i за її межами. Цей документ вирiзняє iнтродукцiю двох видiв: «умисна iнтродукцiя» та «випадкова iнтродукцiя», якi вiдрiзняються залежно вiд того, як було здiйснено вивiльнення цих чужорiдних видiв, а саме за участi людини чи без такої вiдповiдно [31]. Також особливостi здiйснення умисної iнтродукцiї живих змiнених органiзмiв у навколишнє природнє середовище передбачається Картахенським протоколом про бiобезпеку до вищезгаданої Конвенцiї [24].

По-друге, вжиття заходiв щодо попередження та усунення вже iснуючого негативного впливу немiсцевих видiв водно-болотних птахiв на аборигеннi види передбачається Угодою про збереження афро-євразийських мiгруючих водно-болотних птахiв (1995) [29]. Так, цим актом встановлена заборона умисної iнтродукцiї таких об'єктiв у навколишнє природнє середовище. Принагiдно слiд додати, що контроль за iнтродукцiєю чужорiдних видiв диких тварин, якi негативно впливають або можуть впливати на мiгруючi види, передбачається також Конвенцiєю про збереження мiгруючих видiв диких тварин (1979).

iнший термiн, який у цьому контекстi необхідно згадати, є «iнтродукцiя з моря». Конвенцiя про мiжнародну торгiвлю видами дикої фауни i флори, що перебувають пiд загрозою зникнення (1973) [5] визначає його як ввезення в країну будь-яких видiв, що виловленi в морському середовищi, яке не знаходиться пiд юрисдикцiєю цiєї держави. Примiтно, що на виконання положень цiєї Конвенцiї на сьогодні в України визначено порядок видачi сертифiкатiв на реекспорт та iнтродукцiю з моря зразкiв видiв флори та фауни [15].

Потрiбно також згадати Протокол про збереження i сталє використання бiологiчного та ландшафтного рiзноманiття (2008) [25], а також Протокол про сталий туризм (2011) [26] до Рамкової конвенцiї про охорону та сталий розвиток Карпат 2003 р. Цi документи передбачають приписи щодо запобiгання iнтродукцiї iнвaziйних чужорiдних видiв та (або) генетично модифiкованих органiзмiв, якi можуть мати негативний вплив на бiологiчне рiзноманiття, екосистеми, середовища iснування або його види в Карпатах.

Висновки. Вивчення приписiв мiжнародних i нацiональних актiв дає пiдстави зробити такi висновки. По-перше, на законодавчому рiвнi досi не закрiплено визначення поняття «iнтродукцiя»; по-друге, найбільш детально врегульованi вiдносини щодо iнтродукцiї об'єктiв аквакультури, а iншi об'єкти флори й фауни залишилися поза увагою. Отже, питання трактування i розумiння поняття «iнтродукцiя об'єктiв тваринного свiту», його спiввiдношення з термiном «переселення» цих об'єктiв, так само як й «iнтродукцiя i переселення

об'єктів аквакультури/рослинного світу», залишаються відкритими. Звісно, вони мають бути вирішеними, оскільки це сприятиме підвищенню ефективності й дієвості регулювання відносин щодо інтродукції.

У цьому контексті видається правильною і цілком логічною думка А. П. Гетьмана (А. Р. Getman), що застосування в законах і кодексах екологічної спрямованості термінологічних визначень є виправданим і вкрай актуальним. Розробка еколого-правових понять і категорій, їх формування та офіційне внесення в чинне законодавство про довкілля, оптимальне застосування в текстах нормативно-правових актів юридичної термінології – це завдання, яке потребує свого невідкладного вирішення для просування ідеї створення на теренах України екологічної держави європейського зразка [2, с. 164, 166]. З огляду на це повністю погоджуємося і підтримуємо думку Г. В. Анісімової (Н. V. Anisimova), яка аналізуючи науково-теоретичні підходи до розуміння об'єктів екологічного права, наполягає на необхідності закріплення деяких правових категорій, а саме визначення основних термінів, при подальшій кодифікації екологічного законодавства Екологічного кодексу [1, с. 13].

Сподіваємося, що саме цей основний екологічний закон у майбутньому буде містити єдине визначення терміна «інтродукція». А поки цього не сталося, пропонуємо визначати *«інтродукцію» як переміщення будь-яких живих організмів, умисно або випадково, за межі свого природного ареалу (попереднього або нинішнього)*. Таке широке трактування цього терміна пояснюється необхідністю правового регулювання здійснення інтродукції всіх можливих видів, а також установа легальних способів.

Важливим видається і поділ інтродукції на види, який, на нашу думку, може здійснюватися за декількома критеріями, а саме: умисну й випадкову, тобто за участю людини або без такої участі; залежно від інтродукованого виду (об'єктів тваринного, рослинного, а також окремо об'єктів аквакультури); у межах попереднього та нинішнього природного ареалу, тобто інтродукція та реінтродукція відповідно тощо. Окреме місце займає інтродукція інвазійних видів (вона може бути також як умисна, так і випадкова, а також стосуватися всіх живих організмів, але завжди має реальний або можливий негативний вплив на навколишнє природне середовище). Такий поділ має значення для належного правового регулювання інтродукції з урахуванням особливостей всіх можливих видів.

Відносини у сфері інтродукції не є окремим правовим інститутом, незважаючи на наявну кількість споріднених норм, але вони посідають особливе місце в екологічному законодавстві, оскільки їх можна розглядати у контексті використання й відтворення природних ресурсів, а також охорони біологічного різноманіття й навколишнього природного середовища в цілому. Правове регулювання здійснення інтродукції залежить не тільки від інтродукованих об'єктів, а й мети і способу інтродукції (наприклад, з метою регулювання чисельності об'єктів тваринного, рослинного світу, об'єктів аквакультури або інтродукції з метою відтворення лісів тощо). Ще раз наголосимо, що особливу роль у регу-

лювання цих відносин відіграватиме саме інтродукція інвазійних об'єктів, які можуть здійснювати шкідливий вплив на довкілля.

Список літератури

1. Анісімова Г. В. Об'єкти екологічних правовідносин: сучасні підходи. *Теорія і практика правознавства*. 2014. № 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2014_1_16.
2. Гетьман А. П. Доктрина екологічного права та законодавства України : монографія. Харків : Оберіг, 2019. 336 с. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/16889/1/Getman_Doktrina_mon2019.pdf.
3. Гиренко І. В. Правове регулювання охорони, державного обліку та контролю використання рослинних ресурсів відповідно до Закону України «Про рослинний світ». *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 11. С. 188–195. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2013_11_50.
4. Гиренко І. В. Щодо деяких питань міжнародно-правового регулювання інтродукції з моря. *Забезпечення збереження водних ресурсів в контексті сталого розвитку* : матеріали круглого столу, організованого в рамках проекту Жана Моне програми Еразмус+ «Екологічна політика і право ЄС» (м. Київ, 12 груд. 2017 р.). Київ, 2017. С. 10–13.
5. Конвенція про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення від 03.03.1973 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_129 (дата звернення: 24.05.2021).
6. Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 05.06.1992 р. Дата оновлення: 29.10.2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030#Text (дата звернення: 24.05.2021).
7. Курзова В. В. Поняття та чинники біоагроз у контексті забезпечення біологічної безпеки України. *Право і безпека*. 2011. № 1. С. 35–38. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2011_1_8.
8. Лесная энциклопедия : в 2-х т. / гл. ред. Г. И. Воробьев; ред. кол. : Н. А. Анучин, В. Г. Атрохин, В. Н. Виноградов и др. Москва : Сов. энциклопедия, 1985. 563 с.
9. Малишева Н. Р., Єрофєєв М. І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища». Харків : Право, 2017. 416 с.
10. П'ятий національний звіт України про виконання положень Конвенції про біорізноманіття : Міністерство екології та природних ресурсів України. Київ, 2015. 68 с. URL: <https://www.cbd.int/doc/world/ua/ua-pr-05-uk.pdf> (дата звернення: 24.05.2021).
11. Правила відтворення лісів : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.03.2007 р. № 303. Дата оновлення: 17.09.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/303-2007-п#Text> (дата звернення: 24.05.2021).
12. Про аквакультуру : Закон України від 18.09.2012 р. № 5293-VI. Дата оновлення: 02.03.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5293-17> (дата звернення: 24.05.2021).
13. Про затвердження переліку видів діяльності, що належать до природоохоронних заходів : Постанова Кабінету Міністрів України від 17.09.1996 р. № 1147. Дата оновлення: 15.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1147-96-п#Text> (дата звернення: 24.05.2021).
14. Про затвердження Порядку утримання і розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або напіввільних умовах : наказ Міністерства природи України від 30.09.2010 р. № 429. Дата оновлення: 11.12.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1384-10#Text> (дата звернення: 24.05.2021).
15. Про затвердження форм дозволу на імпорт та експорт зразків видів дикої фауни і флори, сертифікатів на пересувні виставки, реекспорт та інтродукцію з моря зазначених зразків, які є об'єктами регулювання Конвенції про міжнародну торгівлю видами дикої фауни та флори, що перебувають під загрозою зникнення, та зразка заяви для їх отримання : наказ Кабінету Міністрів України від 29.02.2012 р. № 107. Дата оновлення: 17.09.2020. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru/z0990-12> (дата звернення: 24.05.2021).
16. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року : Закон України від 28.02.2019 р. № 2697-VIII. Дата оновлення: 28.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19> (дата звернення: 24.05.2021).

17. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-ХІІ. Дата оновлення: 01.01.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12> (дата звернення: 24.05.2021).

18. Про оцінку впливу на довкілля : Закон України від 23.05.2017 р. № 2059-VIII. Дата оновлення: 01.12.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2059-19#Text> (дата звернення: 24.05.2021).

19. Про природно-заповідний фонд : Закон України від 16.06.1992 р. № 2456-ХІІ. Дата оновлення: 27.05.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-12#Text> (дата звернення: 27.05.2021).

20. Про рослинний світ : Закон України від 09.04.1999 р. № 591-XIV. Дата оновлення: 17.03.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/591-14#Text> (дата звернення: 24.05.2021).

21. Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми збереження біорізноманіття на 2005–2025 роки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 22.09.2004 р. № 675-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-2004-p#Text> (дата звернення: 24.05.2021).

22. Про тваринний світ : Закон України від 13.12.2001 р. № 2894-III. Дата оновлення: 17.03.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2894-14> (дата звернення: 24.05.2021).

23. Про Червону книгу України : Закон України від 7 лютого 2002 р. № 3055-III. Дата оновлення: 18.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3055-14#Text> (дата звернення: 24.05.2021).

24. Протокол про біобезпеку до Конвенції про біологічне різноманіття від 12.09.2002 р. URL: http://http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_935 (дата звернення: 24.05.2021).

25. Протокол про збереження і стале використання біологічного та ландшафтного різноманіття до Рамкової конвенції про охорону та сталий розвиток Карпат : міжнародний документ від 03.02.2010 р. № 998_366. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_366/ed20100428/find?text=%B2%ED%E2%E0%E7%E8%E2%ED%B3+%F7%F3%E6%EE%F0%B3%E4%ED%B3+%E2%E8%E4%E8 (дата звернення: 24.05.2021).

26. Протокол про сталий туризм до Рамкової конвенції про охорону та сталий розвиток Карпат : міжнародний документ від 27.05.2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/001_004-11 (дата звернення: 24.05.2021).

27. Тулина Э. Е. Правовое регулирование инвазивных чужеродных видов растений по законодательству Молдовы, Беларуси и Украины (сравнительный анализ). «*Legesi viata*» («*Закон и жизнь*»). Кишинев, Респ. Молдова, 2019. Вып. № 1. С. 126–130.

28. Туліна Е. Є. Особливості юридичної термінології об'єктів тваринного світу, що негативно впливають на довкілля. *Проблеми законності*. 2020. Вип 148. С. 152–161. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.148.193303>.

29. Угода про збереження афро-євразійських мігруючих водно-болотних птахів від 04.07.2002 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_934#Text (дата звернення: 24.05.2021).

30. Шеховцов В. В. Интродукция. *Велика українська юридична енциклопедія*. Харків : Право, 2018. Т. 14 : Екологічне право. 776 с.

31. Decision VI (23) on Alien Species that threaten ecosystems, habitats and species (COPVI, The Hague, April 2002) to which are annexed the. *Guiding Principles for the Prevention, Introduction and Mitigation of Impacts of Alien Species that threaten Ecosystems, Habitats or Species*.

32. McNeely J. A., Mooney H. A., Neville L. E., Schei P., Waage J. K. Global Strategy on Invasive Alien Species. (IUCN). 2001.

33. Regulation (EU) No. 1143/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 on the prevention and management of the introduction and spread of invasive alien species. OJ L 317.4.11.2014, 35–55.

34. Sokolova A. K., Tulina E. Ie. Legal Aspects of Invasive Alien Plant Species Regulation. *Environmental Policy and Law*. 2019. Vol. 49, is. 4/5. P. 300–305.

References

1. Anisimova, H.V. (2014). Ob'iekty ekolohichnykh pravovidnosyn: suchasni pidkhody. *Teoriia i praktyka pravoznavstva – Theory and Practice of Jurisprudence, issue 1*. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2014_1_16 [in Ukrainian].
2. Getman, A.P. (2019). Doktryna ekologichnogo prava ta zakonodavstva Ukrainy. Kharkiv: Oberig. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/16889/1/Getman_Doktrina_mon2019.pdf [in Ukrainian].
3. Gyrenko, I.V. (2013). Pravove reguljuvannja ohorony, derzhavnogo obliku ta kontrolju vykorystannja roslynnyh resursiv vidpovidno do Zakonu Ukrainy «Pro roslynnyj svit». *Biuletен Ministerstva yustytzii Ukrainy, 11, 188–195*. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2013_11_50 [in Ukrainian].
4. Gyrenko, I.V. (2017). Shhodo dejakyh pytan mizhnarodno-pravovogo reguljuvannja introdukcii z morja. *Zabezpechennja zbereshennja vodnyh resursiv v konteksti stalogo rozvytku: materialy kruglogo stolu, organizovanogo v ramkah projektu Zhana Mone programy Erasmus+ «Ekologichna polityka i pravo JeS»* (Kyiv, 12 grud. 2017 r.). Kyiv, 10–13 [in Ukrainian].
5. Konvencija pro mizhnarodnu torgivlju vydamy dykoi fauny i flory, shho perebuvajut pid zagrozoju znyknennja vid 03.03.1973 r. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_129.
6. Konventsia pro okhoronu biolohichnogo riznomanittia vid 05.06.1992 r. Data onovlennia: 29.10.2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030#Text.
7. Kurzova, V.V. (2011). Poniattia ta chynnyky biozahroz u konteksti zabezpechennia biolohichnoi bezpeky Ukrainy. *Pravo i bezpeka – Law and Safety, 1, 35–38* [in Ukrainian].
8. Lesnaja jenciklopedija. (Vols. 1–2). G.I. Vorob'ev (Ed.) et. al. (1985). Moscow: Sov. Jenciklopedija [in Russian].
9. Malysheva, N.R., Jerofjejev, M.I. (2017). Naukovo-praktychnyj komentar do Zakonu Ukrainy «Pro ohoronu navkolyshn'ogo pryrodnogo seredovyshha». Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
10. P'iatyi natsionalnyi zvit Ukrainy pro vykonannia polozhen Konvetsii pro bioriznomanittia: Ministerstvo ekolohii ta pryrodnnykh resursiv Ukrainy. (2015). URL: <https://www.cbd.int/doc/world/ua/ua-nr-05-uk.pdf> [in Ukrainian].
11. Pravyla vidtvorennya lisiv: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 01.03.2007 r. № 303. Data onovlennja: 17.09.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/303-2007-п#Text>.
12. Pro akvakulturu: Zakon Ukrainy vid 18.09.2012 r. № 5293-VI. Data onovlennia: 02.03.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5293-17>.
13. Pro zatverdzhennia pereliku vydiv diialnosti, shcho nalezhat do pryrodookhoronnykh zakhodiv: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 17.09.1996 r. № 1147. Data onovlennja: 15.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1147-96-п#Text>.
14. Pro zatverdzhennja Porjadku utrymannja i rozvedennja dykyh tvaryn, jaki perebuvajut u stani nevoli abo napivvilnyh umovah: nakaz Minpryrody Ukrainy vid 30.09.2010 r. № 429. Data onovlennja: 11.12.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1384-10#Text>.
15. Pro zatverdzhennia form dozvolu na import ta eksport zrazkiv vydiv dykoi fauny i flory, sertyfikativ na peresuvni vystavky, reeksport ta introduktsiiu z moria zaznachenykh zrazkiv, yaki ye ob'iektamy rehuliuвання Konvetsii pro mizhnarodnu torhivliu vydamy dykoi fauny ta flory, shcho perebuvaiut pid zahrozoiu znyknennia, ta zrazka zaiavy dlia yikh otrymannia: nakaz Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 29.02.2012 r. № 107. Data onovlennja: 17.09.2020. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru/z0990-12>.
16. Pro Osnovni zasady (stratehiiu) derzhavnoi ekolohichnoi polityky Ukrainy na period do 2030 roku: Zakon Ukrainy vid 28.02.2019 r. № 2697-VIII. Data onovlennia: 28.02.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19>.
17. Pro okhoronu navkolyshnogo pryrodnogo seredovyshcha: Zakon Ukrainy vid 25.06.1991 r. № 1264-XII. Data onovlennia: 01.01.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12>.
18. Pro ocinku vplyvu na dovkillja: Zakon Ukrainy vid 23.05.2017 r. № 2059-VIII. Data onovlennja: 01.12.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2059-19#Text>.

19. Pro pryrodno-zapovidnyj fond: Zakon Ukrainy vid 16.06.1992 r. № 2456-XII. Data onovlennja: 27.05.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-12#Text>.

20. Pro roslynnyj svit: Zakon Ukrainy vid 09.04.1999 r. № 591-XIV. Data onovlennja: 17.03.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/591-14#Text>.

21. Pro shvalennja Konceptii' Zagal'noderzhavnoi' programy zberezhenja bioriznomanittja na 2005–2025 roky: rozporjadzhennja Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 22.09.2004 r. № 675-r. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-2004-p#Text>.

22. Pro tvarynnyi svit: Zakon Ukrainy vid 13.12.2001 r. № 2894-III. Data onovlennja: 17.03.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2894-14>.

23. Pro Chervonu knygu Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 7 ljutogo 2002 r. № 3055-III. Data onovlennja: 18.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3055-14#Text>.

24. Protokol pro biobezpeku do Konvencii pro biologichne riznomanittja vid 12.09.2002 r. URL: http://http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_935.

25. Protokol pro zberezhenia i stale vykorystannia biolohichnoho ta landshaftnoho riznomanittja do Ramkovoї konvencii pro okhoronu ta stalij rozvytok Karpat: mizhnarodnyi dokument vid 03.02.2010 r. № 998_366. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_366/ed20100428/find?-text=%B2%ED%E2%E0%E7%E8%E2%ED%B3+%F7%F3%E6%EE%F0%B3%E4%ED%B3+%E2%E8%E4%E.

26. Protokol pro stalij turyzm do Ramkovoї konvencii' pro okhoronu ta stalij rozvytok Karpat: mizhnarodnyj dokument vid 27.05.2011 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/001_004-11.

27. Tulina, E.Ye. (2019). Pravovoe regulirovanie invazivnyh chuzherodnyh vidov rastenij po zakonodatel'stvu Moldovy, Belarusii i Ukrainy (sravnitel'nyj analiz). «*Legeasi viata*», issue 1, 126–130 [in Russian].

28. Tulina, E.Ye. (2020). Osoblyvosti yurydychnoi terminolohii ob'ektiv tvarynnoho svitu, shcho nehatyvno vplyvaiut na dovkillia [Revisiting the legal terminology of objects of fauna which have a negative impact on the environment]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 148, 152–161. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.148.193303> [in Ukrainian].

29. Ugoda pro zberezhenja afro-jevrazijs'kyh migrujuchykh vodno-bolotnyh ptahiv vid 04.07.2002 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_934#Text.

30. Shehovcov, V.V. (2018). Introdukcija. *Velyka ukrai'ns'ka jurydychna encyklopedija*. (Vols. 1–20); Vol. 14: Ekologichne pravo. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

31. Decision VI (23) on Alien Species that threaten ecosystems, habitats and species (COPVI, The Hague, April 2002) to which are annexed the. *Guiding Principles for the Prevention, Introduction and Mitigation of Impacts of Alien Species that threaten Ecosystems, Habitats or Species*.

32. McNeely, J.A., Mooney, H.A., Neville, L.E., Schei, P., Waage, J.K. (2001). Global Strategy on Invasive Alien Species. (IUCN).

33. Regulation (EU) No. 1143/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 on the prevention and management of the introduction and spread of invasive alien species. *OJ L 317.4.11.2014*, 35–55.

34. Sokolova, A.K., Tulina, E.Ie. (2019). Legal Aspects of Invasive Alien Plant Species Regulation. *Environmental Policy and Law*. Vol. 49. Issue 4/5, 300–305.

Tulina E. Ye., PhD in Law, Teaching Assistant of Department of Environmental Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: e.ye.tulina@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0002-8780-5682

Legal regulation of introduction in Ukraine

The article considers the peculiarities of the legal regulation of introduction. The basis for research in this area is that among the anthropogenic factors that negatively affect the structural elements of the ecological network, biological and landscape diversity in general, at the present stage should be noted scientifically unsubstantiated introduction of individual flora and fauna. That is why the legal regulation

of these relations and the consolidation of both a clear terminological apparatus and a proper legal mechanism for their implementation, which will allow the national legislation to regulate the introduction of all kinds, is becoming relevant.

This article outlines the provisions of national and international legislation in this area, as well as the meaning of the terms “introduced species” and “invasive species” and their relationship in terms of law. The legal classification of introduction is given, its value for legal standardization of ecological relations is revealed. The author substantiates the need to develop a single categorical-conceptual apparatus for regulating relations in the field of implementation of all natural objects. This work becomes especially relevant given that today among scientists there is no single approach to the relationship we are considering, moreover, there is no independent research in this area.

It is established that relations in the field of introduction occupy a special place in environmental legislation, as they can be considered in the context of the use and reproduction of natural resources, as well as the protection of biological diversity and the environment as a whole. Equally important, the legal regulation of the introduction depends not only on the introduced objects, but also on the purpose and method of introduction (for example, to regulate the number of objects of fauna, flora, aquaculture or introduction to reproduce forests, etc.).

Keywords: environmental legislation; introduction; invasive alien species; introduction of aquaculture objects; introduction from the sea; objects of fauna; objects of flora.

Рекомендоване цитування: Туліна Е. Є. Правове регулювання iнтродукцiї в України. *Проблеми законности*. 2021. Вип. 154. С. 186–197. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.234134>.

Suggested Citation: Tulina, E.Ye. (2021) Pravove rehuliuвання introdukcii v Ukraini [Legal regulation of introduction in Ukraine]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 186–197*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.234134> [in Ukrainian].

Надiйшла до редколегiї 17.06.2021 р.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Севрук Володимир Геннадійович,
кандидат юридичних наук,
провідний науковий співробітник
відділу організації наукової діяльності
та захисту прав інтелектуальної власності,
старший дослідник, доцент,
Національна академія внутрішніх справ,
Україна, м. Київ
e-mail: vovasevruklev@gmail.com
ORCID 0000-0003-3444-9706

doi: 10.21564/2414–990X.154.232339
УДК 343.9.024:343.975(5)(6)(94)

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНИМ ГРУПАМ І ЗЛОЧИННИМ ОРГАНІЗАЦІЯМ, ЯКІ СФОРМОВАНІ НА ЕТНІЧНІЙ ОСНОВІ В КРАЇНАХ АЗІЇ, АФРИКИ ТА АВСТРАЛІЇ

На основі порівняльно-правового дослідження зарубіжного досвіду країн Азії, Африки та Австралії щодо протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, визначено можливості впровадження позитивного зарубіжного досвіду в роботу правоохоронних органів України. Мета нашої наукової розвідки передусім полягає в тому, щоб практичним працівникам, які займаються протидією організованим групам та злочинним організаціям, що сформовані на етнічній основі, дати уявлення про це негативне явище. Також у статті наголошено на особливостях збирання, аналізу, накопичення та зберігання обміну інформації з метою її зручного та ефективного використання правоохоронними органами різних країн під час виявлення, документування та розслідування злочинів, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі.

Ключові слова: етнічна злочинність; організовані групи, які сформовані на етнічній основі; злочинні організації, які сформовані на етнічній основі; протидія; зарубіжний досвід.

Сеvрук В. Г., кандидат юридических наук, ведучий научний сотрудник отдела организациии научной деятельности и защиты прав интеллектуальной собственности, старший исследователь, доцент, Национальная академия внутренних дел, Украина, г. Киев.
e-mail: vovasevruklev@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3444-9706

Теоретические и прикладные проблемы противодействия организованным группам и преступным организациям, которые сформированы на этнической основе в странах Азии, Африки и Австралии

На основе сравнительно-правового исследования зарубежного опыта стран Азии, Африки и Австралии по противодействию преступлениям, совершаемым организованными группами и преступными организациями, которые сформированы на этнической основе, определяются возможности использования положительного зарубежного опыта в работе правоохранительных органов Украины. Цель нашей публикации заключается в том, чтобы на практике правоохранительным органам, которые занимаются противодействием организованным группам и преступным организациям, которые сформированы на этнической основе, дать представление об этом отрицательном явлении. Также в статье указываются особенности сбора, анализа, накопления и хранения информации с целью ее удобного и эффективного использования правоохранительными органами различных стран при обнаружении, документировании и расследовании преступлений, совершаемых организованными группами и преступными организациями, которые сформированы на этнической основе.

Ключевые слова: этническая преступность; организованные группы, сформированные на этнической основе; преступные организации, которые сформированы на этнической основе; противодействие; зарубежный опыт.

Вступ. Проблема протидії організованих етнічних злочинності є актуальною не тільки для України, а й для всієї світової спільноти загалом, адже інтенсивні міграційні потоки зумовили поширення етнічних злочинних угруповань по всій планеті [1]. Отже, організована злочинність у її національних і транснаціональних проявах була й залишається глобалізаційним викликом і серйозною загрозою національній безпеці окремих держав, які намагаються максимально зосередити свої організаційні, кадрові, фінансові зусилля на діяльності з контролю за організованою злочинністю, шукають нові шляхи реагування на її видозміни, вивчають досвід інших країн у сфері протидії цьому феномену [2, с. 190].

На відміну від України, більшість зарубіжних держав вже запровадили ефективні програми запобігання та протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, сформованими на етнічній основі. Ці країни раніше визнали цю проблему на державному рівні та дійшли висновку, що ігнорування не допоможе позбавитися проблеми, яка дійсно існує, і, відповідно, почали шукати та запроваджувати на законодавчому рівні шляхи вирішення запобігання й протидії організованих етнічних злочинності. Україна ще перебуває на шляху трансформації і вироблення чіткої політичної спрямованості у цій сфері, тож повинна опиратися на вже набутий зарубіжний досвід запобігання та протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, але обов'язково зважати на правосвідомість та ментальні особливості громадян.

Як зазначав відомий французький правознавець Марк Ансель, вивчення зарубіжного досвіду відкриває перед юристом нові горизонти, дозволяє йому

краще пізнати право своєї країни, бо специфічні риси цього права особливо чітко виявляються в порівнянні з іншими системами. Порівняння здатне озброїти юриста ідеями та аргументами, які не можна отримати навіть при дуже хорошому знанні тільки власного права [3, с. 38].

Міжнародний досвід боротьби з організованою злочинністю показує, що певна державна політика може істотно ускладнити активність організованих злочинних угруповань, зробити її неефективною, що в підсумку веде до переносу арени кримінальної діяльності злочинних планів в інші країни. Одним з елементів державної політики виступає ухвалення законодавства, яке заважає заробити гроші у кримінальний спосіб, полегшує виявлення злочинців і доведення їх провини [4, с. 293]. Констатовано, що в зарубіжних країнах функції протидії наразі поступаються місцем запобіганню етнічним організованим злочинним групам шляхом забезпечення усунення причин та умов, і запобіжним заходам, що спрямовані на контроль над злочинністю з використанням широкого спектру допомоги громадян [5]. На наше переконання, для правоохоронних органів України, які здійснюють протидію злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, що сформовані на етнічній основі, буде також важливий досвід запобігання таким угрупованням.

Протягом останніх двадцяти років у світі відбуваються небувалі політичні, економічні, соціальні та технологічні зміни. Організовані злочинні угруповання використовують зростаючі можливості кримінальної діяльності, створені в результаті змін у світовій економіці, попиту і пропозиції на незаконні товари й послуги, полегшення пересування між різними країнами, неефективних законів і корумпованих офіційних осіб [6].

Вивчаючи зарубіжний досвід і здійснюючи конструктивний аналіз підходів різних держав до питання протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, варто констатувати, що у світі за останні десятиріччя змінилися підходи до визначення природи і сутності цього явища, а також концепція правоохоронних органів щодо протидії організованим етнічній злочинності. Так, наприклад, низка європейських держав не ведуть відкрити статистику щодо етнічного походження злочинців, а лише окремі правоохоронні структури групують їх за видами злочинів (щодо протидії торгівлі людьми, зброєю, наркотиками тощо), інші держави ведуть статистику лише щодо походження засуджених та ув'язнених в установах виконання покарань, окремі держави порівнюють лише кількість вироків у кримінальних провадженнях тощо.

У контексті сказаного звернемося до позиції І. М. Охріменка, який процес запозичення зарубіжного досвіду умовно розділив на кілька етапів:

- 1) збирання інформації про досвід окремої держави або групи держав;
- 2) аналіз з метою виявлення позитивних і негативних аспектів певної моделі, розповсюдженої в іншій країні (країнах);
- 3) установа ступеня прийнятності такої моделі для України;

4) вироблення наукових засад, методичних рекомендацій щодо запровадження такого досвіду в Україні;

5) реалізація моделі на практиці з постійним науковим супроводженням, спостереженням за станом «приживлення» інновацій на вітчизняній ниві;

6) супроводження освітнього процесу, починаючи від укладення розкладів занять до організації взаємодії з викладачами, робота методистів, начальників курсів [7, с. 66–67].

Підтримуємо думку вченого, що спочатку потрібно створити серйозне підґрунтя для наукових досліджень і запровадження зарубіжного досвіду у повсякденну роботу правоохоронних органів.

Далі вважаємо за потрібне зосередити увагу на основних недоліках нормативно-правового регулювання організаційно-тактичних засад протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, окремих зарубіжних країн, а також обґрунтувати пропозиції та рекомендації, спрямовані на вдосконалення відомчого нормативно-правового регулювання України у цій сфері. З огляду на таке, метою цього підрозділу є правовий аналіз досвіду зарубіжних держав щодо протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, сформованими на етнічній основі.

Варто погодитися з думкою М. Ю. Вороніна і С. П. Петрова, які вважають, що існування етнічних груп злочинців – показник соціальної невлаштованості громадян на своїй батьківщині, безробіття, напівлегального становища в місцях тимчасового проживання в країні перебування і т. ін. І країни Європи та Азії в цьому плані не є винятком, вбачається, що значна кількість цих мігрантів «почала своє становлення в новому соціумі з кримінальної діяльності» [8; 9, с. 90]. Сучасна криміногенна обстановка у світі свідчить про все більшу впливовість основних етнічних злочинних організацій країн Східної Європи, Африки, Америки і Південно-Східної Азії та їх національних діаспор у різних регіонах [10, с. 114].

Отже, багатокультурність давно стала неминучою реальністю більшості країн світу. Можна не помічати, що життя не лише великої частини нелегальних мешканців, а також повноправних громадян багатьох держав зорганізоване за принципом належності до етнічної, лінгвістичної та релігійної громади, що не відповідає формату «титульної нації». Аналогічна ситуація зі злочинністю. Що більше інформації вдається зібрати про зловмисників, то кращі шанси запобігти злочину. Зрозуміло, що певна категорія інформації потребує обережного поводження з нею. Але відмова знати рідко коли була надійною зброєю [11]. Єдиної моделі етнічної злочинної організації у світі немає. Такі структури діють у різних регіонах світу, мають свою специфічну спеціалізацію, використовують різні методи, прийоми, тактику діяльності, мають різний кількісний склад тощо, але об'єднує їх єдина спільна мета – отримання від зайняття злочинним промислом, що може поєднуватися із веденням, на перший погляд, законної діяльності, надвисокого прибутку. Діапазон структурної побудови транснаціональних

злочинних організацій достатньо широкий – від організацій з жорсткою структурою до більш гнучких і динамічних мереживних структур, від корпорацій до місцевих спеціалізованих фірм. До найбільш поширених видів злочинного промислу, якими займаються транснаціональні злочинні організації, належить індустрія наркобізнесу, незаконна торгівля зброєю та ядерними матеріалами, крадіжки і контрабанда автотранспортних засобів, викрадення предметів мистецтва, незаконна міграція, торгівля людьми та ін. [10, с. 114].

Виходячи з аналізу вивчених матеріалів, можна виокремити країни, де організована злочинність має місце тривалий час і чинить серйозний вплив на криміногенну ситуацію не тільки всередині цих держав, а й за їх межами. Це такі країни, як Китай (Тріади), Японія (Якудза), США (Коза Ностра), Колумбія (картелі), Італія (мафія) [12, с. 392–393]. Необхідно також зазначити, що досвід зарубіжних країн цікавий з точки зору їх ефективності у протидії викликам і загрозам організованої злочинності. При цьому, правда, не варто забувати, що, незважаючи на високий рівень соціально-економічного розвитку та повагу до прав і свобод людини, в розвинених країнах масштаби організованої злочинності дуже великі. Це стосується США, різною мірою країн Євросоюзу, Канади, Японії [13].

Організовані групи і злочинні організації, які сформовані на етнічній основі, відрізняються одна від одної конкретними показниками, насамперед, історичним корінням, регіональним розташуванням, сферою дії (країни Північної та Південної Америки, Європи, Азії, Африки, Австралії), характером злочинних дій. Нерідко в одній державі діє до десятка етнічних злочинних угруповань, які час від часу здійснюють перерозподіл впливу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у розробку різних аспектів протидії організованим групам і злочинним організаціям, сформованим на етнічній основі в країнах Азії, Африки та Австралії, зробили вітчизняні та зарубіжні теоретики й практики, зокрема: М. Ансель (M. Ansel), М. О. Бадюк (M. O. Badjuk), О. О. Бахуринська (O. O. Bahurynska), П. Д. Біленчук (P. D. Bilenchuk), В. Я. Бондарчук (V. Ya. Bondarchuk), Р. Вайт (R. White), Дж. Вест (J. West), А. М. Виклюк (A. M. Vikljuk), В. В. Вінчук (V. V. Vincuk), М. Ю. Воронін (M. Ju. Voronin), М. Бутлер (M. Buttler), А. П. Гель (A. P. Gel), С. Гуерра (C. Guerra), О. Ф. Долженков (O. F. Dolzhenkov), К. В. Кузнецов (K. V. Kuznesov), Л. М. Кулик (L. M. Kulyk), А. Лазарева (A. Lazareva), Р. Лампуньяні (R. Lampugnani), С. Лаурейн (S. Laurejn), Т. М. Міщенко (T. M. Mishhenko), І. Л. Невзоров (I. L. Nevzorov), І. М. Охріменко (I. M. Ohrimenko), С. П. Петров (S. P. Petrov), С. Пеппон (S. Perrone), М. В. Підболячний (M. V. Pidboljachnij), О. М. Поздняков (O. M. Pozdnjakov), С. В. Пірчев (S. V. Pырчев), А. О. Расюк (A. O. Rasjuk), Р. К. Рагаван (R. K. Raghavan), Г. С. Семаков (G. S. Semakov), В. Є. Скулиш (V. Je. Skulysh), Є. Д. Скулиш (Je. D. Skulysh), В. Ю. Стельмахов (V. Yu. Stelmahov), М. М. Шакир'янов (M. M. Shakirjanov). Віддаючи належне проведеним науковим напрацюванням, варто зазначити, що зазначена проблематика потребує ґрунтовних (новітніх) наукових доробків, що обумовлює актуальність обраної теми дослідження.

З огляду на викладене **метою статті** є правовий аналіз досвіду зарубіжних держав щодо протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, сформованими на етнічній основі.

Виклад основного матеріалу. Цілком слушним є твердження О. Ф. Долженкова, що групи азіатської організованої злочинності дедалі більше беруть участь у злочинній діяльності й можуть стати у майбутньому великою проблемою для органів правопорядку України [14].

Злочинні угруповання з Туреччини активно діють у всій Європі, особливо в країнах, де широко представлена турецька діаспора, наприклад, у Німеччині, Нідерландах і Великій Британії. Вони займаються торгівлею наркотиками, особливо героїном, а також іншими видами нелегального бізнесу – сутенерством, торгівлею людьми, вимаганням і гральним бізнесом [15].

Зростає значення Туреччини як з'єднуючого пункту для мігрантів, яких потім часто експлуатують турецькі організовані злочинні угруповання. Останні вирізняються надзвичайним досвідом у сфері складання маршрутів для поставки незаконних товарів і використовують більшість своїх ресурсів та контактів в країнах Європейського Союзу задля збільшення прибутків, отриманих від такого дохідного злочинного ринку [16].

Організована злочинність в Ізраїлі (часто вживається термін «ізраїльська мафія») не носить мафіозно-ієрархічного характеру і складається з безлічі організованих злочинних угруповань, які періодично створюють альянси між собою або ведуть кримінальні війни за сфери впливу. Крім угруповань, які складаються переважно з місцевих євреїв, наявні угруповання арабів та інших етнічних меншин. Основними сферами інтересів угруповань є обіг наркотиків (зокрема, експорт екстазі в США та Західну Європу), контроль підпільних ігрових салонів, борделів, вуличних сутенерів і пунктів обміну валюти, рекет власників ресторанів, нічних клубів і транспортних компаній [17].

З січня 2006 р. урядом Ізраїлю розпочато широкомасштабну кампанію у боротьбі з організованою злочинністю. Станом на 2009 р. поліція Ізраїлю виокремлювала шість найбільших злочинних угруповань, які діяли по всій країні, та 11 угруповань меншого масштабу, що діяли в окремих містах чи міських районах. До числа найбільш впливових злочинних сімей входили угруповання Розенштейна (Тель-Авів), Абарджіл (Тель-Авів і Лод), Абулбуля (Нетанія), Мульнера (Тель-Авів), Ширазі (Нетанія) і Домрані (Ашкелон) [17]. Наприклад, Абарджіль діяли в альянсі з угрупованням братів Альперонів, проти яких виступали Абулбуль, Мульнер і Розенштейн [17].

Тюремні угруповання Ізраїлю формуються за етнічною, релігійною та земляцькою ознаками. Найбільшими угрупованнями є громади ізраїльських арабів (суніти, зокрема бедуїни і християни), палестинців, друзів, релігійних євреїв і світських євреїв (останні діляться на сефардів, бухарських євреїв, грузинських євреїв, гірських євреїв і російських євреїв), а також нелегальних мігрантів з країн Південно-Східної та Південної Азії, Східної Європи, Північної Африки

і Близького Сходу. Конфлікти ворогуючих угруповань за контроль над тюремними блоками періодично переходять у збройні зіткнення [17].

Організована злочинність в Індії являє собою елементи організованої злочинності, що діє на території Індії, або злочинні групи, які мають індійське походження і займаються кримінальною діяльністю в інших державах [18; 19].

Пакистанські злочинні угруповання поширені в багатьох країнах, вони мають політичну підтримку. Ці угруповання в основному сформовані за етнічною ознакою і чинять вплив на уряд. Пакистанські угруповання займаються незаконним обігом наркотиків, захопленням земель, незаконним обігом зброї, торгівлею людьми, грабежами, вбивствами (зокрема, замовними), шахрайством, відмиванням грошей, вимаганням, незаконними азартними іграми і сутенерством. Один з найбільш розшукуваних злочинців у світі – ватажок могутнього індійського угруповання Компанія «Д» (діючого також у Пакистані) Дауд Ібрагім, за версією журналу *Forbes*, ховається в місті Карачі. Іншим відомим пакистанським злочинцем є Рехман Декана [20].

Пакистан також відомий як місце базування великих наркокартелів, які експортують героїн, вироблений в Афганістані. Сусідній Афганістан є найбільшим виробником героїну в світі, але через відсутність виходу до моря значна частина героїну експортується через Пакистан у різні регіони планети, такі як Близький Схід, Європа та Австралія [20].

Пакистанська мафія складається з кашмірських банд (вони діють також у Великій Британії), пуштунських угруповань, які співпрацюють з пуштунськими угрупованнями в Афганістані, банд Сіндхі, що діяли в Карачі, й банд Панджабі, що діють на всій території країни і також у Великій Британії) [20].

У Міністерстві громадської безпеки Китайської Народної Республіки ще 10 років тому було створено спеціалізований підрозділ по боротьбі з організованою злочинністю – відділ боротьби з організованою злочинністю. Він підпорядковується бюро карного розшуку Міністерства громадської безпеки. Підрозділи відділу дислокуються на всій території країни. З лютого 2006 р. Центральний Комітет Комуністичної партії Китаю (далі – ЦК КПК) проводить спеціалізовану кампанію «по боротьбі з організованою злочинністю і бандитизмом». Для організації такої координації діяльності різних державних органів у лютому 2006 р. ЦК КПК створив Групу координації боротьби з організованою злочинністю і бандитизмом по всій країні, яка підпорядкована Політико-правовому комітету ЦК КПК. Утім, ця група не є постійно діючим органом. В органах прокуратури також немає спеціального підрозділу по боротьбі з організованою злочинністю. Крім того, судова система КНР й досі не забезпечила спеціалізацію суддів з розгляду кримінальних справ про злочини, вчинені організованими злочинними групами. Варто зазначити, що й Україна вже входить до сфери впливу китайських злочинних угруповань, оскільки на теренах нашої держави проживає значна кількість громадян Китаю, а згідно з даними багатьох зарубіжних експертів, китайські діаспори за кордоном перебувають під негласним контролем мафіозних структур. Зокрема, в м. Києві у 2005 р. підрозділом з

боротьби з організованою злочинністю Управління СБУ в місті Києві проведено спецоперацію, у результаті якої було звільнено з «мафіозного полону» 90 китайських нелегалів-заручників [21, с. 170; 22].

Тріада – форма таємних злочинних організацій в Китаї і в китайській діаспорі. Тріадам завжди були властиві загальні переконання (віра в містичне значення цифри 3, звідки і пішла їх назва). Наразі тріади відомі в основному як злочинні організації, поширені на Тайвані, в США та інших центрах китайської імміграції, що спеціалізуються на торгівлі наркотиками та іншій злочинній діяльності [23].

Китай все ще вважається основною країною-постачальником підроблених продуктів, призначених для ЄС. Китайські організовані злочинні групи частково діють у виробництві, перевезенні та розповсюдженні контрафактних цигарок, одягу, взуття, іграшок і фармацевтичної продукції. Підробки з Азії часто перевозяться через зони вільної торгівлі в ОАЕ на шляху до ЄС. Це сприяє приховуванню походження та ознак небрендових товарів з відповідними логотипами. Своєю чергою ОАЕ є одним з найголовніших джерел контрафактних продуктів, вилучених на кордонах ЄС, і транзитним пунктом для фальсифікованих препаратів, адже країна також виступає пунктом перевантаження товарів з Індії та інших частин Азії [16].

В'єтнамська мафія – загальна назва для організованої злочинності у В'єтнамі та етнічних злочинних угруповань, що складаються з в'єтнамців. Великі в'єтнамські угруповання мають ієрархічну структуру за принципом, близьким до китайських тріад. В'єтнамську мафію іноді називають «змією» через її транснаціональну діяльність – спочатку з'являється «голова» – людина, що встановлює контакти з владними національними структурами, потім підтягується «тіло» – основні сили організованого злочинного угруповання. В середині угруповання встановлено жорстку ієрархію, залізну дисципліну і тотальний контроль за кожним учасником спільноти [24]. У невеликих же в'єтнамських бандах зазвичай немає ієрархічної структури, лідером стає найбільш досвідчена людина. Лідерство в банді змінюється залежно від того, у кого більше досвіду в тій чи іншій справі. Це ускладнює боротьбу правоохоронних органів з в'єтнамською мафією, оскільки лідера важко встановити, і після затримання ватажка угруповання зазвичай не розпадається [25].

Після другої хвилі еміграції з В'єтнаму його представники почали створювати «бродячі банди», які залякуванням і силою займалися вимаганням у своїх співвітчизників. Переїжджаючи з місця на місце, вони використовували насильницькі методи, залишалися безконтрольними, це призводило до того, що члени банди діяли всупереч плану в своїх інтересах.

Японська організована злочинність. Японський синдикат організованої злочинності, відомий як Борякудан, але який частіше називають «Якудза», складається з 2500 груп із загальною кількістю членів приблизно 110 тис. [14]. У Якудзу входять кілька великих організацій, серед яких лідирує Ямагучі-гуми, що налічує понад 26 тис. членів у складі 944 менших банд. Для Якудзи

характерна широкомасштабна міжособна боротьба між її різними угрупованнями, однак це не заважає їй долучатися до сфери законного бізнесу і займатися корупцією в межах політичної системи [26; 27].

Японська мафія – Якудза – завжди мала тісні політичні зв'язки, тож утворена в довоєнному місті Кобе Ямагуті-гумі не стала винятком. Зростання впливу угруповання почався в 1934 р., коли її учасники допомогли придушити страйк портових робітників. Для боротьби з незадоволеними були використані найрадикальніші методи, проте в результаті криваву розправу представили як звичайну вуличну бійку. Заручившись підтримкою влади, Ямагуті-гумі розгорнула широку діяльність по всій Японії, а також в інших країнах Азії і США. Крім злочинних дій, в числі яких вимагання, торгівля зброєю і маніпулювання ринком цінних паперів, організація веде власний бізнес в сфері нерухомості та будівництва. Загальна виручка дозволила цій найвідомішій мафії світу потрапити в список найбагатших у світі кримінальних спільнот, і з року в рік її становище тільки зміцнюється [28].

Японське Національне поліцейське агентство (НПА) застосовує до таких груп термін Борьокудан, що означає «несамовиті», значною мірою тому, що вони займаються наркотиками і ведуть війни між бандами. У минулому японське суспільство сприймало Якудзу, навіть попри той факт, що Якудза займалась проституцією й азартними іграми, бо вона мала репутацію Робін Гуда. Але тепер ця репутація змінилася, тому що через пограбування і здирництво з підприємств об'єктом Якудзи стали звичайні громадяни. Загальний вигляд Якудзи теж змінився. Після Другої світової війни вони дещо запозичили від американських гангстерів, наприклад, носити чорні костюми, чорні краватки та окуляри від сонця. Сьогодні, завдяки своєму відкрито визнаному існуванню і статусу у японському суспільстві, Якудза складає окремий клас зі своїм багатством, членами, культурними і політичними зв'язками. Крім того, члени Якудза відомі своїм відкритим вихвалянням належності до організації, а кожна група має свій, відмінний від інших, значок на лацкані піджака, який відкрито демонструється у місцях зборів і будинках Якудза. Члени Якудза майже постійно піддаються татуюванню: змії, дракони, хвилі й міфічні фігури символізують їхню прадавню або щойно прийнятну організацію. Цим вони демонструють свою постійну відданість [14]. Хоча японська «Якудза» і не має на меті включитися в сферу транснаціональної діяльності, однак вона здійснює досить широку злочинну діяльність за межами національних кордонів, зокрема займається контрабандою на Гавайських островах і в Каліфорнії, а також контрабандним вивезенням зброї зі Сполучених Штатів Америки до Японії [26, с. 35]. Специфічні особливості вирізняють діяльність цього типу злочинних структур і з точки зору методів злочинної діяльності. Для «Якудзи» характерні аналітичні, а не силові методи роботи. Вимагання пов'язане не з погрозою грубого насильства, а з використанням ретельно зібраного компрометувального матеріалу. Варто зазначити, що такі методи стають дедалі характернішими і для великих злочинних співтовариств у країнах СНД (Росія, Узбекистан, Казахстан тощо) [27].

Японська ж поліція при боротьбі з організованою злочинністю виробляє багаторічний збір відомостей про історію створення організації, їхні зв'язки і структуру, чисельність, джерела доходів і фінансування, використовуваних методах тощо [29, с. 257].

Бамбуковий союз – найбільше зі злочинних угруповань, що діє на Тайвані (близько 10 тис. членів) [30]. Ця організація діє не тільки по всій Азії та країнах Тихого океану, а й в Європі, Північній і Південній Америці. Основні напрями діяльності угруповання – гральний бізнес, наркоторгівля, торгівля зброєю, крадіжки, відмивання грошей, сутенерство, замовні вбивства, вимагання, викрадення людей, шантаж, вибивання боргів, шахрайство.

Африка приваблює багатьох учених, дослідників, істориків, етнографів колоритом різних етнічних груп, унікальною культурною спадщиною, в якій дивним способом поєднуються родоплеменні звичаї корінного населення й традиції, зумовлені непростими історичними подіями епохи колонізації. Однак є ще одна загадкова грань цього континенту – кримінальна субкультура Південної Африки, яка поєднує в собі міфічну силу та найжорстокішу ефективність. Розкрити таємницю феномену південноафриканської кримінальної субкультури намагалося багато дослідників. Цьому об'єкту вивчення присвячено чимало робіт, що акцентують увагу на окремих аспектах явища: міфологічних, релігійних, соціальних, психологічних, економічних. Проте до недавнього часу бракувало комплексного дослідження тієї кримінальної субкультури. Це своєрідне завдання, яке ще варто виконати [31].

Практика показала, що вони дуже добре пристосовуються до нових умов, що виявляється в розробленні альтернативних маршрутів для обороту наркотиків, способах приховування наркотиків, виборі кур'єрів і відповідного товару для збуту. З простих перевізників, що працювали на інші транснаціональні злочинні організації, нігерійські наркоторговці перетворилися на великих ділків, які діють самостійно. І хоча відсутні свідчення про існування нігерійського картелю, все ж було виявлено певну аморфну мережу великих ділків наркобізнесу, тому немає жодних сумнівів у тому, що навіть діяльність кур'єрів ретельно планується. Представники нігерійських злочинних організацій в 90-х роках ХХ ст. з'явилися в Росії і Казахстані, де намагалися налагодити мережу збуту наркотиків [27].

Нігерійські групи найчастіше представляють собою *чарункову* структуру. Запорукою їх успішності є можливість діяти незалежно під час використання широкої мережі персональних контактів. Жінки відіграють визначальну роль, прискіпливо відстежуючи процес торгівлі – починаючи від пошуку жертви і закінчуючи її експлуатацією. Нігерійські жертви часто не сприймають себе такими, а скоріш вважають себе іммігрантами, які повинні сплатити свій борг за перевезення. У даному сенсі жертви часто перетворюються на членів злочинної групи, яка використовує їхню працю, зрештою виступаючи наглядчачами по відношенню до інших. З іншого боку, нововведення в сфері культури зменшують ймовірність того, що жертви будуть співробітничати з правоохоронними органами [16].

Нігерійські групи, які займаються торгівлею людьми з метою подальшої сексуальної експлуатації, використовують південний та південно-західний осередки як плацдарм для подальшого перевезення жертв, особливо в скандинавські країни. У багатьох випадках вони використовують дозволи на проживання в Італії або Іспанії – фальшиві або отримані шляхом фіктивного шлюбу документи, що дозволяє їм подорожувати по всій Шенгенській зоні. Можливо, наглядачі на ринках Іспанії та Італії користуються захистом з боку нігерійських організованих злочинних груп, щоб ризикнути зайти на нові ринки призначення, особливо ті, в яких проституція повністю зосереджена в руках організованих злочинних угруповань [16].

Нігерійська наркомафія складається в основному із студентів або колишніх студентів московського університету «Дружби народів». Вона перша вирішила заповнити героїнову і кокаїнову нішу і почала безкоштовно роздавати наркотики по всій країні в школах і вузах. Уклавши невеликі гроші, через місяць вони отримали колосальний ринок збуту. Однак, незважаючи на корумпованість митників, незабаром доставка наркотиків для чорношкірих нігерійців стала досить проблематичною, оскільки їх стали перевіряти особливо ретельно. Зважаючи на це, нігерійські організовані злочинні угруповання почали залучати до перевезення наркотиків російських громадян. Відомі випадки, коли студенти нігерійці заводили собі подружок – громадянок Росії та через деякий час пропонували їм поїхати на «екскурсію» по Нігерії. Якщо ті погоджувалися, нігерійці вже в Африці різними, не завжди гуманними і законними методами, втягували їх у бізнес, змушуючи ковтати капсули з наркотиками [32]. Характерною рисою діяльності наркоструктур на території нашої держави стало функціонування стійких організованих злочинних груп на етнічній основі, які об'єднують вихідців з африканських країн. Найвпливовішими серед них є нігерійські, котрі причетні до широкомасштабних операцій з незаконного міжнародного обігу наркотиків [33].

Злочинна діяльність нігерійців не обмежується незаконним оборотом наркотиків. Нігерійські організації займаються також широкомасштабним шахрайством і вимаганням, зокрема підrobкою кредитних карток і махінаціями, пов'язаними з діяльністю комерційних банків і програмами допомоги по лінії уряду. Вони досягли успіхів у виготовленні фіктивних посвідчень особи, що дають їм змогу здійснювати такі операції, як використання підrobлених чеків для одержання неінкасованих сум, субсидій, шахрайство з метою отримання соціальних пільг, одержання обманним шляхом страхових виплат і коштів за допомогою електронного переказу. Були спроби використання в окремих країнах світу традиційних способів вчинення шахрайства, зокрема внаслідок розсилення так званих нігерійських листів, що містять пропозиції щодо здійснення вигідних угод з метою подальшого заволодіння коштами [27].

Окрім традиційних сфер експлуатації (проституція, жебрацтво та крадіжки, текстильна промисловість і сільське господарство), в такі сектори, як будівництво, туризм, виїзне обслуговування, догляд за хворими та домашнє обслугову-

вання також залучаються жертви торгівлі людьми. Окрім того, тривала шкода, якої зазнають жертви, закриття малоприбуткового бізнесу в результаті впливу економічної кризи, залишає ринок відкритим для тих, хто розпоряджається нелегальною або дешевою працею. Байдужість до даної проблеми не лише прискорює подальшу торгівлю, але й руйнує соціальну структуру [16].

За інформацією Європолу, в Західній Європі та Скандинавії останнім часом істотно зріс вплив нігерійських та інших західноафриканських злочинних формувань [34; 35, с. 32].

Варто зазначити, що організовані злочинні угруповання різного етнічного походження (як, наприклад, нігерійці та румуни) домовились створити міжнародні злочинні мережі, які займаються інтернет-шахрайством і схемами відмивання коштів із застосуванням високотехнологічних засобів, таких як «Фаст Флюкс» (Fast Flux) (засіб для приховування команд і контролю ботнетів – комп'ютерних мереж, які складаються з певної кількості хостів із запущеними ботами – автономним програмним забезпеченням), для того, щоб приховати свою діяльність [16].

Серед західноафриканських (ганських, сенегальських і нігерійських) груп, що діють по всій Європі, зокрема в Італії, Франції та Іспанії, варто виокремити основних дистриб'юторів – кочівні спільноти [16].

Південноафриканська кримінальна субкультура використовує спеціальну мову, яка називається «сабела». Вона є особливим поєднанням низки етнічних говірок Південної Африки. Таким чином, «сабела» значно ускладнює можливість представникам правоохоронних органів розібратися в тому, що між собою обговорюють члени банд. У результаті ця мова є шифром, таємниці якого відомі тільки членам банд. Будь-яке сказане слово чи вислів необхідно вміти інтерпретувати, проникаючи в таємний сенс [31].

Як і будь-яка кримінальна субкультура, «цифрові банди» є закритим співтовариством з певним релігійно-філософським світоглядом. Культ Нонголози в цьому контексті заслуговує на окрему увагу (про нього йтиметься згодом). Важливо розуміти, що «цифрові банди», з погляду історії, не виникли одночасно. Згідно з дослідженнями південноафриканського історика Чарльза ван Ольсена, вони зародилися в другій половині XIX ст. Безумовно, це лише одна з версій, проте саме на той період припадає початок видобутку алмазів на території ПАР, що, безумовно, могло бути однією з причин створення таких кримінальних структур. На думку деяких дослідників, першою з'явилася банда 28-х, через кілька десятиліть були організовані 27-мі. Що стосується 26-тих, – це єдина «цифрова банда», яка виникла у в'язницях Кейптауна, тому лише вона може по праву вважатися тюремною [31].

Єдине, що не змінилося в новітній історії «цифрових банд», – це їхній внутрішній устрій і дисципліна, на якій побудовані такі організації. Як і раніше, найавторитетнішими є 27-мі та «золота лінія» 28-х. Як і раніше, члени останньої приходять у банду, проливши кров наглядача в'язниці. Що стосується 27-х, їхнім членом можна стати лише вбивши наглядача або поліцейського.

Здебільшого для цього використовують холодну зброю. Це своєрідний тест для новачків у в'язниці. Ув'язненому дають можливість визначитися, до якої банди він хоче приєднатися. При цьому 27-мі є третейськими суддями [31].

Також необхідно виокремити етнічний характер сомалійських піратів і піратство в Гвінейській затоці. Американська організація “Океани без піратства” (“Oceans Beyond Piracy”) – проєкт американського фонду «One Earth Future» у 2016 р. визнала Гвінейську затоку найнебезпечнішим місцем на Землі для мореплавців [36].

«Організована злочинність в Австралії» – збірна назва різних злочинних сімей та організованих злочинних синдикатів, які здійснюють свою злочинну діяльність в Австралії. Відповідні етнічні групи займаються незаконним обігом наркотиків, вчиняють убивства на замовлення, вимагання та інші злочини.

На початку 1980-х років у Сіднеї і Мельбурні виникли перші етнічні банди, до цього часу встигли підросли діти мігрантів, які рятувалися або від воєн і геноциду у В'єтнамі та на Близькому Сході, або від злиднів і безправ'я в своїх країнах. Невдоволення своїм становищем і невизначеністю соціального статусу змушувало підлітків і молодь з азіатських країн об'єднуватися у вуличні банди, такі як Black Dragons, Lebanese Tigers або Turkish Lions [37; 38]. Вважається, що до складу цих банд входять переважно вихідці з Південно-Східної Азії, передусім в'єтнамці [39]. Згодом деякі банди стали перетворюватися в злочинні угруповання, які в пошуках нових джерел доходу почали вторгтися на території, контрольовані іншими бандами. Як наслідок, звичайні для молодіжних банд бійки поступово переростали в справжнісінькі бандитські війни, що супроводжувалися нападами із застосуванням зброї, холодної і навіть вогнепальної, «коктейлів Молотова» і вибухами будинків конкурентів [39]. Нерідко жертвами вуличних банд ставали випадкові люди, які не мали ніякого стосунку до них. Активність і жорстокість вуличних банд привернула до них увагу спочатку громадськості та ЗМІ, а потім і влади. У 2010 р. для боротьби з молодіжними бандами було сформовано оперативну групу поліції штату Вікторія на чолі з виконуючим обов'язки детектива інспектором Дейвом де Франческо, яка називалася Task Force Echo (з англ. – «Цільова група Ехо») [40]. За даними поліції, членами подібних банд були в'єтнамці, камбоджійці, вихідці з Близького Сходу, сомалійці, турки, латиноамериканці, а також білі австралійці [41]. “Evil Warriors” – організоване злочинне угруповання, що базується в місті Уейд (Північна територія) і навколо нього. Банда повністю складається з австралійських аборигенів. У 2006 р. привернула до себе загальнонаціональну увагу після запеклої війни зі своїми суперниками з банд Judas Priests і Slayer Mob [42].

Аналізуючи австралійський досвід протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, сформованими на етнічному ґрунті, варто вказати на позитивні аспекти такої діяльності. Окрім Державної поліції і Департаменту юстиції, які офіційно збирають статистичну інформацію в форматі регіонального розподілу злочинності, виокремимо Австралійський інститут кримінології, який збирає національну статистику зі злочинності в

країні. Австралія вважається однією з найбезпечніших країн, але на всій території діє низка етнічних організованих угруповань, які розділили сфери бізнесу та територію. Сьогодні в Австралії діють такі організовані групи і злочинні організації, які сформовані на етнічній основі:

1. Європейсько-австралійські угруповання: «Заслужене суспільство» (Мельбурн) – калабрійська злочинна група («ндрангета»); Карлтонська банда (Мельбурн) – італійсько-австралійська злочинна організація; Мельбурнська банда (англ. The Melbourne Crew, TMC) – австралійсько-європейська організована злочинна група; The Sunshine Boys – австралійсько-європейська організована злочинна група; російська мафія; сербська мафія; балканська мафія.

2. Банди Східної і Південно-Східної Азії: китайська мафія; в'єтнамська мафія; японська мафія.

3. Близькосхідні банди: DLASTHR (ассірійська злочинна організація); Sword Boys, до складу якої входять в основному ліванські австралійці; M'bros, Spider Boys і Scorpion Boys, Telopea Street Boys (ліванське угруповання), Bronx Boys і The True Kings.

4. Тихоокеанські банди (Тихоокеанські злочинні групи, що складаються з вихідців з островів Тихого океану): Bloods and Crips, The Bloods, Tongan Mafia, Samoan Assassin Squad, Gee40, Crazy Little Coconuts, Full-Blooded Islanders, CB4, Respect Samoan People, Lavs (жіноча).

5. Африканські банди: African Kings (сомалійська вулична банда); Apex – (банда, створена молодими вихідцями з Південного Судану); Blood Drill Killers (банда, створена з південносуданців); Menace to Society (банда, створена з південносуданців).

6. Банди байкарів: Bandidos; Coffin Cheaters; “Comanchero”; Gypsy Jokers; Hells Angels; Nomads; Notorious; Rebels.

Крім перерахованих вище, також до австралійського мотоклубу «поза законом» належать Finks, Black Uhlans, The Odin's Warriors, Brotherhood, Cruisers, Renegades, Satans Soldiers, Tramps, Vikings, Immortals, Red Devils, Blonks, Rock Machine, Satan's Riders, Devil's Henchmen і Outlaws [43].

7. Латиноамериканські картелі: колумбійський Боготський картель (нині неіснуючий), мексиканський Картель Сіналоа.

8. Вуличні й молодіжні банди.

Поліція Квінсленда вважає, що значну частину шахрайських операцій з кредитними картами в Австралії проводять саме румунські злочинці [44], і причиною тому є той факт, що значна їх частина має технічну освіту (знання математики та інформатики), – це програмісти, співробітники обчислювальних центрів. До речі, за часів комуністичної Румунії фахівці з програмування були широко затребувані в країнах-учасницях Організації Варшавського Договору [45].

Зібрані статистичні дані Австралійським інститутом кримінології аналізуються і в подальшому на основі цих даних розробляються заходи, направлені на запобігання організованим злочинності, що в свою чергу ефективно впливає

на зниження рівня злочинності. Також позитивним моментом діяльності інституту, окрім проведення кримінологічних досліджень і вивчення інформації про результати досліджень, є проведення та організація конференцій і семінарів з подальшою апробацією публікацій та матеріалів, отриманих під час таких заходів, що ефективно впливає на роботу не тільки інституту, а й всіх правоохоронних органів Австралії.

Л. Кулик та М. Бадюк у своїй роботі проаналізували зарубіжний досвід протидії транснаціональній організованій злочинності та висунули низку положень, що мають істотне значення для удосконалення національної правової системи протидії організованим, зокрема транснаціональним, злочинним структурам. Так, у боротьбі з організованою злочинністю належно реалізовані керівні принципи щодо попередження організованої злочинності (стандарті і норми ООН), що стосуються: залучення до співпраці засобів масової інформації; розробки та впровадження детальних правових програм, що сприяють виявленню фактів вчинення злочинів; практики конфіскації доходів, отриманих від злочинної діяльності; зосередження уваги на виявленні каналів обігу грошових коштів, установа надійних бар'єрів між фінансовими ринками та ринками незаконно придбаного капіталу; наділення правоохоронних органів належними повноваженнями в законодавчому порядку; створення спеціалізованих міжвідомчих установ, які будуть конкретно займатися питаннями організованої злочинності [46; 47].

Тож прийняття у найближчій перспективі нової концепції щодо протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, сформованими на етнічній основі, має стати результатом всебічного, ґрунтовного аналізу поточної ситуації в державі з урахуванням наявних викликів і загроз,

Висновки. Насамкінець зауважимо, що здійснити повне та всебічне дослідження зарубіжного досвіду протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, практично неможливо, бо для цього необхідно присвятити кожній етнічній злочинній групі окреме дисертаційне дослідження, відповідно, й здійснити аналіз досвіду правоохоронних органів щодо протидії етнічній злочинності кожної з держав. Але опиратися на найбільш ефективний досвід інших держав усе ж таки є необхідним.

У кожній державі діяльність організованих груп і злочинних організацій, які сформовані на етнічній основі, обумовлена особливостями політичного, економічного, національного, релігійного устрою суспільства. Відповідно, кожна держава повинна вживати таких заходів, які можуть виявитися необхідними, зокрема у відповідних випадках у сфері внутрішнього законодавства, для забезпечення того, щоб такі організовані групи і злочинні організації, втрачали свій вплив з подальшим притягненням винних до кримінальної відповідальності.

Отже, звернення до зарубіжного досвіду щодо вивчення досвіду збирання інформації, статистики, порівняння характеристик організованих етнічних груп, узагальнення різних стратегій контролю над етнічною злочинністю (як успіш-

них, так і неефективних), урахування рекомендацій міжнародних організацій, а також системи профілактичного реагування дозволить удосконалити діяльність правоохоронних органів України, виробити власні методи вирішення цієї небезпечної соціальної проблеми.

Список літератури

1. Кузнецов К. В. Особенности формирования и реализации криминальной деятельности организованных этнических преступных формирований в зарубежных странах (на примере наиболее влиятельных этнических преступных сообществ и группировок). *Общество и право*. 2017. № 3 (61). С. 61–66.
2. Бахуринська О. Поняття «злочинна спільнота»: проблеми правового та кримінологічного визначення. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 1. С. 190–195.
3. Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права. *Очерки сравнительного права*. Москва : Прогресс, 1981. С. 38–41.
4. Вінчук В. В. Шляхи удосконалення протидії організованим злочинності за часів незалежності України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2013. Спецвип. № 6. С. 286–299.
5. Підболячий М. В. Запобігання корисливим насильницьким злочинам, що вчиняються етнічними організованими злочинними групами : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2019. 21 с.
6. Лаурейн С. Организованная преступность в Соединенных Штатах Америки: проблемы и тенденции: 80-е годы XX века – начало 2000-х годов : дис. ... канд. истор. наук : 07.00.03. Москва, 2005. 197 с.
7. Охріменко І. М. Компаративістика у дидактичному проектуванні процесу підготовки поліцейських. *Світовий досвід підготовки кадрів поліції та його впровадження в Україні* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпропетровськ, 17 берез. 2016 р.). Дніпропетровськ : Ліра ЛТД, 2016. С. 66–67.
8. Воронин М. Ю., Петров С. П. Криминологическая характеристика этнических преступных сообществ в сфере незаконного оборота наркотиков. *Оперативно-розыскная деятельность* : бюллетень. 2007. № 2. С. 33–38.
9. Поздняков А. Н. Этническая преступность: наркоэкспансия. *Успехи современной науки*. 2016. № 6. Т. 3. С. 89–93.
10. Скулиш В. Є. Еволюція транснаціональних злочинних організацій в умовах глобалізації. *Науковий вісник Чернівецького університету*. Правознавство. 2011. Вип. 578. С. 114–117.
11. Лазарева А. Етнічна злочинність – незручна тема. *Український тиждень*. 2018. № 28 (556). 12 лип.
12. Пырчев С. В. Международный опыт противодействия лидерам организованной преступности и возможность его применения в Российской Федерации. *Юридическая наука и практика. Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2017. № 1. С. 392–397.
13. Виклюк А. М. Российский и зарубежный опыт противодействия организованной преступности. *ЭГО: Экономика. Государство. Общество*. 2010. № 03 (3). URL: <http://ego.uara.ru/issue/2010/03/9>.
14. Долженков О. Ф. Особливості інфраструктури етнічних злочинних угруповань азіатського походження. *Вісник Одеського інституту внутрішніх справ*. 1999. № 3. С. 40–43.
15. Найт Б., Елкина А. Европейская мафия: главные игроки на криминальной карте ЕС. URL: <https://p.dw.com/p/3SU3w> (дата звернення: 10.04.2021).
16. Оцінка загроз організованої злочинності в Європейському Союзі. *ОСТА: звіт*. 2011. 52 с.
17. Ізраїльська мафія. *Вікіпедія – вільна енциклопедія*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/> (дата звернення: 18.04.2021).
18. Can Narendra Modi bring Dawood Ibrahim back to India from Pakistan? URL: <https://www.dnaindia.com/mumbai/report-can-narendra-modi-bring-dawood-ibrahim-back-to-india-from>

pakistan-1982500 (дата звернення: 10.04.2021).

19. Raghavan R.K. 'D' Company on the run? *India's National Magazine from the publishers of the Hindu*. 2003. Vol. 20. Issue 4. February 15–28. URL: <https://web.archive.org/web/20071022174950/http://flonnet.com/fl2004/stories/20030228003910800.htm>.

20. Пакистанская мафия. *WIKIZERO – бесплатная энциклопедия*. URL: <https://www.wikizero.com/ru/> (дата звернення: 08.04.2021).

21. Міщенко Т. М. Правовий статус Служби безпеки України у боротьбі з організованою злочинністю, що супроводжується корупцією. *Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Запоріжжя, 28–29 жовт. 2016 р.). Запоріжжя, 2016. С. 99–101.

22. Невзоров І. Л., Расюк А. О. Боротьба з організованою злочинністю у Китайській Народній Республіці. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2013. № 2. С. 170–179.

23. 13 найбільш відомих і зухвалих мафій світу. URL: <https://versii.if.ua/novunu/13-nayblilsh-vidomih-i-zuhvalih-mafiy-svitu/> (дата звернення: 10.04.2021).

24. Атака вьетнамской «Змеи». *Аргументы и факты*. 1999. № 42. С. 24. *Vietnamtown. Moscow news*. 1999. 27 Dec.

25. Оргпреступность в Северной Корее. URL: <https://forum.tks.ru/showthread.php?p=2602410> (дата звернення: 15.04.2021).

26. Основы борьбы с организованной преступностью / под ред. В. С. Овчинского, В. Е. Эминова, Н. П. Яблокова. Москва : Инфра-М, 1996. 236 с.

27. Біленчук П. Д., Гель А. П., Семаков Г. С. Криміналістична тактика і методика розслідування окремих видів злочинів : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Київ : МАУП, 2007. 512 с.

28. Сила вне закона: Самые влиятельные мафии в мире. URL: <https://www.kp.ru/putevoditel/interesnye-fakty/samie-vliyatelnie-mafii-v-mire/> (дата звернення: 10.04.2021).

29. Шакирьянов М. М. Противодействие организованной преступности: российский и зарубежный опыт. *Вестник Казанского юридического института МВД России*. 2018. Т. 9. № 2. С. 254–259.

30. На Тайване освобожден глава энергетической компании, которого месяц держали в заложниках. URL: <https://www.newsru.com/crime/28oct2015/hostagetaiwan.html> (дата звернення: 10.04.2021).

31. Печерський В. Гангстери Кейптауна. *Тиждень*. 2018. № 29 (557). 19 лип. URL: <https://tyzhden.ua/Society/171098> (дата звернення: 25.04.2021).

32. Преступность и наркотики. *Медицинская информационная сеть*. URL: <https://www.medicinform.net/narco/narco2.htm> (дата звернення: 10.04.2021).

33. Скулиш Є. Міжнародне співробітництво у сфері протидії транснаціональній організованій злочинності. *ЕАІ. Бюллетень*. 2007. № 1 (7). URL: <http://www.eai.org.ua/ua/digest/issue7/1143/>.

34. Полицейская служба Европол обнародовала доклад, посвященный криминальной обстановке в Европе. URL: http://www.crimpravo.ru/blog/organized_crime/1126.html (дата звернення: 10.04.2021).

35. Кузнецов К. В. Криминологическая характеристика и предупреждение организованной этнической преступности : дисс. ... канд. юрид. наук. 12.00.08. Москва, 2018. 279 с.

36. Американцы назвали самых опасных пиратов: Сомали потеряло «лидерство». *Телеканал новостей «24» (24tv.ua)*. 2016. 3 мая.

37. Nulley. Photos of Australia's Most Fashionable Gang. *Vice Media*. 2015. 31 July 2015.

38. Putting Broady on the map. *The Age*. 2013. 21 September.

39. Buttler M. Gangs want guns say neighbours. *Herald Sun*. 2010. 19 May.

40. Special task force to tackle gang violence. *ABC*. 2010. 11 June.

41. White R., Perrone S., Guerra C., Lampugnani R. Ethnic Youth Gangs in Australia Do They Exist? *Overview Report. Australian Multicultural Foundation*. 1999. 322 p.

42. West J. Aboriginal Headbanging. *Vice Media*. 2008. 2 August.

43. Candace Sutton Bokie nation – the outlaw gangs in your backyard. *News.com.au* 2013. 3 August.

44. Romanian scammers targeting Sydney ATMs. 2013. 15 August. URL: <https://www.theaustralian.com.au/news/nation/romanian-scammers-targeting-sydney-atms/story-e6frg6nf-1226697744244> (дата звернення: 10.04.2021).

45. Why Romanians specialise in ATM skimming. URL: <https://www.smh.com.au/national/why-romanians-specialise-in-atm-skimming-20111215-1ow7w.html> (дата звернення: 20.04.2021).

46. Кулик Л., Бадюк М. Зарубіжний досвід протидії транснаціональній організованій злочинності. *Кримінально-правові та кримінологічні заходи протидії злочинності* : матеріали всеукр. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 13 листоп. 2015 р.). Одеса : ОДУВС, 2015. 202 с.

47. Стельмахов В., Бондарчук В. Шляхи подолання транснаціональної організованої злочинності. *Наука онлайн* : міжнар. електрон. наук. журнал. 2018. № 5. URL: <https://nauka-online.com/ua/publications/yurisprudentsiya/2018/5/shlyahi-podolannya-transnatsionalnoyi-organizovanoyi-zlochinnosti/>.

References

1. Kuznecov, K.V. (2017). Osobennosti formirovaniya i realizacii kriminal'noj dejatel'nosti organizovannyh jetnicheskikh prestupnyh formirovanij v zarubezhnyh stranah (na primere naibolee vlijatel'nyh jetnicheskikh prestupnyh soobshhestv i gruppirovok. *Obshhestvo i pravo – Society and law, issue 3 (61), 61–66* [in Ukrainian].

2. Bahurynska, O. (2020). Ponjattja «zlochynna spil'nota»: problemy pravovogo ta kryminologichnogo vyznachennja. *Pidpryjemnyctvo, gospodarstvo i pravo – Entrepreneurship, economy and law, 1, 190–195* [in Ukrainian].

3. Ansel, M. (1981). Metodologicheskie problemy sravnitel'nogo prava. *Oчерки sravnitel'nogo prava – Essays on Comparative Law, 38–41*. Moscow: Progress [in Russian].

4. Vincuk, V.V. (2013). Shljahi udoskonalennja protidії organizovanij zlochinnosti za chasiv Nezalezhnosti Ukraїni. *Visnik Lugans'kogo derzhavnogo universytetu vnurishnih sprav imeni E. O. Didorenka – Bulletin of the Luhansk State University of Internal Affairs named after E. A. Didorenko, special issue 6, 286–299* [in Ukrainian].

5. Pidboljachnij, M.V. (2019). Zapobigannja korislivim nasil'nic'kim zlochynam, shho vchinjajut'sja etnichnimi organizovanimi zlochinnimi grupami. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

6. Laurejn, S. (2005). Organizovannaja prestupnost' v Soedinennyh Shtatah Ameriki: problemy i tendencii: 80-e gody XX veka – nachalo 2000-h godov. *Candidate's thesis*. Moscow [in Russian].

7. Ohrimenko, I.M. (2016). Komparatyvistyka u dydaktychnomu proektuvanni procesu pidgotovky policejs'kyh. *Svitovij dosvid pidgotovky kadrov policii' ta jogo vprovadzhennja v Ukraїni: materialy Mizhnar. nauk.-prakt. konf. (Dnipropetrovsk, 17 berez. 2016 r.) – World experience of police training and its implementation in Ukraine: Proceedinds of the International Scientific and Practical Conference*. Dnipropetrovsk: Lira LTD, 66–67 [in Ukrainian].

8. Voronin, M.Ju., Petrov, S.P. (2007). Kriminologicheskaja charakteristika jetnicheskikh prestupnyh soobshhestv v sfere nezakonnogo oborota narkotikov. *Operativno-rozysknaja dejatel'nost: bjulleten – Operational-search activity: bulletin, issue 2, 33–38* [in Russian].

9. Pozdnjakov, A.N. (2016). Jetnicheskaja prestupnost: narkoekspansija. *Uspehi sovremennoj nauki, Vol. 3, 6, 89–93* [in Russian].

10. Skulysh, V.Je. (2011). Evoljucija transnacionalnyh zlochynnyh organizacij v umovah globalizacii. *Naukovyj visnyk Cherniveckogo universytetu – Scientific Bulletin of Chernivtsi University, issue 578, 114–117* [in Ukrainian].

11. Lazareva, A. (2018). Etnichna zlochynnist' – nezruchna tema. *Ukrainskij tyzhden – Ukrainian week, issue 28 (556)* [in Ukrainian].

12. Pyrchev, S.V. (2017). Mezhdunarodnyj opyt protivodejstvija lideram organizovanoj prestupnosti i vozmozhnost ego primenenija v Rossijskoj Federacii. *Juridicheskaja nauka i praktika*.

Vestnik Nizhegorodskoj akademii MVD Rossii – Legal science and practice. Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia, issue 1, 392–397 [in Russian].

13. Vikljuk, A.M. (2010). Rossijskij i zarubezhnyj opyt protivodejstvija organizovanoj prestupnosti. *JeGO: Jekonomika. Gosudarstvo. Obshhestvo – ESS: Economics. State. Society, issue 3 (3)*. URL: <http://ego.uapa.ru/issue/2010/03/9> [in Russian].

14. Dolzhenkov, O.F. (1999). Osoblyvosti infrastruktury etnichnyh zlochynnyh ugrupovan' aziats'kogo pohodzhennja. *Visnyk Odes'kogo instytutu vnutrishnih sprav – Bulletin of the Odessa Institute of Internal Affairs, issue 3, 40–43* [in Ukrainian].

15. Najt, B., Elkina, A. Evropejskaja mafija: glavnye igroki na kriminalnoj karte ES. URL: <https://p.dw.com/p/3SU3w> [in Russian].

16. Ocinka zagroz organizovanoi zlochynnosti v Jevropejskomu Sojuzi (2011). *OSTA: zvit, 52* [in Ukrainian].

17. Izrilska mafija. *Vikipedija – vilna encyklopedija – Wikipedia is a free encyclopedia*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki> [in Ukrainian].

18. Can Narendra Modi bring Dawood Ibrahim back to India from Pakistan? URL: <https://www.dnaindia.com/mumbai/report-can-narendra-modi-bring-dawood-ibrahim-back-to-india-from-pakistan-1982500>.

19. Raghavan, R.K. (2003). 'D' Company on the run? *Indias National Magazine from the publishers of the Hindu. Vol. 20, Issue 4, February 15–28*. URL: <https://web.archive.org/web/20071022174950/http://flonnet.com/fl2004/stories/20030228003910800.htm>.

20. Pakistsanskaja mafija. *WIKIZERO – besplatnaja jencoklopedija – WIKIZERO is a free encyclopedia*. URL: <https://www.wikizero.com/ru/> [in Russian].

21. Mishhenko, T.M. (2016). Pravovyj status Sluzhby bezpeky Ukrai'ny u borot'bi z organizovanoju zlochynnistju, shho suprovodzhujet'sja korupcijeju. *Aktual'ni pytannja rozvytku derzhavnosti ta pravovoi' systemy v suchasnij Ukrai'ni: materialy mizhmar. nauk.-prakt. konf. (Zaporizhzhja, 28–29 zhovt. 2016 r.) – Actual issues of statehood and legal system development in modern Ukraine: Proceedings of International Scientific and Practical Conference. Zaporizhzhia, 99–101* [in Ukrainian].

22. Nevzorov, I.L., Rasjuk, A.O. (2013). Borotba z organizovanoju zlochynnistju u Kytajskij Narodnij Respublici. *Borotba z organizovanoju zlochynnistju i korupcijeju (teorija i praktyka) – Combatting organized crime and corruption (theory and practice), issue 2, 170–179* [in Ukrainian].

23. 13 najbilsh vidomyh i zuhvalyh mafij svitu. URL: <https://versii.if.ua/novunu/13-naybilsh-vidomih-i-zuhvalih-mafij-svitu/> [in Ukrainian].

24. Ataka vetnamskoj «Zmei» (1999). *Argumenty i fakty, 27 Dec., (№ 42)*, 24. Vietnamtown. Moscow news [in Russian].

25. Orgprestupnost v Severnoj Koree. URL: <https://forum.tks.ru/showthread.php?p=2602410> [in Russian].

26. Osnovy borby s organizovanoj prestupnostju. V. S. Ovchinskyi, V. E. Jeminov, N. P. Jablokov (Eds.) (1996). Moscow: Infra-M [in Russian].

27. Bilenchuk, P.D., Gel, A.P., Semakov, G.S. (2007). Kryminalistychna taktyka i metodyka rozsliduvannja okremykh vydiv zlochyniv. Kyiv: MAUP [in Ukrainian].

28. Sila vne zakona: Samye vlijatelnye mafii v mire. URL: <https://www.kp.ru/putevoditel/interesnye-fakty/samie-vlijatelnie-mafii-v-mire/> [in Russian].

29. Shakirjanov, M.M. (2018). Protivodejstvie organizovanoj prestupnosti: rossijskij i zarubezhnyj opyt. *Vestnik Kazanskogo juridicheskogo instituta MVD Rossii – Bulletin of the Kazan Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia, Vol. 9, issue 2, 254–259* [in Russian].

30. Na Tajvane osvobozhden glava jenergeticheskoi kompanii, kotorogo mesjac derzhali v zalozhnikah. URL: <https://www.newsru.com/crime/28oct2015/hostagetaiwan.html> [in Russian].

31. Pecherskyj, V. (2018). Gangstery Kejptauna. *Tyzhden – Week, issue 29 (557)*. URL: <https://tyzhden.ua/Society/171098> [in Ukrainian].

32. Prestupnost i narkotiki. *Medicinskaja informacionnaja set – Medical information network*. URL: <https://www.medicinform.net/narco/narco2.htm> [in Russian].

33. Skulysh, Je. (2007). Mizhnarodne spivrobotnyctvo u sferi protydyii' transnacional'nij organizovaniy zlochynnosti. *EAI. Bjulleten – EAI. Bulletin, issue 1 (7)*. URL: <http://www.eai.org.ua/ua/digest/issue7/1143/> [in Ukrainian].
34. Policejskaja sluzhba Evropol obnarodovala doklad, posvjashhennyj kriminalnoj obstanovke v Evrope. URL: http://www.crimpravo.ru/blog/organized_crime/1126.html [in Russian].
35. Kuznecov, K.V. (2018). Kriminologicheskaja harakteristika i preduprezhdenie organizovannoj jetnicheskoj prestupnosti. *Candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
36. Amerikancy nazvali samyh opasnyh piratov: Somali poterjalo "Liderstvo" (2016). *Telekanala novostej "24" (24tc.ua) – TV channel news "24" (24tc.ua), 3 maja* [in Russian].
37. Nulley (2015). Photos of Australia's Most Fashionable Gang. *Vice Media, 31 July*.
38. Putting Broady on the map (2013). *The Age, 21 Sept*.
39. Buttler, M. (2010). Gangs want guns say neighbours. *Herald Sun, 19 May*.
40. Special task force to tackle gang violence (2010). *ABC, 11 June*.
41. White, R., Perrone, S., Guerra, C., Lampugnani, R. (1999). Ethnic Youth Gangs in Australia Do They Exist? *Overview Report. Australian Multicultural Foundation, 322*.
42. West, J. (2008). Aboriginal Headbanging. *Vice Media, 2 August*.
43. Candace Sutton Bikie nation – the outlaw gangs in your backyard (2013). *News.com.au, 3 August*.
44. Romanian scammers targeting Sydney ATMs (2013). *15 August*. URL: <https://www.theaustralian.com.au/news/nation/romanian-scammers-targeting-sydney-atms/story-e6frg6nf-1226697744244>.
45. Why Romanians specialise in ATM skimming. URL: <https://www.smh.com.au/national/why-romanians-specialise-in-atm-skimming-20111215-1ow7w.html>.
46. Kulyk, L., Badjuk, M. (2015). Zarubizhnyj dosvid protydyii' transnacional'nij organizovaniy zlochynnosti. *Kryminal'no-pravovi ta kryminologichni zahody protydyii' zlochynnosti: materialy vseukr. nauk.-prakt. konf. (Odesa, 13 lystop. 2015 r.) – Criminal law and criminological measures to combat crime: Proceedings of the All-Ukrainian Scientific and Practical Conference*. Odessa: ODUVS, 20–22 [in Ukrainian].
47. Stelmahov, V., Bondarchuk, V. (2018). Shljahy podolannja transnacional'noi' organizovanoi' zlochynnosti. *Nauka onlajn: mizhnar. elektron. nauk. Zhurnal – Science online: International. electronic scientific journal, issue 5*. URL: <https://nauka-online.com/ua/publications/yurisprudentsiya/2018/5/shlyahi-podolannya-transnatsionalnoyi-organizovanoyi-zlochinnosti/> [in Ukrainian].

Сеvрук В. Г., PhD in Law, leading researcher department of organization of scientific activity and protection of intellectual property rights, senior researcher National Academy of Internal Affairs, Ukraine, Kyiv.

e-mail: vovasevruklev@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3444-9706

Theoretical and applied problems of counteracting organized groups and criminal organizations that are formed on an ethnic basis in Asia, Africa and Australia

Formation by the Ukrainian state of a multi-vector mechanism of counteraction to organized groups and criminal organizations formed on an ethnic basis is impossible without understanding the essence of this problem, relevant statutory concepts and classification and separation of features of organized ethnic crime, which are important for law enforcement and the main effective factor in such activities is to guarantee the security of citizens and the integrity of the state from criminal encroachments of organized groups and criminal organizations that are formed on an ethnic basis. It is stated that today among domestic scientists there are no comprehensive studies of organized groups and criminal organizations, which are formed on an ethnic basis. At the same time, such comprehensive studies are absent in European and American. researchers. Although the latter have positive isolated changes in this area. The main attention and efforts of researchers are attracted to large-scale organized ethnic groups.

Based on a comparative legal study of foreign experience in Asia, Africa and Australia in combating crimes committed by organized groups and criminal organizations formed on an ethnic basis, the possibilities of introducing positive foreign experience in the work of law enforcement agencies of Ukraine have been identified. It is noted that the importance of our scientific intelligence, first of all, is that in practice, law enforcement agencies engaged in combating organized groups and criminal organizations that are formed on an ethnic basis, had the opportunity to have an idea of this negative phenomenon. The article also emphasizes the peculiarities of collecting, analyzing, accumulating and storing information exchange for its convenient and effective use by law enforcement agencies of different countries in detecting, documenting and investigating crimes committed by organized groups and criminal organizations formed on an ethnic basis.

Keywords: ethnic crime; organized groups that are formed on an ethnic basis; criminal organizations that are formed on an ethnic basis; counteraction; foreign experience.

Рекомендоване цитування: Севрук В. Г. Теоретичні та прикладні проблеми протидії організованим групам і злочинним організаціям, які сформовані на етнічній основі в країнах Азії, Африки та Австралії. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 198–218. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.232339>.

Suggested Citation: Sevruk, V.G.. (2021) Teoretychni ta prykladni problemy protydii orhanizovanym hrupam i zlochynnym orhanizatsiiam, yaki sformovani na etnichnii osnovi v krainakh Azii, Afryky ta Avstralii [Theoretical and applied problems of counteracting organized groups and criminal organizations that are formed on an ethnic basis in Asia, Africa and Australia]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 198–218*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.232339> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 10.06.2021 р.



Girginov Anton Tonev,
Doctor of Judicial Sciences,
Full university Professor in Criminal Law,
Former lecturer at the University of Plovdiv,
Retired Bulgarian prosecutor and academic researcher,
Bulgaria, Plovdiv
e-mail: girginov@hotmail.com
ORCID 0000-0002-6223-7316

doi: 10.21564/2414–990X.154.239351
UDC 343

STATUTE OF LIMITATIONS UNDER THE PENAL LAW OF BULGARIA

Ukraine carries out intensive judicial cooperation in criminal matters with other European countries. A typical impediment to granting Ukrainian requests for such cooperation (e.g. extradition from another country, taking over Ukrainian criminal proceedings by the requested foreign country, recognition and enforcement of Ukrainian criminal judgments abroad) is the expiry of the time limitation period [lapse of time] not only under the Ukrainian law but also under the law of the foreign country that Ukraine requests for cooperation.

The problem is that the criminal statute of limitations of most European countries is significantly different from the Ukrainian one. In view thereof, Ukrainian criminal lawyers are interested in having some general knowledge of the statute of limitations of other European countries, esp. such as Bulgaria. On the one hand, this foreign country has always been a steady partner of Ukraine in international judicial cooperation. On the other hand, the Bulgarian statute of limitations constitutes a good example of the different type of legal framework for lapse of time that requesting Ukrainian authorities shall necessarily consider.

All penal laws of the contemporary Bulgarian state contained some statute of limitations. These laws are the 1896 Penal Law (repealed), the 1951 Penal Law upgraded to the 1956 Penal Code, after the full codification of this branch of law in Bulgaria (also repealed), and the existing Penal Code of 1968.

The criminal statute of limitations outlines periods when competent state authorities have been inactive. The expiry of these periods (the lapse of time under law) extinguishes the immediate legal consequences of crimes or the punishments imposed by the court for them.

In Bulgaria, the statute of limitations consists of substantive penal law provisions. This is a legislative recognition of its substantive nature. The concept that the criminal statute of limitation is a procedural legal institution has been overcome in Bulgarian theory, law and judicial practice. The statute of limitations produces procedural consequences also but they derive from its direct substantive law results as secondary effects.

As in most other countries, the penal law of Bulgaria prescribes two types of limitation periods. The first one runs after the commission of the offence. It is also called 'limitation of the offence'; its expiry entails the extinction of the offender's criminal liability preventing both the imposition of punishment on him/her and his/her conviction status as well.

The second type of limitation period occurs after the imposition of an executable punishment. It is also called 'limitation of the punishment'; its expiry entails the extinction of the punishment imposed only. It does not eliminate the fact that the offender has been convicted.

Under the Bulgarian Penal Code, each of the two types of statute of limitations includes not only general time limitations but also absolute ones as well. The former is applicable when the competent state authorities have not undertaken required activities whereas the latter applies only if the competent state authorities have failed to achieve a required result, namely: the imposition of punishment on the offender or the execution of his/her punishment.

Keywords: Bulgarian; Penal Code; criminal liability; extinguishment; limitation period; punishment.

Гіргінов Антон Тонєв, доктор юридичних наук, професор кримінального права, колишній викладач Пловдивського університету, болгарський прокурор у відставці і науковий дослідник, Болгарія, Пловдив.
e-mail: girginov@hotmail.com ; ORCID 0000-0002-6223-7316

Термін давності відповідно до кримінального законодавства Болгарії

Україна здійснює інтенсивне правове співробітництво у кримінальних справах з іншими європейськими країнами. Типовою перешкодою для задоволення українських прохань про таку співпрацю (наприклад, екстрадиція з іншої країни, прийняття українського кримінального провадження в запитуваній іноземній країні, визнання і виконання українських кримінальних рішень за кордоном) є закінчення строку давності – причому не тільки відповідно до законодавства України, а й законодавства іноземної держави, яку Україна запитує про співпрацю.

Проблема в тому, що кримінальний режим давності більшості європейських країн істотно відрізняється від українського. У зв'язку з цим українські фахівці у кримінальних справах зацікавлені в тому, щоб мати деякі загальні знання про терміни давності інших європейських країн, особливо таких, як Болгарія. З одного боку, ця держава є серйозним партнером України в міжнародному судовому співробітництві; з іншого – болгарський режим давності є підходящим представником тих європейських правових режимів щодо закінчення терміну давності, які істотно відрізняються від українських.

Усі кримінальні закони сучасної болгарської держави містили певний режим давності. Цими законами є Кримінальний закон 1896 р. (скасований), Кримінальний закон 1951 р., вдосконалений до Кримінального кодексу 1956 р. після повної кодифікації в цій галузі права в Болгарії (також скасований), і чинний Кримінальний кодекс 1968 р.

За кримінальним законом термін давності становить період бездіяльності компетентних державних органів. Закінчення строку давності нівелює безпосередні правові наслідки злочинів або покарання, призначені за них судом.

У Болгарії кримінальне право регулює давність. Це є законодавчим визнанням матеріальної природи давності. Концепція про те, що кримінальна давність є процесуально-правовим інститутом, була подолана в болгарській теорії, праві і судовій практиці. Закінчення строку давності терміну також тягне за собою процесуальні наслідки, але вони впливають із його прямих матеріально-правових результатів як вторинні наслідки.

Ключові слова: Болгарський Кримінальний кодекс; кримінальна відповідальність; погашення; термін давності; покарання.

1. Introduction

The statute of limitations in penal law is a set of legal rules on limitation (lapse of time) periods – Articles 80-82 of the Bulgarian Penal Code [PC]. They provide terms for the extinction of the legal consequences of committed crimes. Once such a term expires, all or some of the consequences extinguish. Thus, the expiry of the

limitation period for the prosecution of the offender (actually, for the imposition of punishment on him/her) for the crime s/he has committed extinguishes all of its legal consequences – the criminal liability, the punishment and the conviction, whereas the expiry of the limitation period for the execution of the imposed punishment extinguishes only it. It is worth noting that no individual limitation period may be prolonged on a decision of the judicial or administrative authorities.

The Bulgarian penal legislation has always followed the example of the European countries belonging to the German law family. Bulgaria borrowed their national rules on the legal consequences of the expiry of the limitation periods, the moment when the periods commence running, their interruption and suspension, as well as the deriving procedural effects. Besides, in producing the national legal framework for the statutory limitations the Bulgarian penal legislation considered the popular legal theories relevant to this topic, such as the disappearance/staleness of evidence theory, the inevitable change of the offender's personality theory, the theory of the already forgotten crime.

The application of the penal law provisions on limitation periods has always been mandatory rather than optional. It is a matter of legality rather than any opportunity in Bulgarian criminal justice.

The expiry of the first type of the limitation period, the one which extinguishes the criminal liability, is a post-criminal circumstance that benefits the offender by solely exempting him/her from punishment. In general, the PC does not attribute to any of the post-criminal circumstances, incl. the expired limitation period, a retroactive legal effect, namely: to affect the already committed crime by depriving its criminality; the amnesty under Article 83 PC, in both modalities is the exception. Such circumstances bar only the imposition or the execution of the already imposed criminal punishment for the crime.

Many post-criminal circumstances exempt the offender from punishment by terminating his/her criminal liability before the conviction. However, despite their favourable effect on him/her, these circumstances do not result from any positive activity of the offender. Bulgarian law, at least, does not require him/her to perform any such activity for obtaining the expiry of the limitation period and eventually, benefiting himself/herself from the produced favourable effect: the termination of the criminal liability for the crime that s/he has committed. The limitation period's expiry is a legal event entirely. This is why the offender does not "release himself/herself from criminal liability" at all in the cases when the limitation period runs out.

It is noteworthy, though, that a positive activity of the offender is legally required for other post-criminal circumstances terminating his/her criminal liability, esp. for voluntary withdrawals. Such withdrawals are possible in cases of punishable preparation and attempt – Article 17 (3) and respectively, Article 18 (3) PC. Apart from them, voluntary withdrawals are provided for a limited number of accomplished criminal offences, such as non-provision of alimony under Article 183 (3) and autocracy under Article 323 (3) PC. This is a socially useful behaviour of the offender, contrary to his/her previous criminal activity. Penal law allows the

offender to relieve himself/herself from criminal liability when and because s/he successfully neutralizes (prevents or removes) the dangerous consequences of his/her criminal activity.

Offenders undertake voluntary withdrawals soon after they commit their criminal activity. In any case, the voluntary withdrawals are performed before the expiry of the limitation period. This is why withdrawals are the first ones to terminate the offender's criminal liability. After their completion, no such liability exists. Therefore, there is no room for the application of any statute of limitations, in particular. The provisions on limitation periods have become inapplicable.

Finally, under Bulgarian law, the statute of limitations has nothing to do with the will of the injured party, if any, either. This party has no legal authority to pardon the offender in any way. An exception exists but it is not related to the statute of limitations. The exception concerns punishments imposed for the petty offences which are prosecuted on a complaint by the injured party. If a punishment is imposed, this party may prevent its execution. Pursuant to Article 84 (3) PC, "*for such crimes the punishment shall not be enforced, provided the complainant has not so requested before the beginning of its enforcement*" [2 and 3].

2. The Legal Nature of the Limitation Periods under the Law of Bulgaria

2.1. The limitation period in criminal law designates a time frame when the competent state authorities have been inactive. This period expires because of their inactivity.

The legal framework for all such limitation periods in Bulgarian penal law is a substantive law phenomenon. It directly affects the substantive legal consequences of committed criminal offences. The consequences, however, are affected in different ways depending on the type of the limitation period.

Two types of limitation periods exist. The first one concerns the time after the commission of the offence. Often called 'limitation of the offence', it entails on expiry the extinction of the criminal liability for the offence. This result excludes the other consequences of the committed offence also. It excludes, in particular, not only the punishment as it shall not be imposed on the offender, but *a fortiori* his/her conviction as well.

The second type of limitation periods occurs after the imposition of an executable punishment. Called 'limitation of the punishment', it entails on expiry the extinction of the punishment imposed only. The expiry of this limitation period does not affect the fact that the offender has been convicted; it is the rehabilitation that erases the offender's conviction and thus, expunges his/her criminal record.

Given their substantive law nature, the limitation periods are regulated by the PC. Articles 80-81 PC constitute the legal framework for the periods for the extinction of the criminal liability of the offender whereas Article 82 of the same Code constitutes the legal framework for the limitation periods for the extinction of the criminal punishment imposed on the offender. It is noteworthy that the texts of these Articles begin with the words: "*Criminal prosecution shall be excluded by*

lapse of time where it has not been initiated in the course of ...” {Article 80 (1)} and respectively, “*The punishment imposed shall not be served where the following terms have elapsed...*” {Article 82 (1)}. Nevertheless, no such lapse of time (limitation period expiry) affects directly and solely legal procedures, namely: the criminal prosecution and the criminal proceedings against the offender, in general, or respectively, the legal proceedings for the execution of the punishment imposed on him/her.

2.2. **Firstly**, when it comes to criminal prosecutions and the criminal proceedings against the offender, in general, the only period, the expiry of which may bar them is the one under Article 84 (1) PC. This Paragraph reads: “*For crimes prosecuted on the grounds of a complaint by the injured party, criminal prosecution shall not be instituted, even where the lapse of time period has not expired, if no complaint has been lodged within six months as from the date on which the injured party has come to the knowledge of the committed crime*”. However, this six-monthly term is applied solely to the consequences of the limited number of petty crimes where the prosecution is not subject to any **ex officio** initiation. No such term exists for the vast majority of crimes where the prosecution shall be initiated **ex officio**. The only existing term is the first type of limitation period. But this is a term that extinguishes the criminal liability of the offender to eventually deprive the state authorities of the competence to punish him/her. As his/her criminal liability is implemented by the imposition of criminal punishment on him/her¹, it follows that the statute of limitations in the issue bars his/her conviction only. Hence, the limitation period, which on expiry extinguishes the criminal liability of the offender, is not any deadline for commencing the prosecution against him/her and does not become irrelevant after its initiation. Unlike the time period under Article 84 (1) PC which is for initiation of prosecution *per se*², the limitation period, the expiry of which extinguishes the criminal liability, may run also during the criminal proceedings against the offender and may even run out if s/he is not convicted. This is indisputable, nowadays³ [1 and 5].

Conversely, if the criminal proceedings for a petty crime, mentioned *supra*, have been instituted within the six months, the term under Article 84 (1) PC can never expire as it does not count afterwards. This term becomes irrelevant as soon as the

¹ In view thereof, the more precise text of Section 78 (1) of the German PC reads: “*The imposition of a penalty and the ordering of measures (section 11 (1) no. 8) are ruled out following expiry of the limitation period...*” Similarly, Article 153 (1) of the Romanian PC stipulates that “*limitation removes criminal liability*” (the state bodies are not authorized to impose punishment on the offender and s/he is not obliged to stand the imposition of the punishment).

² A similar provision exists in the Bulgarian administrative-penal law. According to Article 34 (1) (ii) of the Administrative Violations and Penalties Act, “*Administrative-penal proceedings shall not be instituted if a statement of establishment of the violation has failed to be drawn up within three (3) months following the detection of the offender, or if one (1) year has elapsed since the commission of such violation...*” Apart from this, a term for the imposition of the administrative punishment exists – Articles 34 (3) and 54 (1) (vi) of the same Act. This term is comparable to the limitation period extinguishing criminal liability.

³ Also Decision No. 28/1959 of the General Assembly of the Criminal Collegia of the Bulgarian Supreme Court of Cassation, Decision 328/1997 of the Third Detachment of the Criminal Collegia, etc.

institution of the criminal proceedings takes place. In contrast, the limitation period is expirable even if the criminal proceedings have been instituted; it may expire until the judgment with criminal punishment enters into force. Therefore, only the failure of punishing the offender within the limitation period causes the expiry of this period. Its expiry, in turn, excludes the possibility of imposing any punishment for the same crime in the future as the offender's criminal liability has extinguished.

This is why the limitation period produces a substantive law result. It is not any procedural term. This period does not set up a deadline for the institution of the criminal proceedings for the alleged crime, petty or not, and in particular, a deadline for the initiation of the prosecution against the offender. As explained, such a procedural term exists but it is only the one under the mentioned *supra* Article 84 (1) PC: for petty offences prosecutable on the initiative of injured parties.

Likewise, the second type of limitation period, the expiry of which extinguishes the criminal punishment imposed on the offender, is not a procedural term either. It does not bar solely the legal proceedings for the execution of the punishment. Actually, it is a preclusive term. The immediate result of its expiry is that this punishment ceases to exist. This result makes the limitation period in the issue different from the prescription in civil law (law of obligations). Prescription extinguishes only the action but not the substantive right of the creditor; hence, if s/he is paid per his/her right, this payment would be valid¹. But in the case when the limitation period runs out, no state body is authorized to proceed, in any way, with the execution of the punishment even if, in theory, the convicted offender so agrees. Therefore, the expiry of the second type of limitation period not only affects the powers of the competent state bodies towards the convicted offender. The expiry of this limitation period also relieves, in full and unconditionally, the convicted offender from the main consequence of his/her conviction, the punishment imposed on him/her, because this consequence is erased *ex lege*.

Finally, it is worth mentioning that no procedural term for the commencement of the criminal execution procedures exists in Bulgarian law – six months or any other. Therefore, when it comes to the execution of an imposed criminal punishment, there is no restricting period of time either, similar in any way to the one under Article 84 (1) PC that limits the time for the initiation of the prosecution against the offender.

Secondly, the understanding that the statute of limitations is a procedural institution has been overcome as it does not provide procedural consequences directly. However, such consequences also occur but they derive from the immediate substantive law result of the limitation period expiry: the extinguished criminal liability of the offender or the extinguished criminal punishment imposed on him/her, respectively. Because in the case of the first type of the statute of limitations the criminal liability of the offender has ceased to exist, Article 24 (1) (iii) of the

¹ Thus, according to Article 118 of the Bulgarian Law on obligations and contracts, „*Should a debtor perform his obligation after the expiration of the limitation, he shall not be entitled to claim back what he has paid, even though at the time of payment he might not have known that the limitation had expired*”.

Bulgarian Criminal Procedure Code [CPC] prescribes that „*No criminal proceedings shall be instituted or the instituted proceedings shall be discontinued, where ... the criminal liability has been extinguished by lapse of time.*” Therefore, because criminal liability does not exist any more, no criminal proceedings shall be carried out. At the same time, as the statute of limitations provides a non-exculpatory ground of defence, the suspect is allowed to defend his/her good name in official criminal proceedings. According to Paragraph 2 of the same Article 24, „*the criminal proceedings shall not be discontinued if the defendant lodges a motion for its continuation*”. Also, in case the offender’s criminal punishment has extinguished on the ground of a limitation period expiry, the competent prosecutor responsible for the execution of criminal punishments under Article 416 (2) CPC shall order the termination of the executive proceedings. Article 9, “e” of the Prosecutorial Guidelines for the supervision on the execution of punishments and other compulsory measures (orders of the Chief Prosecutor of Bulgaria No. No. 5306/24.11.2014, ПД-04-203/28.04.2016 and ПД-04-71/19.02.2018) obliges him/her to make sure that the limitation period has not run out.

Furthermore, no extradition shall be granted in case of a request for trial if the limitation period for the criminal liability of the fugitive offender has expired or in case of a request for execution of criminal punishment, if the limitation period extinguishing this punishment has run out under the law of any of the two countries: the requesting and Bulgaria as the requested one – Article 7.6 of the Bulgarian Law on extradition and the European arrest warrant. The expiry of the limitation period under the law of any of the two countries constitutes a mandatory ground for refusal of the requested extradition. However, if the surrender of the person has been requested by a European arrest warrant from another EU country, the expiry of the limitation period is only an optional ground for refusal if apart from this, the offence, in respect of which the fugitive is being sought, falls within the criminal jurisdiction of the Bulgarian authorities – Article 40.2 of the same Bulgarian Law.

The incoming request for recognition and enforcement of a foreign criminal judgment shall also be rejected if the limitation period for the imposed punishment has run out under Bulgarian law. This is always a mandatory ground for refusal – Article 464, item 1 CPC. The law of the requesting country is not mentioned. The legislative presumption was that no foreign country would request Bulgaria for the recognition and enforcement of its criminal judgment if the limitation period for the imposed punishment has expired under its law.

Lastly, the statute of limitations does not apply to all criminal offences. There are some exceptions. Bulgaria has been a Party to the 1968 Convention on Non-Applicability of Statutory Limitations for War Crimes and Crimes against Humanity since 21 May 1969 {“State Gazette” 31/1969}. For the purposes of its legislative implementation, Bulgarian law does not contain a statute of limitations for such crimes. Pursuant to Article 31 (7) of the Constitution and Article 79 (2) PC, no statute of limitations exists for the crimes against peace and humanity in Chapter Fourteen of the Special Part of the PC. For all other crimes, though, the statute

of limitations exists and the interpretation and application of its rules is often a challenge.

The extinction of the offender's criminal liability on the grounds of a limitation period expiry terminates *ex lege* his/her liability. The offender's liability ceases to exist. In contrast to his/her release from criminal liability, the extinction is not a result of any constitutive decision of a judicial body: a competent prosecutor (Article 61 PC) [4, 518] or competent court (Article 78a PC¹). The judicial bodies do not order any extinction of criminal liability; they only accept its extinction once they find the legal grounds for it. Also, again unlike the release from criminal liability, this extinction of criminal liability never involves any substitution of criminal punishment with an administrative fine or an educative measure. The extinction does not entail any unfavourable consequences at all.

Thirdly, the statute of limitations under the Bulgarian PC is a substantive legal institution but its application does not change any committed criminal offence or the punishment for it. They are not linked. This is why, in turn, the *nullum crimen nulla poena sine lege* [no crime, no punishment without a law] principle, referring to crimes and punishments only, is not relevant to the statute of limitations cannot affect its application, including the retroactive one.

In Bulgaria, there is no general legal prohibition of retroactivity of all new criminal provisions that are detrimental to actors. The relevant Bulgarian prohibitions concern only those detrimental provisions which pertain to crime, namely: provisions that criminalize conducts (acts or/and omissions)² and detrimental provisions which pertain to punishment, namely: legal provisions which prescribe harsher punishments³.

Retroactivity exists whenever a new legal provision is applied to a circumstance that has commenced taking shape or has already occurred in full. Hence, if a new legal provision, including a detrimental one, is applied to a limitation period that has already started running (before the provision entered into force), this constitutes a retroactive application of the provision. When it comes to the statute of limitations, any new provision is detrimental if it introduces a new ground of interruption or suspension of the limitation period or extends this period.

It has always been under discussion as to whether a retroactive application of provisions extending the limitation period is allowed. On the one hand, no constitutional or any other legal rule prohibits the retroactive extension of such

¹ "A person of full legal age shall be released from criminal liability by the court and the punishment imposed on him/her shall be a fine from 1,000 leva to 5,000 leva where the following conditions are concurrently met: a) for such a crime punishment by imprisonment for up to three years or another milder punishment is provided, if committed intentionally, or imprisonment for up to five years or another milder punishment, if committed negligently; b) the perpetrator has not been sentenced for an *ex officio* prosecutable crime and has not been previously released from criminal liability pursuant to this Section; and c) the damages to property, which have been caused by the crime, are restored."

² See Article 5 (3) of the Bulgarian Constitution.

³ See Article 15 (1) (ii) of the International Covenant on Civil and Political Rights in conjunction with Article 5 (4) of the Bulgarian Constitution.

periods: not only those which have already expired but also running periods. On the other hand, there is no legal basis allowing the retroactive extension of any of them, including those which are still running¹. Moreover, the Bulgarian penal law provides no legal basis for the retroactivity of any detrimental provision, at all. There is only a legal basis for retroactivity of favourable provisions. Under Article 2 (2) PC, *„If before the entry of the sentence into force different laws are issued, that law shall be applied which is most favourable for the actor.”* In case the sentence has already entered into force (has become final), retroactivity of new favourable laws is also possible but to this end, an explicit concluding provision is needed – see Article 14 (1) of the Bulgarian Law on Normative Acts and Article 35 (1) of the Decree No. 833 of the State Council for its implementation.

2.3. After some hesitation and debates the Constitutional Court of Bulgaria ruled in Decision No. 12 of 13 Oct. 2015 (“State Gazette” 83/2015) that, in the case it heard, the retroactivity of detrimental provisions on limitation periods is unconstitutional. The Court evaluated as unfair, violating the equality principle and undermining the legal certainty required in Articles 4 (1) and 6 of the Constitution the retroactivity of such new provisions if the limitation periods have already expired. Moreover, the Court found incompatible with the Bulgarian Constitution also other detrimental provisions, applicable to limitation periods that have not yet expired. Finally, the Court ruled that the provisions in the specific law, subject of its decision, that abolish the statute of limitations for some crimes beyond the crimes against peace and humanity are also unconstitutional.

The Constitutional Court evaluated the quality of the text of these other provisions that prolong running limitation periods and abolish such periods as too poor to guarantee that their interpretation and application would be in line with the rule of law principle. In view thereof, they were also ruled unconstitutional as not complying with Articles 4 (1) and 6 of the Constitution. It is noteworthy, though, that the Court did not reject the possibility of their retroactivity, in principle. On the contrary, this possibility was somewhat confirmed by the following considerations of the Court:

“Given the prohibition on the retroactive effect of the criminal law under Article 15 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights in conjunction with Article 5 (4) of the Constitution, the question is raised whether it is possible to make use of the retroactive effect of the law... Indeed, this rule of international law binds the Bulgarian state, but it is prohibited to introduce only such provisions with a reverse effect that relate to the crime or the content of the punishment, that is to say, criminalize a deed that was not criminal at the time of its commission, or prescribe heavier legal consequences. The legal institution of the statute of limitations is beyond the scope of this prohibition².”

¹ Like Article 8 (1) of the Ethiopian PC, for example: *„Upon the coming into force of this Code, periods of limitation applicable to the right to prosecute and to enforce a punishment in respect of crimes committed under repealed legislation shall be governed by this Code. However, the time which elapsed prior to the coming into force of this Code shall be taken into account.”*

² The text is in Bulgarian only, available at <http://constcourt.bg/bg/Acts/GetHtmlContent/00e96c73-7cd2-4a91-97e9-0fce170289e9> (translation into English by the author).

Obviously, no impediment has been found to the retroactivity of unfavourable penal provisions which do not affect criminality or punishment but concern solely issues beyond them, especially posterior rules on limitation periods for extending or abolishing them. There is no uncontentious justification for prohibiting the retroactivity of such unfavourable rules. The prohibitions under Article 15 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights guarantee the principles of *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege preavia* but they are not supportable by any potential prohibition of the retroactivity of other unfavourable rules, not affecting criminality or punishment. No such prohibition would guarantee any of these two principles or another recognized legal principle at all.

Sometimes, it is argued that the broader interpretation of Article 7.1 of the European Convention on Human Rights, substantiates the conclusion that no provision, detrimental to the offender, shall be applied retroactively {See ECHR, *Kononov v. Latvia*, NO. 36376/04, Grand Chamber judgment of 17 May 2010, § 185; ECHR, *Del Rho Prada V. Spain*, NO. 42750/09, Grand Chamber judgment of 21 October 2013, § 78}¹. However, there is no serious justification of any such broader interpretation of Article 7.1 of the Convention which, like Bulgarian national law, envisages and prohibits only criminalizing provisions and provisions prescribing heavier punishments. Actually, the proposed interpretation equals this Article 7.1 to provisions that prohibit the retroactivity of all detrimental penal provisions, unexceptionally. Such a provision is Article 10 (1) (ii) of the Russian PC: *“Penal law that establishes the criminality of a deed and increases punishment or in any other way worsens the position of a person shall have no retroactive force.”* But even if this rule is the best legislative solution, it is inapplicable beyond the issuing country.

In the end, one cannot easily find any solid arguments against the retroactivity of detrimental provisions that have come into force after the imposition of the punishment to eventually, extend the limitation period for its execution, especially if it has not yet expired. Despite their detrimental nature, they affect neither the committed crime nor the punishment itself.

3. Limitation Period for Imposition of the Punishment

3.1. This limitation period entails on expiry the extinction of all possible substantive penal law consequences of the committed crime. First of all, this period outlines the time when the criminal liability of the offender shall be implemented by imposing on him/her the punishment prescribed by law. Also, it is such a period of time, within which the competent judicial bodies have failed to impose punishment on the offender. On the expiry of this period of their inaction, the criminal liability of the offender extinguishes and s/he shall never be punished for his/her crime. Thus, the statute of limitations sets a deadline for imposing punishment and the limitation period designates not only a time for the prosecution against the offender but also a

¹ The opinion of the Bulgarian Helsinki Committee submitted to the Constitutional Court; this opinion is available online in the Bulgarian language at the same link.

time for achieving his/her conviction. Otherwise, if this time period runs out without convicting the offender, s/he shall not be punishable for the crime.

Finally, it must not be left unmentioned that this offender's non-punishability is not any reward to him/her for good behaviour as in the cases of voluntary withdrawals, for example. Under Bulgarian law his/her behaviour is irrelevant. Even if s/he impedes the carriage of justice, this does not prevent the expiry of the limitation period.

3.2. This first type of limitation period is for extinguishing the criminal liability of the offender for a given criminal activity. Understandably, it commences running as soon as the offender's liability comes into existence. This occurs at the moment when the specific criminal activity concludes. No special rules exist for crimes against children. Under-aged persons are not in any privileged position at all, even until the time they reach full age. Hence, it is not necessary to wait until the under-aged victim reaches full age to prosecute, try and punish the offender. The limitation period starts running in accordance with the general rules even for crimes against children.

The PC contains no general definition of the time of the commission of the crime or the time of its conclusion, in particular. This is why the time of the conclusion of the criminal offence has been specifically defined in Article 80 (3) PC to designate starting point of the limitation period, the expiry of which extinguishes the criminal liability. This Paragraph reads that the limitation period "*shall commence as from the completion of the crime, in the case of attempt and preparation – as from the day of completion of the last act, and for continuing crimes as well as for continuous crimes – as from the moment of their termination*".

Thus, the limitation period commences running when the entire legal description of the given crime has been filed out. This is why it is important to know what the legal description of the committed crime includes exactly and, most particularly, whether it contains a legal indication of the necessary detrimental consequences. Such an indication is defined as a 'criminal result'.

3.3. All crimes produce some detrimental consequences: by creating a danger to an interest of another person, at least, or more often, by harming such an interest (see Article 10 PC). Otherwise, the perpetrated activities would not be socially dangerous and shall not be considered crimes at all – Article 9 PC.

However, not all crimes have a legal description containing an indication of the detrimental consequences. There are crimes, called 'formal' or of 'simple perpetration', that produce detrimental consequences which are not mentioned, explicitly or tacitly, in their legal descriptions. It is a legislative decision to avoid their inclusion. Two are the typical reasons for not mentioning them in the legal description of the crime, namely: that their inclusion is not necessary as such consequences inevitably follow from the proscribed conduct in the given circumstances¹ and/or that their

¹ See Article 95 PC: „A person who, for the purposes of overthrowing, undermining or weakening the state power in the Republic, takes part in the perpetration of an attempt of coup for forceful seizure of power in the centre or locally, or in rebellion or armed uprising, shall be punished by...”

inclusion is not possible because of their significant variety and impossibility of their proper outlining¹. This is why, when it comes to such crimes, it is the completion of the criminal conduct that determines the beginning of the limitation period, the expiry of which extinguishes the criminal liability of the offender. The detrimental consequences produced, regardless of their nature and significance, are irrelevant because they are not mentioned in the legal description of the crime.

3.4. Most of the crimes, however, have a legal description containing an indication of the detrimental consequences also. Such crimes are called 'material' or 'result' crimes. If their detrimental consequences occur to complete the crime description in full, this moment determines the beginning of the limitation period. Criminal conduct does not count. The time between the end of the criminal conduct and the occurrence of the consequences is not relevant either. On the other hand, if the negative effect of these consequences lasts longer, e.g. a broken leg, it is not necessary to wait for their expiry, e.g. the leg recovers in full. Solely their occurrence is sufficient to trigger the limitation period.

It must be borne in mind that the criminal result might be complicated. It may include more than one kind of detrimental consequences. This is a peculiarity of the so-called result crimes. They cause some additional result, e. g. arson causing also the death of a person – Article 330 (3) PC. The legal description of arson under Paragraph 3 contains a main criminal result – the burning of the property, and also an additional one - the death of another person. If the two results occur at different times, the limitation period commences running after the occurrence of the second one. Otherwise, the statute of limitations would be only for the reduced crime with the first criminal result.

Further on, if the crime is not accomplished, the limitation period for criminal liability shall start running on the day of the last act – the quoted *supra* Article 80 (3) PC. This is understandable when it comes to the attempt because, according to its definition in Article 18 (1) PC, it does not produce any desired consequences and solely the last act indicates its completion. However, this is not valid for the punishable preparation as its definition always requires consequences. Under Article 17 (1) PC², the preparation is completed and becomes punishable only if some condition for the perpetration of the intended crime has been successfully created, e.g. an accomplice has been found (agreed to participate, not just received a proposal); a device for the commission of the planned offence has been obtained (not just sought). In view thereof, the former kind of preparation, the intellectual one may become punishable not on the day when the actor invites another person to join him in the commission of the future offence but later only, on the day when this other person gives a positive response. Respectively, the latter kind of preparation, the physical one may become punishable not on the day when the actor orders the

¹ See Article 135 (5) PC: „A person suffering from venereal disease, who refuses to be treated or evades regular obligatory treatment, shall be punished by...”

² “Preparation shall be the getting ready of the means, the finding of accomplices and the creating of conditions in general for the perpetration of intended crime, before the commencement of its perpetration.”

device, e.g. a knife to commit a murder, but only later, on the day when he receives it if he does not provide any assistance; for example, because the provider has access to the place where the knife should be left.

The problem is that, under the general rule in Article 80 (3) PC, the limitation period commences on the day of the occurrence of the consequences, if required for the completion, as in the particular case of preparation also, rather than the day of the last act. Should the decision relating to preparation comply with the general rule to be consistent with the solutions for all other cases, the limitation period in case of preparation must also commence on the day when the condition for the intended crime occurs. Otherwise, the period would run before the completion of the preparation.

Because the penal law relevance of the accessory participants (inciters and assistants) depends on the perpetration of the crime by the main participant, their liabilities start to exist and are, therefore, subject to extinguishing when the crime is perpetrated. This is why the limitation periods for the accessory participants shall commence running once the perpetration of the crime is over, namely: when the crime is completed by the perpetrator or, in cases of attempt, when its last act is committed by the perpetrator¹. Therefore, the limitation periods for all participants shall commence running, simultaneously.

3.5. The principle that the limitation period starts running once the crime is accomplished apply to complicated criminal activities as well. Two of them are mentioned in Article 80 (3) PC. They are the continued crime and the continuing (permanent/uninterrupted) crime. The limitation period commences when their last act is committed. Certainly, if the act causes negative consequences legally required for its completion, their occurrence determines the start of the limitation period.

A. The continued crime [Lat.: *delictum continuatum*] is defined in Article 26 (1) PC as a series of two or more similar acts, which, taken separately, are also criminal, such as theft, embezzlement, fraud. The acts are committed within short periods of time (up to a year), in similar conditions, and with the same form of a guilty mind (either intent or negligence only). In this complicated criminal activity, the subsequent acts appear as a continuation of the preceding ones. Although the whole activity may last for years, it is punished as though were committed by a single act/omission. It is a single crime with only one limitation period for the criminal liability of the offender.

However, this complicated crime might be broken into pieces. Article 26 (6) PC excludes the continued crime when the constituting acts are committed against the personality of different victims². Besides, Paragraph 6 removes from the continued crime all offences committed after the submission of the indictment in court, and the offences committed before the submission of the indictment, which have not, however, been therein included. In such cases, the excluded acts are regarded as

¹ See also Section 34 (2) (ii) of the Czech Criminal Code.

² All these criminal offences against the person are proscribed in Chapter II of the Special Part of the PC. The continued offence is not broken up only if the acts are against the same victim.

separate offences with their own punishments and limitation periods for each of them.

B. The continuing (permanent) crime also lasts longer, usually. It uninterruptedly fulfils its legal description for a certain period of time. Such crimes are the illegal possession of firearms or narcotics and the hiding of stolen items, for example. The continuing crime may include a multiplicity of combined acts and omissions, e.g. aircraft hijacking – Article 341b PC, but it may be a simple omission only, e.g. non-prevention of a subordinate's crime – Article 285 PC. There is no definition of this complicated crime in Bulgarian law. No legal exceptions exist to it either. As a result, there is no exception, in particular, to the general rule that the limitation period always commences running once the crime is accomplished, namely: on the day of the last action.

3.6. There are also some other complicated criminal activities that cannot be found in the text of Article 80 (3) PC. These are compound crime, double-act crime and crime of systematic perpetration. Although these three complicated criminal activities are not mentioned as a starting point of the limitation period, they cannot be excluded from the principle that this period starts running once the crime is accomplished.

A. The compound (or composite) crime consists of the two underlying criminal acts, usually. They are of different nature but connected functionally: one of them is enabling, whereas the other is an enabled act. The robbery under Article 198 (1) PC is a typical example of a compound crime. Its first, enabling act is a compulsion which, taken separately, is a crime on its own (under Article 143 PC). The other act of robbery, the enabled one, is theft which is also a crime on its own (under Article 194-196a PC). If the included criminal acts are perpetrated on different days, the limitation period commences running once the crime is accomplished in full, namely: on the day of the completion of the second act.

B. The double-acted (two-acted) crime is of similar construction as the compound crime. However, both acts, that it consists of, are never criminal simultaneously. Either only one of them is a crime on its own and the other is not (e.g. rape, where the enabling compulsion is on its own whereas the enabled one, the sexual intercourse is not – Article 152 PC), or none of them is any crime on its own, e.g. putting in danger a helpless person and failing to not come to his/her rescue – Article 137 PC¹. The former double-acted crime is called non-typical, while the latter is named a typical double-acted crime. If the included criminal acts are perpetrated on different days, the limitation period commences running on the day of the second act.

C. Regarding the crime of systematic perpetration, it also consists of similar acts but they must be three, at least. More importantly, unlike the continued crime, the crime of systematic perpetration is not possible with all criminal offences. Only

¹ „Who exposes a person, deprived of the possibility to defend himself because of minority, advanced old age, sickness or in general because of his helplessness, in such a way that his life may be endangered, and being aware of this does not render assistance thereto, shall be punished by...”

several criminal offences might be perpetrated as such a complicated crime. There are two different kinds of this complicated criminal activity. The first one comprises the cases where the separate acts are not criminal on their own. These are the so-called typical crimes of systematic perpetration, e.g. three or more non-licensed financial transactions – Article 253 PC. The other kind of this complicated criminal activity comprises the cases where the separate acts are criminal on their own also; these are the so-called untypical crimes of systematic perpetration, e.g. the taking away a motor vehicle to solely make use of it. Each of the constituting acts is criminalized separately by Article 346 (1) PC, whereas their systematic perpetration carries a heavier punishment under Paragraph 2 (ii) of the same Article for the entire criminal activity. In all cases of such activity {typical or untypical}, the limitation period commences running once the criminal activity is accomplished, namely: on the day of the last act.

What must be remembered is that the consecutive acts of this complicated criminal activity are similar. This is why they may constitute in their totality a continuous offence – Article 26 PC. In such situations, the provisions on the crime of systematic perpetration are not applicable. This complicated activity is qualified only as a continuous offence with all three aforementioned exceptions to its existence under Article 26 (6) PC.

3.7. Bulgarian penal law does not stipulate any common limitation period, the expiry of which extinguishes the criminal liability of the offender, like the five-year “*lustrum*” (Lat. Purification) in Roman times. The limitation periods are differentiated by law. The differentiation is based on the maximum punishments provided by the PC for the different crimes. The periods are set out in Article 80: (a) twenty years in respect of acts punishable by life imprisonment without substitution or life imprisonment, and 35 years in respect of the murder of two or more persons; (b) fifteen years with respect to acts punishable by imprisonment for more than ten years; (c) ten years with respect to acts punishable by imprisonment for more than three years; (d) five years in respect of acts punishable by imprisonment for more than one year, and (e) three years in respect of all remaining cases. The periods for crimes committed by underage persons shall be determined after taking into consideration the reduced punishments for them by the virtue of Article 63 PC.

In cases of positive post-criminal behaviour which entails the reduction of the punishments provided for in the PC¹, the length of the limitation period shall be calculated based on its reduction. Besides, according to Item 2 the Interpretative Decision No. 26/1960 of the General Assembly of the Criminal Collegia of the Bulgarian Supreme Court, this period shall commence running on the day when

¹ E.g. according to Article 197 PC, “*If prior to the conclusion of the judicial inquiry in the first instance court the stolen item is returned or replaced, the punishment shall be: 1. in the cases of Article 194 (1) – imprisonment for up to five years; 2. in the cases of Article 194 (3), and Article 195 (4) – probation or a fine from one hundred to three hundred leva 3. in the cases of Article 195 (1) (2-6) – imprisonment of up to eight years; 4. in the cases of Article 195 (2) in conjunction with Article 194 and Article 195 (1) (2-6) – imprisonment of up to eight years; 5. in the cases of Article 196a – imprisonment from eight to twenty years*”.

the behaviour was accomplished if this would be more favourable to the offender [4, 519].

3.8. The limitation period is not just a period of running time. Essentially, it is a period of inaction by the competent judiciary bodies that shall prosecute and try the offender. *Per argumentum a contrario*, if these bodies undertake the necessary actions, no limitation period shall exist. Their actions would exclude it; they would interrupt this period.

Pursuant to Article 81 (2) PC, the limitation period is interrupted by every act of prosecution undertaken against the offender by the competent judicial bodies. The interruption affects only the person against whom the prosecution act is being directed. The interruption means that all the time that has expired so far loses legal significance; it shall not be counted any more for the extinction of the offender's criminal liability. Besides, during the time, when the act of prosecution is being performed, no limitation period may run. Only after the completion of this act, which interrupts the limitation period, a new period shall commence running, as though the crime were committed on the last day of the prosecution act.

Such acts not only target a specific offender but aim at punishing him/her, e.g. the constitution of the suspected offender as an accused person, service of summons on him/her in this capacity, his/her official interrogation, confrontation with other accused or/and witnesses, presentation of the investigation materials to him/her, submission of indictment against the accused to court, etc [6]¹. There is no indicative list of these grounds, let alone an exhaustive one in Bulgarian law. This is why it is, sometimes, a matter of interpretation to decide whether some act constitutes prosecution of the offender and therefore, shall interrupt the limitation period.

The interruption must be distinguished from the other impediment to the limitation period, namely: the suspension of this period. Whereas its interruption invalidates the time which has run so far, the suspension preserves it: therefore, this suspension “freezes” the limitation period that has run so far. Thus, the time of suspension shall not be counted into the period of limitation² but once the suspension ground is over, this period shall continue to run.

Under Article 81 (1) PC, the suspension of the limitation period for criminal liability takes place whenever the initiation or the continuation of the prosecution depends upon the solution of some preliminary issue with some judicial decision that cannot be produced in criminal proceedings, e.g. some civil law dispute. For instance, if the person suspected of theft claims to be the owner of the allegedly stolen item and therefore, s/he cannot steal it. Such a legal dispute is solvable outside the criminal proceedings, by a civil court only. Until proven by a court decision that the suspect is not the owner, the limitation period stays “frozen” and may restart only after the delivery of the court decision. Suspension should also take place even when the crime and the offender's responsibility have been

¹ See Decision No. 28/1959 of the General Assembly of the Criminal Collegia of the Bulgarian Supreme Court of Cassation.

² E.g. Section 34 (1) of the Czech Criminal Code.

proven if the implementation of his/her criminal liability is not feasible until some circumstance occurs, esp. one producible by a court. For instance, the liability for the accomplished compulsory marriage under Article 177 (1) PC is entirely blocked until the marriage is proclaimed null and void by the court on the grounds of the compulsion exercised. In such cases, the limitation period should start running only after the court decision.

It is noteworthy that necessary administrative decisions, e.g. permission for the prosecution of an offender with a specific status, though also producible beyond criminal proceedings, do not suspend the limitation period. Such non-judicial decisions triggered its suspension under Article 73 of the first Bulgarian Penal Law (1896) but this rule was not reproduced later in the following Penal Codes (1951-6 and 1968).

The *rationale* behind any such suspension of the limitation period is the legal impossibility of proceeding with the criminal case if a necessary court decision is missing. Its absence constitutes a judicial obstacle (Fr.: *obstacle de droit*) creating a judicial impossibility to prosecute the offender (Fr.: *impossibilite de droit*). Bulgarian law has never recognized the factual impossibility to prosecute the offender (Fr.: *impossibilite de fait*) as any suspending factor, e.g. because of war, earthquake or nuclear disaster, and has never upgraded any such difficulty to a ground of suspension. Hence, no factual difficulties have been turned into grounds of suspension to make any of them a factual obstacle (Fr.: *obstacle de fait*) to the limitation period.

Finally, as pointed out *supra*, the prosecution act against the offender, interrupting the limitation period under Article 81 (2) CC, constitutes also a ground for suspension. The period cannot run when the prosecution act is underway. This act not only invalidates all the time which had run out so far from the end of the criminal activity but also prohibits the next limitation period from running. As far as the entire prosecution is a legal activity based on decisions, each of its acts might be qualified as a judicial obstacle similar to the decisions under Article 81 (1) PC.

3.9. The Bulgarian criminal law provides for the so-called absolute limitation period for imposition of punishments. According to Article 81 (3) PC, notwithstanding interruptions or/and suspensions, the offender's criminal liability extinguishes when a time, which exceeds by one half the period, provided by the quoted Article 80 PC for the general limitation period, expires if no punishment has been imposed. Thus, the absolute limitation period is not simply a time of inaction by the competent judicial bodies. It is a time when they have failed to achieve the required result, namely: the conviction of the offender. Otherwise, if even his/her conviction is not the missing negative element, the period of time under Article 81 (3) PC would not constitute any limitation period at all. What actually makes this period of time a limitation one is the non-conviction of the offender. The lack of such a conviction allows the absolute limitation period to expire.

Per argumentum a contrario, if the offender is convicted, even the absolute limitation period under Article 81 (3) PC cannot run out. It follows that this

limitation period is inevitably interruptible by the conviction of the offender: a condemning criminal judgment imposing a punishment on him/her. Once this conviction occurs, no statute of limitations is relevant, including the absolute one. Yet, if exceptionally, the judgment is overturned by some of the extraordinary remedies for its review, then, obviously, a new limitation period of both general and absolute period shall restart as nothing impedes its running¹.

The issue of impeding the absolute limitation period is not regulated in the Bulgarian PC. However, it is important that the PC expressly recognizes the judgment in force as a ground of suspension of the absolute limitation period. Besides, it must be decided in the PC whether the executed part of the already imposed punishment, if any, should be deducted from the maximum punishment by law to reduce the new period, accordingly, given the possible maximum of the new punishment².

4. Limitation Period for Execution of the Punishment

4.1. This limitation period entails on expiry the extinction of only one of the possible substantive penal law consequences of the committed crime: the imposed punishment, its second consequence. On the one hand, the limitation period in the issue expires when the first consequence of the crime, the criminal liability has already been implemented through the condemning judgment on the offender whereby s/he was punished. On the other hand, this limitation period does not affect the third consequence of the crime, the offender's conviction. This consequence is erasable by the rehabilitation of the offender (Articles 85-88a PC) or some amnesty of his/her committed crime (Article 83 PC).

This second type of limitation period is a time when the punishment imposed on the offender shall be executed. But it is also such a period of time when the competent state bodies have failed to execute the punishment. On the expiry of this period of their inaction, the punishment imposed on the offender extinguishes³ and s/he shall never serve it. Therefore, this limitation period provides the deadline to the competent state bodies for the execution of the punishment. It is a time not only for the institution on paper of the legal proceedings for the execution of the imposed punishment but it is also a time for achieving this execution. Otherwise, if this time period runs out and the sentenced offender has not started serving his/her punishment, s/he shall be unconditionally and irreversibly free from it. As

¹ Article 66 (5) [Amended on 29 June 2005 – By Article 8 of the Law no. 5377] of the Turkish Penal Code, dealing with this issue, reads as follows: “*In the case of a retrial for the same act, the limitation period for that particular act starts again from the date the court accepts the application for the retrial*”. See also Articles 311-323 of the Criminal Procedure Code of Turkey on this extraordinary legal remedy.

² E.g. 4 years imprisonment were imposed for a crime carrying by law up to five years of this punishment with a limitation period for criminal liability of ten years – Article 80 (1) (iii) PC. Before overturning the judgment the offender served 3 years; after their deduction, 2 years of maximum imprisonment are left, they reduce the limitation period to five years – Article 80 (1) (iv) PC.

³ In Poland, the ‘expunction’ of the punishment occurs as “*the sentence is considered non-existent*” anymore – Article 106 of the Polish PC.

in the case of the first type of limitation period, the behaviour of the convict is irrelevant under Bulgarian law. The favourable result is not any reward to him/her for good behaviour, contrary to the situation with the rehabilitation by law where its favourable result of erasing the conviction may occur only if the sentenced offender does not commit crimes during the rehabilitation period – see Article 86 PC.

The result of the expiry of this limitation period not only prevents the punishment from being executed. The non-executability of the punishment imposed on the convict opens the way to his/her rehabilitation by law as well. In view thereof, the General Assembly of the Criminal Collegia of the Bulgarian Supreme Court of Cassation ruled that rehabilitation by law may also take place if the punishment imposed has extinguished because of the expiry of the limitation period – Item 1 of the Interpretative Decision No. 2/2018 of the General Assembly¹.

It is worth noting that rehabilitation by law after the expiry of the limitation period has not been expressly provided for in Bulgarian law. According to Article 86 (1) (i) PC, if the punishment has not been served, rehabilitation by law may occur after the expiry of a probation period (Articles 66 and 69 PC) if the convict has not committed new crimes. However, this is not the only such situation where the punishment becomes inexecutable without being served by the convict. Obviously, as in the case discussed, if the punishment has been extinguished by an expired limitation period, this punishment is also inexecutable without being served.

The conclusion that rehabilitation by law may take place also in cases of expired limitation periods, comes from the application by statutory analogy [*analogia legis*] of the aforementioned Article 86 (1) (i) PC. All conditions for such an analogy are met. First, there is a gap (*lacuna*) in law because the relations between the limitation period extinguishing the punishment and the rehabilitation by law should be legally regulated in some way but they are not. Second, there is a provision applicable to a similar situation: this is Article 86 (1) (i) PC which also envisages a case of punishment that has become inexecutable without being served by the convict. Third, the application of Article 86 (1) (i) PC by analogy brings a favourable result to the person concerned. This is the convict who would benefit from having the opportunity to be rehabilitated once Article 86 (1) (i) PC applies.

Undoubtedly, the text of Article 86 (1) (i) PC needs some further improvement. It should codify all situations of non-executability of the punishment imposed on the convict to prescribe that they all open the way to his/her rehabilitation. If these grounds for the start of the rehabilitation period are codified in a general text, no one of them would be missed.

4.2. Once this second type of limitation period expires the punishment imposed on the offender would extinguish as a result of the competent state bodies' inaction. This necessarily means that the limitation period makes sense if and when the state bodies shall act to achieve the execution of the punishment. It follows that the limitation period in the issue cannot start running before the state bodies get obliged

¹ The text is in the Bulgarian language only, available at <http://www.vks.bg/talkuvatelni-dela-osnk/vks-osnk-tdelo-2017-2-reshenie.pdf> (translation by the author).

to proceed with the execution of the punishment. According to Article 82 (2) PC, *“the limitation period extinguishing the punishment shall commence as from the day the sentence has entered into force, and with regard to punishment with a suspended sentence, according to Article 66 - as from the entry into force of the sentence or the court ruling under Article 68”*.

Therefore, if the sentence is not suspended, the limitation period starts running on the day when the judgment becomes effective – Article 412 (2) CPC. As soon as the judgment becomes effective, the punishment imposed is executable and the competent state bodies shall take steps for its execution.

However, if the sentence has been suspended as per Article 66 PC, then the judgment, though effective, does not produce an executable punishment. The punishment imposed on the convicted offender may become executable only after the conditions under Article 68 PC are met and eventually, the competent court activates it. Once the punishment is executable based on the court decision, the competent state bodies shall take steps to secure its execution. Only then the limitation period would be running. In view thereof, in the situation of suspended sentences, the period shall start on the day when the postponed punishment is activated by the competent court.

If an early release has been granted to a prisoner, the starting day would, likewise, be the one when the unserved part of his/her punishment is executable. This remaining part of the partially served punishment may become executable only after the conditions under Article 70 (7) PC are met and the court activates it. After the court decision, the competent state bodies shall take steps to secure its execution. Then the limitation period would be running. In view thereof, in the situation of early release, the limitation period shall start on the day when the remaining part of the punishment is activated by the competent court.

The executability of some punishments might be a problem in cases of cumulative sentences, containing two or more punishments of different nature – Article 57 (2) PC, if the execution of one of them shall be carried out first and prevent the simultaneous service of the other(s). Such other punishment(s) are neither servable before the “priority” punishment nor can be executed during its execution. Most often, the imprisonment punishment in a cumulative sentence is executable first to eventually exclude the simultaneous service of probation, also a criminal punishment under Bulgarian law – Articles 42a and 42b PC. This is why, until the execution of the former punishment is over, the latter one is inexecutable. Taking this into consideration the non-executability of the probation punishment at the time when the “priority” imprisonment punishment shall be served or is being served by the convict, the General Assembly of the Criminal Collegia of the Bulgarian Supreme Court of Cassation ruled that in such situations no limitation period shall run for the probation punishment - Item 1 of the Interpretative Decision No. 3/2017 of the General Assembly¹. The running of this period is suspended.

¹ The text is in Bulgarian language only, available at <http://www.vks.bg/talkuvatelni-dela-osnk/vks-osnk-tdelo-2017-3-reshenie.pdf> (translation by the author).

4.3. As in the case with the limitation periods, the expiry of which extinguishes the criminal liability, there is no general time limit for this second type of limitation periods either. However, the periods are also differentiated but based on the individual punishments imposed rather than the punishments prescribed by the PC. The specific limitation periods are set out in Article 82 PC: (a) twenty years if the punishment was life imprisonment without substitution or life imprisonment; (b) fifteen years if the punishment was imprisonment for more than ten years; (c) ten years if the punishment was imprisonment from three to ten years; (d) five years if the punishment was imprisonment for less than three years, and (e) two years for all remaining cases.

4.4. Under Article 82 (3) PC, the limitation period, on the expiry of which the punishment extinguishes, shall be interrupted if the competent state bodies take action for the execution of the punishment. Acts for its execution are sending the judgment by the court to the prosecutor for execution, issuing an order by the prosecutor to the prison or another competent authority to begin the execution, summoning of the convicted person to appear, etc. After the conclusion of any such act whereby the limitation period has been interrupted, a new period shall commence running, as though the punishment were executable on the day when the act was performed.

No ground of the suspension of the limitation period for the execution of the punishment exists in Bulgarian law. Hence, even if a judicial or another decision concerning the status of the convict is indispensable for the execution of the punishment imposed on him/her, the necessity of such a decision may not produce the legal effect of suspension. As explained with regard to the probation punishment, the suspension of this limitation period is also possible. The possibility of its suspension has been recognized also in the text of Article 82 (4) PC, *infra*. However, this is not achievable without a legal provision. In particular, the application by statutory analogy [*analogia legis*] of Article 81 (1) PC, which prescribes the suspension of the limitation period for criminal liability, is not feasible. No such analogy shall be resorted to in this case because the application Article 81 (1) PC would be detrimental to the convict: it would prolong the time of the extinction of his/her punishment. It is well-known that no analogy is allowed if the result would not be favourable to the persons concerned. Apart from this, such an analogy would violate Article 46 (2) (1) of the Bulgaria Law on the Normative Acts as it would be contrary to the rules of social ethics, at least.

Grounds of suspension of the limitation period for execution of the punishment should necessarily be provided for in the PC. In any case, they should be essentially similar to those under 81 (1) PC outlining the suspension of the limitation period for the imposition of the punishment (the criminal liability). These grounds for the suspension of the limitation period for execution of the punishment should also be based only on legal impossibility. No factual impossibility should be upgraded to a ground of suspension¹.

¹ The Serbian PC, for example, contains such a rule. This is Article 107 (3): “*Limitation shall not run during the period when enforcement of penalty may not be undertaken by law.*”

4.5. There is an absolute limitation period for the execution of imposed punishments as well. According to Article 82 (4) PC, irrespective of any interruptions or/and suspensions, the imposed punishment gets extinct and, therefore, shall never be executed if a time which exceeds by one half the period, provided by the quoted Article 82 PC for the general limitation period, expired and no execution of the punishment took place.

As in the situation with the absolute limitation period for criminal liability, the legal framework for this type of absolute limitation period is underdeveloped. It consists of two paragraphs only: Paragraph 4 and 5 of Article 82 PC. They give no answers to important questions. Thus, since this is also some limitation period, what might be the state bodies' activity/results which if not undertaken/achieved would allow the running of this period and even its expiry? Obviously, the actual execution of the punishment, at least, shall interrupt this limitation period; preceding acts of the court, the prosecutor, the prison or other competent administration, however, shall not.

Besides, if part of the punishment has been executed or pardoned and the convict is not serving it at the moment, what shall be the length of the limitation period for the remaining part of the punishment: shall it be calculated on the basis of the imposed punishment or only the unserved remaining part shall be taken into consideration? If the remaining part is incomparably smaller than the imposed punishment, the preservation of the initial limitation period can be hardly justified.

The issues of interruption and suspension of this absolute limitation period should not be overlooked either. If the execution of the punishment is underway, it makes sense to accept that no limitation period may run. It is interrupted and may commence running only if the execution stops before the entire punishment has been served. In the meantime, while the execution is ongoing, this activity of the competent state bodies should exclude the running of any limitation period. Obviously, no period shall run during the execution of the punishment, let alone expire in full. The execution should suspend it whenever an executable part of the punishment remains unserved. Therefore, the execution in the issue not only invalidates all the time which has run out from its start but also prohibits any new limitation period from running.

A legislative attempt to regulate - in part, at least, - the interruption and suspension of the absolute limitation period was made. In 1982, a new Paragraph 5 was inserted in Article 82 PC. It was designed to exclude the absolute limitation period under the preceding Paragraph 4 of the Article. The new Paragraph 5 reads: *"The provision of the preceding Paragraph shall not apply to a fine, where enforcement proceedings have been started for its collection."* This means that the institution of legal proceedings for the execution of this punishment (Article 47 PC) is sufficient for the interruption of the absolute limitation period and its suspension as well. Hence, it is not necessary that any actual collection of the imposed fine has begun.

The institution of enforcement proceedings for the collection of the fine, however, is an act of the competent state body for the execution of the punishment.

As any other such act, it interrupts and suspends the general limitation period. In addition, in the particular case with fines, the act in the issue entails under the new Paragraph 5 also the interruption and suspension of the absolute limitation period. The problem is that such acts concern legal proceedings and modify only general limitation periods when it comes to other punishments. To avoid discrepancies with their absolute limitation periods, it would be recommendable to turn into a ground for interruption and suspension only the actual collection of the imposed fine.

Besides, it seems that the interruption and suspensions of the absolute limitation period for the imposed fine last forever, even when the enforcement proceedings are discontinued. However, if the proceedings are discontinued and some amount of the imposed fine is still subject to collection, it hardly makes any sense to have no absolute limitation period for the uncollected fine. If no such proceedings are in existence, nothing should impede the running of this period. By the way, this view was accepted by the Bulgarian Supreme Court of Cassation [*supra*, Interpretative Decision No. 2/2018 of the General Assembly of the Criminal Collegia – Item 4 (ii); see footnote 23] but must be legislatively implemented in the PC as a clear legal provision.

At the same time, the absolute limitation period shall be legally regulated for all criminal punishments rather than only for the fine under Article 47 PC. This issue needs proper codification.

5. Conclusions

A strange inversion exists in Bulgarian law. The CPC [Article 24 (1) (iii), in particular] expresses and confirms the concept that the expiry of the limitation period produces a substantive law effect, namely: the termination of the criminal liability of the offender. This provision bars criminal proceedings if “*the criminal liability has been extinguished by the expiry of the limitation period*”. At the same time, the Bulgarian PC resorts to the traditional (actually, outdated) terminology indicating only procedural effects. Article 80 (1) of this Code read that if the above-mentioned limitation period expires, “*criminal prosecution shall be excluded...*”

The Bulgarian judicial practice, though, has overcome this understanding that the statute of limitations is a procedural institution by accepting that the expiry of the limitation period impedes primarily the imposition of the punishment on the offender rather than his/her prosecution only. Thus, substantive law consequences are produced: the imposition of punishment by the competent state authorities has been excluded. From the offender’s point of view, this means the extinction of his/her criminal liability for the committed criminal offence. Hence, this type of limitation period is not only a time frame within which criminal proceedings must be instituted. It is, most of all, a deadline for the conviction of the offender. Obviously, the respective texts of the Bulgarian PC should be improved to embed the substantive law nature and effect of this statute of limitations.

The substantive law nature and effect of the limitation period for the execution of punishment should not cast any doubts either. Otherwise, this period would not

be distinguished from the prescription in civil law which produces solely a procedural effect: extinguishes the action, but not the substantive right of the creditor. Besides, the legal framework for this second type of limitation period should be supplemented by a rule on the grounds for its suspension. Presently, a gap on this issue exists.

The Bulgarian legal framework for the absolute limitation period [Article 81 (3) and Article 82 (4 and 5) PC] is underdeveloped. These Articles clarify what does not interrupt and suspend the limitation period but contain no indication as to what may interrupt or suspend it. The only exception is Article 82 (5) PC. It concerns the execution of the fine. Undoubtedly, this only provision on the interruption or the suspension of the absolute limitation period is far from sufficient. Apart from its insufficiency, it needs some additional rules to specify what happens with the absolute limitation period after the conclusion of the ground of its interruption and suspension, namely: the fine collection, if the whole fine has not been collected yet.

Lastly, as international judicial cooperation constantly intensifies, the significance of time limitations/ lapse of time as its impediment will grow for all European countries, including Bulgaria and Ukraine. See Article 10 of the European Convention on Extradition, Article 10, letter “C” and Article 11, letters “F” and “G” of the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, Article 6, letter “L” of the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, etc.

Список літератури

1. Гиргинов А. Давността в наказателно право. София, 1992. 187 с.
2. Доковска Д. Процесуални проблеми на производството, което се образува по тѣжба на пострадалия. София, 1983.
3. Митов Г. Наказателни дела от частен характер. София, 2017. 292 с.
4. Ненов И. Наказателно право на Народна Република България, 2-ро изд. София : Наука и изкуство, 1972. 541 с.
5. Станков Б. За правната същност на наказателната давност. *Правна мисъл*. 1992. № 4. С. 57–62.
6. Стойнов А. Наказателно право, обща част. София, 1999. 484 с.

References

1. Girginov, A. (1992). The Statute of limitations in criminal law. Sofia [in Bulgarian].
2. Dokovska, D. (1983). Procedural problems of the proceedings instituted on the complaint of the injured party. Sofia [in Bulgarian].
3. Mytov, G. (2017). Criminal cases of private character. Sofia [in Bulgarian].
4. Nenov, I. (1972). The criminal law of the People’s Republic of Bulgaria. 2-ed. Sofia [in Bulgarian].
5. Stankov, B. (1992). On the legal nature of the criminal statute of limitations. *Pravna Misal – Legal Thought*, 4, 57–62. Sofia [in Bulgarian].
6. Stoynov A. (1999). Criminal Law, the general part. Sofia [in Bulgarian].

Гиргинов Антон Тонев, доктор юридических наук, професор уголовного права, бывший преподаватель Пловдивского университета, болгарский прокурор в отставке и научный исследователь, Болгария, Пловдив.

e-mail: girginov@hotmail.com ; ORCID 0000-0002-6223-7316

Срок давности в соответствии с уголовным законодательством Болгарии

Украина осуществляет интенсивное правовое сотрудничество по уголовным делам с другими европейскими странами. Типичным препятствием для удовлетворения украинских просьб о таком сотрудничестве (например, экстрадиция из другой страны, принятие украинского уголовного производства в запрашиваемой стране, признание и приведение в исполнение украинских уголовных решений за рубежом) является истечение срока давности – при том не только в соответствии с законодательством Украины, но и в соответствии с законодательством иностранного государства, которое Украина запрашивает о сотрудничестве.

Проблема в том, что уголовный режим давности большинства европейских стран существенно отличается от украинского. В связи с этим украинские специалисты по уголовным делам заинтересованы в том, чтобы иметь некоторые общие знания о сроках давности в других европейских странах, особенно таких, как Болгария. С одной стороны, это государство является серьезным партнером Украины в международном судебном сотрудничестве; с другой – болгарский режим давности является подходящим представителем тех европейских правовых режимов для истечения срока давности, которые существенно отличаются от украинских.

Все уголовные законы современного болгарского государства содержали определенный режим давности. Этими законами являются Уголовный закон 1896 года (отменен), Уголовный закон 1951 года, усовершенствованный до Уголовного кодекса 1956 года, после полной кодификации этой отрасли права в Болгарии (также отменен), и существующий Уголовный кодекс 1968 года.

По уголовному закону срок давности составляет период бездействия компетентных государственных органов. Истечение давности гасит непосредственные правовые последствия преступлений или наказания, назначенные за них судом.

В Болгарии уголовное право регулирует давность. Это является законодательным признанием материальной природы давности. Концепция о том, что уголовная давность является процессуально-правовым институтом, была преодолена в болгарской теории, праве и судебной практике. Истечение срока давности также влечет за собой процессуальные последствия, но они вытекают из его прямых материально-правовых результатов в качестве вторичных последствий.

Ключевые слова: Болгарский Уголовный кодекс; уголовная ответственность; погашение; срок давности; наказание.

Рекомендоване цитування: Girginov A. T. Statute of limitations under the penal law of Bulgaria. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 219–243. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239351>.

Suggested Citation: Girginov, A.T. (2021). Statute of limitations under the penal law of Bulgaria. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 154, 219–243. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239351>.

Надійшла до редколегії 19.08.2021 р.



Гринчак Сергій Васильович,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: s.grinchak1974@gmail.com
ORCID 0000-0001-6858-9104

doi: 10.21564/2414–990X.154.239077
УДК 343.618

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННУ ТРАНСПЛАНТАЦІЮ: МИНУЛЕ, СУЧАСНЕ, МАЙБУТНЄ

Досліджено становлення, розвиток та реформування правового забезпечення трансплантології. Виділено три основні етапи трансформації вказаного законодавства в період незалежності України. Встановлено найближчі та віддалені перспективи удосконалення правового регулювання трансплантації анатомічних матеріалів людини. Виокремлено зміни кримінально-правової охорони трансплантології та проаналізовано їх вплив на практику застосування ст. 143 КК України;

Ключові слова: незаконна трансплантація; медична діяльність; анатомічні матеріали людини; кримінальні правопорушення; злочини; кримінальна відповідальність.

Гринчак С. В., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: s.grinchak1974@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6858-9104

Уголовная ответственность за незаконную трансплантацию: прошлое, настоящее, будущее

Исследовано становление, развитие и реформирование правового обеспечения трансплантологии. Выделены три основных этапа трансформации указанного законодательства в период независимости Украины. Установлены ближайшие и отдаленные перспективы усовершенствования правового регулирования трансплантации анатомических материалов человека. Выделены изменения уголовно-правовой охраны трансплантологии и проанализировано их влияние на практику применения ст. 143 УК Украины.

Ключевые слова: незаконная трансплантация; медицинская деятельность; анатомические материалы человека; уголовные правонарушения; преступления; уголовная ответственность.

Вступ. Належна медична допомога є одним із найбільш важливих пріоритетів в житті кожної людини. Події останніх років – світова боротьба з COVID-19 – не залишає жодного сумніву у правильності такого висновку. У свою чергу трансплантація є одним із найбільш важливих методів лікування, який спрямований

на відновлення здоров'я людини, тому удосконалення кримінально-правового регулювання протидії незаконній трансплантації є безумовно актуальним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження проблем кримінально-правової охорони трансплантації анатомічних матеріалів людини були предметом наукових публікацій таких сучасних вітчизняних учених, як: О. О. Володіна (O. O. Volodina), О. О. Дудоров (O. O. Dudorov), О. В. Процюк (O. V. Protsiuk), М. І. Хавронюк (M. I. Khavroniuk) та ін. Найбільш важливим науковим доробком у цій проблематиці вважаємо монографію Оксани Мисливої «Кримінально-правова характеристика та запобігання незаконній діяльності у сфері трансплантації» [1]. У зарубіжній літературі є ґрунтовні дослідження міжнародних та національних проблем незаконної трансплантації (N. Kala) [2] (T. Adido) [3] та ін. Але в Україні досі системно не вивчено правове регулювання трансплантації, не розроблено і напрями подальшого його розвитку.

Метою цієї статті є комплексний аналіз становлення, розвитку та реформування законодавства, що забезпечує трансплантацію анатомічних матеріалів людині¹. Для цього спробуємо системно проаналізувати регуляторне законодавство у сфері трансплантології та зміни, які у ньому відбулися; дослідити усі зміни, внесені до ст. 143 КК України впродовж її чинності; виявити вплив змін законодавства на практику застосування ст. 143 КК України; встановити переваги та недоліки законодавчих новел та визначити подальші перспективи розвитку правового регулювання трансплантології.

Виклад основного матеріалу. Дослідження правового регулювання тих чи інших суспільних відносин завжди потребує окреслення відповідних часових рамок. Не винятком є і правове регулювання трансплантації органів і тканин людини, яке було започатковано в ХХ ст. Проте нормативні акти радянського періоду щодо трансплантації мали підзаконний та відомчий характер, не враховували надзвичайну важливість цих суспільних відносин. Регулювання трансплантації, як правило, здійснювалося в контексті інших питань медичної діяльності і стосувалося лише окремих аспектів вилучення органів від донора-група. Поза увагою законодавця залишилося багато інших питань, особливо захист прав і свобод живого донора. Тому саме в період незалежності України формується більш досконала нормативна база трансплантології, яку надалі і проаналізуємо шляхом вивчення етапів розвитку останньої.

І етап. Становлення законодавчого забезпечення трансплантології

На рівні закону про пересадку анатомічних матеріалів людини вперше йдеться в Основах законодавства України про охорону здоров'я (1993 р.) [4], де було закріплено поняття трансплантації. Але найважливішим кроком на шляху формування правової бази трансплантології є прийняття Закону України «Про трансплантацію органів і тканин людини» (1999 р.) [5] (далі – Закон про

¹ Дослідження кримінальної відповідальності, передбаченої ст. 143 КК, нерозривно пов'язано з аналізом регуляторного законодавства в сфері трансплантології. Це передусім обумовлено тим, що диспозиції ст. 143 КК за способом визначення кримінальної протиправності є бланкетними (за винятком тих норм, де передбачені кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки).

трансплантацію), який визначав правове становище донора та реципієнта, засади вилучення трансплантатів у живих та мертвих донорів, особливості отримання та використання анатомічних матеріалів людини тощо. Закон встановлював державну монополію на діяльність, пов'язану з трансплантацією, якою можуть займатися акредитовані в установленому законодавством порядку державні та комунальні заклади охорони здоров'я і державні наукові установи¹. Але час дії Закону не поширювалася на деякі правовідносини, зокрема, на донорство крові та її компонентів і діяльність, пов'язану з їх використанням, тому що вони регулювалися іншими спеціальними нормативними актами.

Указані акти дали змогу законодавцю надалі криміналізувати незаконну трансплантацію². У новому КК України з'явилася ст. 143, в якій було встановлено відповідальність за чотири самостійні склади кримінальних правопорушень, а саме: 1. Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини (ч. 1 ст. 143 КК). 2. Вилучення в людини шляхом примушування або обману її органів або тканин з метою їх трансплантації (ч. 2 ст. 143 КК). 3. Незаконна торгівля органами або тканинами людини (ч. 4 ст. 143 КК). 4. Участь у транснаціональних організаціях, які займаються діяльністю, передбаченою частинами другою, третьою чи четвертою ст. 143 (ч. 5 ст. 143 КК). Цей висновок зумовлений тим, що наведені склади суттєво відрізняються між собою об'єктивними та суб'єктивними ознаками. Окрім самостійних складів, у ст. 143 КК було передбачено також дві кваліфікуючі ознаки: вилучення в людини шляхом примушування або обману її органів або тканин з метою їх трансплантації, вчинене щодо особи, яка перебуває в безпорадному стані (ч. 3); вилучення в людини шляхом примушування або обману її органів або тканин з метою їх трансплантації, вчинене щодо особи, яка перебуває в матеріальній чи іншій залежності від винного (ч. 3); та одну особливо кваліфікуючу ознаку: дії, передбачені частинами другою, третьою чи четвертою ст. 143 КК, вчинені за попередньою змовою групою осіб (ч. 5)³.

¹ З метою забезпечення реалізації положень Закону про трансплантацію в подальшому було прийнято цілу нормативно-правових актів, наприклад: наказ Міністерства охорони здоров'я України № 96 від 4 травня 2000 р. «Про затвердження нормативно-правових актів з питань трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людини»; Постанову Кабінету Міністрів України від 5 вересня 2007 р. № 1100 «Про заходи щодо організації діяльності закладів охорони здоров'я та наукових установ, пов'язаної з трансплантацією органів, тканин і клітин»; Постанову Кабінету Міністрів України від 27 квітня 1994 р. № 257 «Про створення Координаційного центру трансплантації органів, тканин і клітин»; накази Міністерства охорони здоров'я України № 432 від 29.11.2002 «Про затвердження Положення про Єдину державну інформаційну систему трансплантації» – № 226 від 25.09.2000 р. «Про затвердження Інструкції щодо вилучення органів людини в донора-трупа» та інші.

² Тут і далі для зручності викладення матеріалу під терміном «незаконна трансплантація» розуміються усі злочини, передбачені ст. 143 КК України.

³ Детальний аналіз регуляторного законодавства в сфері трансплантології та кримінальної відповідальності за незаконну трансплантацію в період з 1993 по 2001 рр. див.: [6, с. 119–172].

II етап. Реформування законодавчого забезпечення трансплантології

Звісно, життя не стоїть на місці. Закон про трансплантацію 1996 р. поступово втрачав свою актуальність, багато його положень не відповідали потребам часу: розвиток трансплантології в світі і в Україні, зокрема, невідкладно потребував удосконалення відповідного правового забезпечення. На необхідності прийняття нового закону наголошували і медична спільнота, і правники. Таким чином, реформування правового регулювання трансплантації анатомічних матеріалів було нагальною потребою.

На такий запит суспільства Верховна Рада України в травні 2018 р. приймає Закон України № 2427-VIII «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» [7] (далі – новий Закон про трансплантацію), який набирає чинності з 1 січня 2019 р. З прийняттям цього Закону започатковано якісно новий етап розвитку трансплантології [8, с. 185]. Законом вносяться зміни до багатьох нормативних актів, зокрема: Кримінального кодексу України, Основ законодавства України про охорону здоров'я, законів України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», «Про поховання та похоронну справу», Положення про паспорт громадянина України.

У зв'язку з цим виникає закономірне питання, як зміни вказаного законодавства впливають на кримінальну відповідальність за незаконну трансплантацію?

Указаним законом про трансплантацію закріплена нова редакція ст. 143 КК України. Її порівняльно-правовий аналіз з попередньою нормою дає підстави звернути увагу на такі новели.

По-перше, удосконалено предмет кримінальних правопорушень, передбачених ст. 143 КК. До набрання чинності новою редакцією статті предметом незаконної трансплантації були лише органи або тканини людини, де під органами людини (від грец. *organon* – знаряддя, орган) розумілося певною мірою відокремлену частину цілого організму, яка виконує одну або кілька специфічних функцій (наприклад, шлунок, підшлункова залоза, печінка, нирки, сечовий міхур, стравохід тощо). А під тканинами людини – систему клітин і безклітинних структур, які характеризуються спільністю розвитку, будови та специфічних функцій. Головна проблема полягала в тому, що криміналісти по-різному вирішували питання про те, які види анатомічних матеріалів слід відносити до тканин людини. Зокрема, судини, клапани, фетальні матеріали є тканинами людини чи ні? Одні науковці їх до тканин людини відносили, інші, навпаки, не включали їх до предмета кримінальних правопорушень, передбачених ст. 143 КК. Практика судових та правоохоронних органів з цього питання теж була вкрай суперечлива.

Науковці, зокрема і автор цієї публікації, неодноразово наголошували, що за законодавством про трансплантацію, яке діяло до 1 січня 2019 р., встановити вичерпний перелік анатомічних матеріалів, які слід відносити до тканин людини, неможливо. Адже яку б позицію ми не обрали, які б аргументи не використовували, ця позиція залишиться лише точкою зору з більш або менш вдалою аргументацією.

Вочевидь, звернувши увагу на численні зауваження науковців щодо окреслення предмета злочинів, передбачених ст. 143 КК, законодавець у новій редакції ст. 143 КК термін «органи або тканини людини» замінив на «анатомічні матеріали людини». У даному разі це важливе уточнення предмета кримінальних правопорушень, передбачених ст. 143 КК, адже поняття «анатомічні матеріали людини» є родовим по відношенню до «органів або тканин людини», бо крім органів (їх частин) або тканини людини охоплює і анатомічні утворення, клітини людини та фетальні матеріали людини, які можуть бути предметом кримінальних правопорушень, передбачених ст. 143 КК. Таке закріплення предмета незаконної трансплантації, сподіваємося, покладе край суперечливому тлумаченню судовими та правоохоронними органами цієї ознаки складу кримінального правопорушення.

По-друге, суттєво змінено порядок трансплантації анатомічних матеріалів людині. Зокрема, новим Законом про трансплантацію розширене коло близьких родичів або членів сім'ї реципієнта, у яких може бути вилучений анатомічний матеріал; надано дозвіл на вилучення анатомічних матеріалів, здатних до регенерації (самовідтворення), у тому числі гемопоетичних стовбурових клітин, у живого донора, який не є близьким родичем або членом сім'ї реципієнта; дозволено застосування перехресного донорства¹; розширене коло живих осіб, у яких заборонено вилучати анатомічні матеріали; встановлено порядок проведення трансплантації анатомічного матеріалу реципієнту від донора-трупа з обов'язковим використанням Єдиної державної інформаційної системи трансплантації; закріплено спеціально уповноважену особу закладу охорони здоров'я – трансплант-координатора, яка зобов'язана здійснювати координацію надання медичної допомоги із застосуванням трансплантації; закріплено обов'язок трансплант-координатора невідкладно вносити відомості про надану живим донором письмову згоду на вилучення у нього анатомічних матеріалів до Єдиної державної інформаційної системи трансплантації; надано право кожній повнолітній дієздатній особі призначити свого повноважного представника, який після смерті цієї особи надасть згоду на вилучення з її тіла анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів; встановлено заборону вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів у померлих осіб, які належать до певних категорій тощо.

Зміни порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини безпосередньо впливають на кримінальну відповідальність за незаконну трансплантацію, адже недотримання встановленого законом порядку трансплантації визначає зміст об'єктивної сторони незаконної трансплантації (діяння) і може бути підставою для кримінальної відповідальності (за наявності усіх інших ознак складу) за правопорушення, передбачені новою редакцією ст. 143 КК України.

¹ Одним із найбільших досягнень цього Закону є легалізація перехресного донорства, сенс якого полягає в тому, що реципієнтам надано право обміну між собою живими імунологічно сумісними донорами.

По-третє, посилено кримінальну відповідальність за правопорушення, передбачені ст. 143 КК. Підвищення зазнали майже усі санкції ст. 143 КК. Виняток становить лише санкція ч. 1 ст. 143 КК, у новій редакції якої передбачені аналогічні види та розміри покарання у порівнянні з попередньою редакцією. З огляду на те, що новий Закон про трансплантацію значно розширив можливості лікарів-трансплантологів при застосуванні замінної хірургії, посилення кримінальної відповідальності за правопорушення, вчинені в сфері трансплантології, виглядає адекватним, зрозумілим та обґрунтованим¹. Після зазначених змін кримінальна відповідальність у ст. 143 КК була диференційована таким чином: у ч. 1 передбачена відповідальність – за злочин невеликої тяжкості, у ч. 2 – за злочин середньої тяжкості, у ч. 3 – за тяжкий злочин. Такий підхід видається цілком логічним.

III етап. Удосконалення законодавчого забезпечення трансплантології

У цьому ж 2018 р. Верховна Рада України приймає надзвичайно доленосний Закон про проступки² [10], яким передбачено низку концептуальних змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України.

Головною ідеєю запровадження кримінального проступку в чинне законодавство, згідно з Концепцією реформування кримінальної юстиції України, вказано гуманізацію кримінальної відповідальності.

Науковці неодноразово наголошували, що введення інституту проступку вимагає ретельного реформування кримінального та адміністративного законодавства і повинно бути реалізоване як мінімум у формі нової редакції КК України, що недоцільно у сьогоденні реаліях.

Натомість у Законі про проступки штучно та поверхово створено інститут кримінального проступку шляхом формального перейменування (заміни) понять «злочин», «злочин невеликої тяжкості» на «кримінальне правопорушення», і «кримінальний проступок». До того ж, цей Закон не було узгоджено зі змінами, які були внесені до КК України останнім часом (як чинними, так і тими, що були опубліковані і мали набрати чинності найближчим часом).

Та головним недоліком цього Закону є безпідставне посилення відповідальності за кримінальні правопорушення у понад 100 санкціях КК України. Більше того, у багатьох випадках збільшено відповідальність у десять і більше разів (наприклад, ст.ст. 190, 191, 194, 194-1, 197, 210, 211, 238, 239, 239-2, 241, 242 і т. д.). Таке збільшення санкцій було проведено лише з однією метою – віднести те чи інше кримінальне правопорушення до розряду злочинів.

¹ Детальний аналіз нового закону про трансплантацію та його вплив на кримінальну відповідальність див: [9, с. 125–127].

² Закон про проступки (термін, який використовують як науковці, так і практики) – офіційно має назву: Закон України від 22 листопада 2018 року № 2617-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень».

Аналіз Закону про проступки та супровідних документів до нього не дає зрозуміти, які критерії криміналізації чи декриміналізації (цінність суспільних відносин, спосіб вчинення діяння, суспільно небезпечні наслідки, спричинені діянням, вид або розмір покарання тощо) використовувалися законодавцем для віднесення того чи іншого правопорушення до кримінальних проступків або злочинів.

У зв'язку з цим виникає питання, чи відбулося в державі якесь реформування соціально-політичної системи, яке вимагало такого різкого, багаторазового посилення покарання. Такі пропозиції є безпідставними, надуманими і безсумнівно нищать ідею гуманізації кримінальної відповідальності та стабільності кримінального законодавства. Отже, для вказаних змін до КК України, на нашу думку, не було ніякого теоретичного підґрунтя та практичної доцільності.

Щодо незаконної трансплантації, то Законом про проступки підвищено максимальну міру покарання за ч. 1 ст. 143 КК до трьох років позбавлення волі, визначивши кримінальне правопорушення, передбачене в цій частині, як нетяжкий злочин. У даному разі не враховано той факт, що новий Закон про трансплантацію в цьому ж році уже підвищував кримінальну відповідальність за незаконну трансплантацію.

Посилення санкції у ч. 1 ст. 143 КК призвело до того, що в перших двох частинах ст. 143 КК передбачена відповідальність за два нетяжкі злочини, що є невиправданим з точки зору суспільної безпеки цих діянь, а також необхідної диференціації кримінальної відповідальності, що негативно впливає на ефективність кримінальних репресій.

Останні масштабні зміни правового забезпечення трансплантології відбулися 20 грудня 2019 р., коли було прийнятий Закон України № 418-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людині» [11]. Указаним актом внесені зміни до Кримінального кодексу України; Основ законодавства України про охорону здоров'я; Закону України «Про поховання та похоронну справу»; Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині».

Щодо регуляторного законодавства, то основні зміни внесені до нового Закону про трансплантацію і полягають у наступному: удосконалено поняття «діяльність, пов'язана з трансплантацією»; уточнено повноваження спеціально уповноваженої особи закладу охорони здоров'я – трансплант-координатора; введено на законодавчому рівні поняття «потенційний донор гемопоетичних стовбурових клітин»; забезпечено можливість участі громадськості (волонтерів) у діяльності, пов'язаній з трансплантацією; кореговано порядок роботи державної інформаційної системи трансплантології; викладено в новій редакції деякі положення, що стосуються порядку та умов застосування трансплантації тощо.

Зміни до Кримінального кодексу України полягають у прийнятті нової редакції ч. 1 ст. 143 КК: «Умисне порушення встановленого законом порядку застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини, що спричинило

істотну шкоду здоров'ю потерпілого». Указана новела суттєво впливає на практику застосування ч. 1 ст. 143 КК, адже змінена як об'єктивна, так і суб'єктивна сторона цього злочину.

Починаючи з 29 грудня 2019 р., склад злочину, передбачений в ч. 1 ст. 143 КК, перетворився на матеріальний, на відміну від попередньої редакції¹, а отже для встановлення об'єктивної сторони цього злочину необхідно, окрім діяння, виявити суспільно небезпечні наслідки – істотну шкоду здоров'ю потерпілого та причинний зв'язок між діянням та наслідком. Як бачимо, для закріплення суспільно небезпечного наслідку законодавець використав оціночне поняття.

Варто зауважити, що суспільно небезпечні наслідки медичних правопорушень у КК України закріплені по-різному: «зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини» (ч. 1 ст. 131); «тяжкі наслідки» (ст. 138); «якщо особі завідомо відомо, що це може мати тяжкі наслідки для хворого» (ч. 1 ст. 139); «смерть хворого або інші тяжкі наслідки» (ч. 2 ст. 139); «тяжкі наслідки для хворого» (ч. 1 ст. 140); «смерть пацієнта або інші тяжкі наслідки» (ст. 141); «створення небезпеки для життя чи здоров'я» (ч. 1 ст. 142); «тривалий розлад здоров'я потерпілого» (ч. 2 ст. 142); «тяжкі наслідки» (ст. 145). Як бачимо, таке поняття, як істотна шкода здоров'ю потерпілого, для характеристики суспільно небезпечних наслідків медичних злочинів або кримінальних проступків досі не використовувалося.

Також зміни зазнала і суб'єктивна сторона незаконної трансплантації, передбачена в ч. 1 ст. 143 КК. У новій редакції цієї норми з'явилася чітка вказівка на форму вини. Це означає, що кримінально караним тепер є лише умисне порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людині². Ставлення до суспільно небезпечних наслідків – істотної шкоди здоров'ю потерпілого може бути лише необережним³. Іншими словами, мова йде про так звану в науці «змішану форму вини», де має місце різне психічне ставлення до діяння та наслідків злочину. У цілому злочин, передбачений ч. 1 ст. 143 КК, є необережним.

¹ З моменту прийняття КК України і до 28 грудня 2019 р. включно склад злочину, передбачений ч. 1 ст. 143, був формальним, і для наявності об'єктивної сторони цього злочину достатньо було встановити лише діяння – порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людині.

² Я неодноразово наголошував, що встановлення в ч. 1 ст. 143 КК кримінальної відповідальності як за умисні порушення порядку трансплантації, так і за необережні є зайвим і пропонував доповнити ч. 1 ст. 143 КК вказівкою на умисну форму вини. Див.: [6, с. 185].

³ До 29 грудня 2019 р. (момент набрання чинності новою редакцією статті) порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людині, яке було передбачене в ч. 1 ст. 143 КК, могло бути вчинене як умисно, так і необережно. Хоча у науці зустрічалися і інші тлумачення суб'єктивної сторони незаконної трансплантації, передбаченої в ч. 1 ст. 143 КК. Наприклад, Н. А. Жерж, О. О. Володіна та ін. вважали, що цей злочин може бути вчинений лише умисно, а О. Мислива додавала ще й обов'язковий мотив – отримання вигоди. Я неодноразово аналізував суб'єктивну сторону незаконної трансплантації. Більш детально див.: [12, с. 55; 13, с. 193; 14, с. 30–35; 1, с. 52].

Нова редакція ч. 1 ст. 143 КК декриміналізувала необережне порушення порядку трансплантації і остаточно поклала край дискусіям про форму вини цього діяння, а також полегшила правозастосування вказаної норми правоохоронними органами та судом. Разом з тим поза увагою законодавця залишилися питання встановлення адміністративної відповідальності за необережне порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини.

Майбутні перспективи законодавчого забезпечення трансплантології

Подальший розвиток правового забезпечення трансплантології можна розділити на найближчі та віддалені перспективи.

До найближчих перспектив варто віднести розроблення проєкту закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людині», який зареєстровано у Верховній Раді України 26 липня 2021 р. [15]. У цьому проєкті йдеться про зміни до нового Закону про трансплантацію, Основ законодавства України про охорону здоров'я та Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення». Основні пропозиції стосуються покращення понятійного апарату правового регулювання трансплантології шляхом визначення на законодавчому рівні термінів «органи людини» та «тканини людини», чергової деталізації порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини, розширення можливостей участі громадськості у діяльності, пов'язаній з заміною терапією тощо.

Віддаленими перспективами є прийняття нового КК України. Комісія з правової реформи¹ уже два роки поспіль працює над створенням проєкту нового КК України [16]. Станом на 27 травня 2021 р. Особлива частина проєкту КК України розпочинається книгою 4 «Злочини та проступки проти людини і громадянина», де передбачено окремий розділ 4.2. «Злочини та проступки проти права людини на охорону здоров'я». У цьому розділі кримінально-правова охорона трансплантології зазнала глобальних змін. Зокрема як злочин передбачено відповідальність за протиправне спонукання до надання згоди на вилучення анатомічних матеріалів людини (особа, яка спонукала іншу особу до надання згоди на вилучення в неї або її близької особи крові чи її компонентів для подальшого використання або іншого анатомічного матеріалу для трансплантації чи виготовлення біоімплантата, шляхом а) обману, б) насильства або в) погрози, – вчинила злочин 3 ступеня – ст. 4.3.7 проєкту), а як проступок пропонується відповідальність за порушення порядку здійснення діяльності щодо анатомічних матеріалів (особа, яка а) порушила порядок вилучення, зберігання, обміну чи транспортування анатомічного матеріалу людини, б) уклала чи пропонувала укладення договору, що передбачає його купівлю-продаж, або в) незаконно його рекламувала, вчинила проступок – ст. 4.3.13 проєкту).

¹ Комісія з питань правової реформи створена Указом Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р.

Звісно, що у мене є попереднє враження про використаний підхід робочої групи до встановлення кримінальної відповідальності за вказані злочин та проступок. Але аналізувати недоліки або переваги на прикладі лише однієї незаконної трансплантації, гадаю, недоречно, адже такий аналіз має бути системним, як мінімум об'єднувати в собі характеристику усього розділу, який передбачає норми про кримінальну відповідальність за медичні злочини та проступки.

Висновки. Дослідження правового забезпечення трансплантології за період незалежності України дає можливість наголосити на таких змінах, що їх зазнала кримінальна відповідальність за незаконну трансплантацію.

1. Предметом злочинів, передбачених ст. 143 КК з часу прийняття КК України і до 31.12.2018 р., були органи або тканини людини, а з 01.01.2019 р. предметом визначено анатомічні матеріали людини. Таким чином, до предмета вказаних злочинів за чинною редакцією ст. 143 КК, окрім органів (їх частин) або тканин людини, увійшли і анатомічні утворення, клітини людини та фетальні матеріали людини.

2. Систематична зміна регуляторного законодавства в сфері трансплантології ускладнює встановлення чинного порядку та умов трансплантації анатомічних матеріалів людини, а як наслідок обтяжує виявлення ознак незаконної трансплантації.

3. Склад злочину, передбачений ч. 1 ст. 143 КК, з часу прийняття КК України і до 28.12.2019 рр. був закріплений як формальний, а 29.12.2019 р. змінений на матеріальний, вказана трансформація відбулася шляхом доповнення диспозиції суспільно небезпечними наслідками – істотною шкодою потерпілому.

4. Суттєвих змін зазнала і суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 143 КК. З моменту прийняття КК України і до 28.12.2019 р. кримінально караним було як умисне, так і необережне порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини, а з 29.12.2019 р. діяння може бути лише умисним, а ставлення до наслідків лише необережним.

5. З моменту прийняття КК України і до цього часу законодавець двічі підвищував покарання за злочини, передбачені в ст. 143 КК, перший раз 17.05.2018 р., прийнявши новий Закон про трансплантацію, другий – 22.11.2018 р., прийнявши Закон про проступки. У кінцевому випадку підвищено покарання за усіма санкціями ст. 143 КК без винятку.

Список літератури

1. Мислива О. О. Кримінально-правова характеристика та запобігання незаконній діяльності у сфері трансплантації : монографія. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ ДДУВС, 2019. 220 с.

2. Serebrennikova A., Kala N., Grynchak S. et al. Comparative analysis of foundations of legal regulation of criminal liability for organ trafficking in the russian federation, kazakhstan, and the european union. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. 2020. Vol. 11, no. 4 (50). P. 1405–1415. doi: [https://doi.org/10.14505/jarle.v11.4\(50\).37](https://doi.org/10.14505/jarle.v11.4(50).37).

3. Adido Terry O. Transplant Tourism: An International and National Law Model to Prohibit Travelling Abroad for Illegal Organ Transplants. BRILL, 2018. 348 p.

4. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. № 2802-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text> (дата звернення: 10.05.2021).
5. Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини : Закон України від 16.07.1999 р. № 1007-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 41. Ст. 377. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1007-14#Text> (дата звернення: 10.05.2021).
6. Гринчак С. В. Кримінальна відповідальність за незаконну трансплантацію органів або тканин людини : монографія / наук. ред. Л. В. Дорош. Харків : Право, 2011. 296 с.
7. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини : Закон України від 17.05.2018 р. № 2427-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 28. Ст. 377. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19#Text> (дата звернення: 15.05.2021).
8. Юртаева К. В. Удосконалення кримінальної відповідальності за порушення порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини. *Теоретичні питання юриспруденції і проблеми правозастосування: викилки XXI століття* : тези доп. учасників IV Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 листоп. 2020 р.). С. 185–187. URL: https://library.pp-ss.pro/index.php/ndippsn_20201120/article/view/yurtayeva.
9. Гринчак С. В. Кримінальна відповідальність за незаконну трансплантацію: законодавчі новели. *Юридичний науковий електронний журнал* : електрон. наук. фахове вид. 2018. № 4. С. 125–128. URL: <http://www.lsej.org.ua/index.php/arkhivnomeriv?id=95>.
10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон України від 22.11.2018 р. № 2617-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 17. Ст. 71.
11. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людини : Закон України від 20.12.2019 р. № 418-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/418-20#Text> (дата звернення: 10.05.2021).
12. Жерж Н. А., Жерж Л. А., Мельниченко А. О. Кримінально-правова характеристика злочинів, пов'язаних із незаконною трансплантацією органів та інших анатомічних матеріалів людини. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. Вип. 1 (5) 2017. С. 50–56.
13. Зінченко І. О., Володіна О. О. Кваліфікація кримінальних правопорушень проти життя та здоров'я особи : навч. посіб. / за заг. ред. М. І. Панова. Харків : Право, 2019. 248 с.
14. Процюк О. В., Алексеева-Процюк Д. О. Кваліфікація порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини : метод. рек. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2018. 55 с.
15. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людини : проект закону № 5831, зареєстрований у ВР України 26.07.2021 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72605 (дата звернення: 25.05.2021).
16. Проект нового кримінального кодексу України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf> (дата звернення: 25.05.2021).

References

1. Myslyva, O.O. (2019). Kryminalno-pravova harakterystyka ta zapobigannja nezakonnij dijalnosti u sferi transplantacii. Dnipro: Dniprop. derzh. un-t vnutr. sprav DDUVS [in Ukrainian].
2. Serebrennikova, A., Kala, N., Grynchak, S. et al. (2020). Comparative analysis of foundations of legal regulation of criminal liability for organ trafficking in the russian federation, kazakhstan, and the european union. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, vol. 11, 4 (50), 1405–1415. doi: [https://doi.org/10.14505/jarle.v11.4\(50\).37](https://doi.org/10.14505/jarle.v11.4(50).37).
3. Adido Terry, O. (2018). Transplant Tourism: An International and National Law Model to Prohibit Travelling Abroad for Illegal Organ Transplants. BRILL.

4. Osnovy zakonodavstva Ukrainy pro okhoronu zdorov'ia: Zakon Ukrainy vid 19.11.1992 r. № 2802-XII. (1993). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 4, art. 19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>.

5. Pro transplantatsiiu orhaniv ta inshykh anatomichnykh materialiv liudyny: Zakon Ukrainy vid 16.07.1999 r. № 1007-XIV. (1999). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 41, art. 377. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1007-14#Text>.

6. Grynychak, S.V. (2011). Kryminal'na vidpovidal'nist' za nezakonnu transplantaciju organiv abo tkanyh liudyny / L. V. Dorosh (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

7. Pro zastosuvannia transplantatsii anatomichnykh materialiv liudyni: Zakon Ukrainy vid 17.05.2018 r. № 2427-VIII. (2018). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 28, art. 377. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19#Text>.

8. Jurtajeva, K.V. Udoskonalennja kryminal'noi' vidpovidal'nosti za porushennja porjadku transplantatsii' anatomichnyh materialiv liudyny. *Teoretychni pytannja jursprudencei i problemy pravozastosuvannja: vyklyky HHI stolittja* : tezy dop. uchasnykiv IV Vseukr. nauk.-prakt. konf. (Kharkiv, 20 lystop. 2020 r.), 185–187. URL: https://library.pp-ss.pro/index.php/ndippsn_20201120/article/view/yurtajeva.

9. Grynychak, S.V. (2018). Kryminal'na vidpovidal'nist' za nezakonnu transplantaciju: zakonodavchi novely. *Jurydychnyj naukovyj elektronnyj zhurnal*, 4, 125–128. URL: <http://www.lsej.org.ua/index.php/arkhivomeriv?id=95>.

10. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo sproshchennia dosudovoho rozsliduvannia okremykh katehorii kryminalnykh pravoporushen: Zakon Ukrainy vid 22.11.2018 r. № 2617-VIII. (2019). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 17, art. 71.

11. Pro vnesennja zmin do dejakykh zakonodavchyh aktiv Ukrainy, shho reguljujut' pytannja transplantatsii' anatomichnyh materialiv liudyni: Zakon Ukrainy vid 20.12.2019 r. № 418-IX. (2019). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/418-20#Text>.

12. Zherzh, N.A., Zherzh, L.A., Mel'nychenko, A.O. (2017). Kryminal'no-pravova harakterystyka zlochyniv, povjazanyh iz nezakonnoju transplantaciju organiv ta inshykh anatomichnyh materialiv liudyny. *Mizhmarodnyj jurydychnyj visnyk: aktual'ni problemy suchasnosti (teorija ta praktyka)*, issue 1 (5), 50–56 [in Ukrainian].

13. Zinchenko, I.O., Volodina, O.O. (2019). Kvalifikacija kryminal'nyh pravoporushen' proty zhyttja ta zdorov'ja osoby / M. I. Panov (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

14. Procjuk, O.V., Aljeksjejeva-Procjuk, D.O. (2018). Kvalifikacija porushennja vstanovlenogo zakonom porjadku transplantatsii' organiv abo tkanyh liudyny. Kyiv: Nac. akad. vnutr. sprav [in Ukrainian].

15. Pro vnesennja zmin do dejakykh zakonodavchyh aktiv Ukrainy, shho reguljujut' pytannja transplantatsii' anatomichnyh materialiv liudyni: proekt zakonu № 5831, zarejestrovanyj u VR Ukrainy 26.07.2021 r. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72605.

16. Proekt novogo kryminalnogo kodeksu Ukrainy. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf>.

Grynychak S. V., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of Criminal Law Department No 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: sgrinchak1974@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6858-9104

Criminal liability for illegal transplantation: past, present, future

Transplantation of human anatomical materials is an important method of treatment aimed at restoring human health, so improving the criminal law regulation of combating illegal transplantation is certainly important.

This article provides a comprehensive scientific and practical analysis of the formation, development and reform of legislation that provides transplantation of anatomical materials to humans. To do this, the author systematically studied the regulatory legislation in the field of transplantation and the changes

that have taken place in it, identified all the changes made to Art. 143 of the Criminal Code of Ukraine during its validity, the impact of these changes on the practice of application of Art. 143 of the Criminal Code of Ukraine.

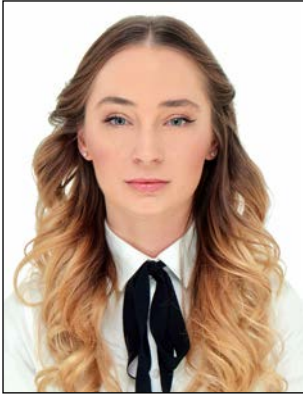
The study of the legal support of transplantation was conducted through three main stages of transformation of legislation during the independence of Ukraine. This allowed us to draw the following conclusions: 1) the subject of the crimes under Art. 143 today is human anatomical materials. This means that, in addition to human organs or tissues, it covers anatomical formations, human cells and human fetal materials; 2) the systematic change of regulatory legislation in the field of transplantation complicates the establishment of the current procedure and conditions of transplantation of human anatomical materials, and, as a consequence, complicates the detection of signs of illegal transplantation; 3) the current corpus delicti provided in Part 1 of Art. 143 of the Criminal Code, is material, which requires the establishment, in addition to the act, socially dangerous consequences (significant harm to the victim) and the causal link between the act and the consequence; 4) the subjective side of the crime provided by part 1 of Art. 143 of the Criminal Code, from the moment of adoption of the Criminal Code of Ukraine until December 28, 2019, both intentional and negligent violation of the statutory procedure for transplantation of human anatomical materials was criminally punished, and from December 29, 2019, the act can only be intentional and the attitude to consequences only negligent; 5) since the adoption of the Criminal Code of Ukraine and until now, the legislator has twice increased the penalties for crimes under Art. 143 of the Criminal Code. In the final case, the penalty was increased for all sanctions under Art. 143 of the Criminal Code without exception.

Keywords: illegal transplantation; medical activity; human anatomical materials; criminal offenses; crimes, criminal liability.

Рекомендоване цитування: Гринчак С. В. Кримінальна відповідальність за незаконну трансплантацію: минуле, сучасне, майбутнє. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 244–256. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239077>.

Suggested Citation: Grynchak, S.V. (2021). Kryminalna vidpovidalnist za nezakonnu transplantatsiiu: mynule, suchasne, maibutnie [Criminal liability for illegal transplantation: past, present, future]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 244–256*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239077> [in Ukrainian].

Надійшла до редакції 19.08.2021 р.



Олійниченко Ангеліна Євгенівна,
державний експерт експертної групи
з питань формування стратегії Директорату
стратегічного планування, координації політики
та євроінтеграції, Мінсоцполітики України,
аспірантка відділу дослідження проблем
кримінального та кримінально-виконавчого
права Науково-дослідного інституту вивчення
проблем злочинності імені академіка
В. В. Сташиса НАПрН України, Україна, м. Харків
e-mail: Angelina.lii@me.com
ORCID 0000-0003-1897-3997

doi: 10.21564/2414–990X.154.239109
УДК 343.27

ОБМЕЖУВАЛЬНІ ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО– ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ В СИСТЕМІ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ ДОМАШНЬОМУ НАСИЛЬСТВУ

Досліджено систему нормативно-правових заходів, що застосовуються до осіб, які підозрюються, обвинувачуються у вчиненні або вчинили домашнє насильство. Проаналізовано існуючі види обмежувальних заходів запобігання та протидії домашньому насильству, розглянуто їх систему та визначено місце в ній обмежувальних заходів кримінально-правового характеру.

Ключові слова: спеціальні заходи щодо запобігання та протидії домашньому насильству; обмежувальні заходи кримінально-правового характеру; обмежувальні заходи кримінально-процесуального характеру; обмежувальний припис; тимчасовий заборонний припис.

Олійниченко А. Е., государственный эксперт экспертной группы формирования стратегий Директората стратегического планирования, формирования стратегий и евроинтеграции Минсоцполитики Украины, аспирант Научно-исследовательского института изучения проблем преступности имени академика В. В. Сташиса НАПрН Украины, Украина, г. Харьков.
e-mail: Angelina.lii@me.com ; ORCID 0000-0003-1897-3997

Ограничительные меры уголовно-правового характера в системе правового обеспечения предупреждения и противодействия домашнему насилию

Статья посвящена исследованию системы нормативно-правовых мер, применяемых к лицам, которые подозреваются, обвиняются в совершении или совершивших домашнее насилие, и определению места в этой системе ограничительных мер уголовно-правового характера. Результатом проведенного исследования стал анализ существующих видов ограничительных мер предупреждения и противодействия домашнему насилию, формирование их системы, а также определение места в ней ограничительных мер уголовно-правового характера.

Ключевые слова: специальные меры по предупреждению и противодействию домашнему насилию; ограничительные меры уголовно-правового характера; ограничительные меры

уголовно-процесуального характера; ограничительное предписание; временное запретительное предписание.

Постановка проблеми. Домашнє насильство – це проблема, яка гостро постає у світових реаліях і потребує системного державного реагування для досягнення позитивного результату щодо подолання такого ганебного явища стало сьогодні «пандемією серед пандемії». За даними Міністерства соціальної політики України, яке є національним координатором щодо запобігання та протидії домашнього насильства, кількість звернень щодо вчинення домашнього насильства тільки за I квартал 2021 р. становить – 44 192 звернень, натомість за I квартал 2020 р. – 46 997, а за I квартал 2019 р. – 31 735 звернень. Це свідчить про загострення ситуації саме в період ізоляції населення, що як ніколи потребувало дієвих державних механізмів допомоги постраждалим та протидії кривдникам.

Уже з 1990-х років Рада Європи розпочала посилення діяльності з боротьби з насильством стосовно жінок, затвердивши свої напрацювання прийняттям у 2002 р. Рекомендацій 1582 про домашнє насильство Парламентської Асамблеї Ради Європи [6]. Ще в 2001 р., прийнявши Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» від 15.11.2001 р. № 2789-III [12], Україна вперше на законодавчому рівні визнала домашнє насильство важливою суспільною проблемою, серйозним порушенням прав людини, які держава має обстоювати й захищати. Утім, Закон України «Про попередження насильства в сім'ї» хоча й вказував на правові та організаційні засади попередження і юридичну відповідальність за вчинення насильства в сім'ї, проте не містив ефективних заходів припинення такого насильства, впливу на кривдників [2], тобто осіб, які вчинили домашнє насильство, та захисту потерпілих від протиправних дій, окрім захисного припису адміністративного характеру. Так, відповідно до положень ст. 13 попереднього законодавства передбачалося, що захисний припис міг бути застосований працівником уповноваженого підрозділу органу Національної поліції до особи, яка вчинила насильство в сім'ї, лише після одержання цієї особою офіційного попередження про неприпустимість таких дій, за умови погодження із начальником відповідного підрозділу Національної поліції та прокурором [12].

Законодавство України про кримінальну відповідальність також не містило спеціальних норм, що визначали б відповідальність за насильство в сім'ї чи передбачали скоєння такого насильства між особами, які перебувають у сімейних чи близьких стосунках, як обставину, що обтяжує кримінальну відповідальність, а також не містило обмежувальних заходів, що могли б застосовуватися до осіб, які вчинили домашнє насильство задля ефективного захисту потерпілих від такого насильства [7]. Відповідно, постало питання щодо комплексного реформування системи нормативно-правових заходів боротьби із цим небезпечним явищем, результат упровадження яких став предметом проведеного дослідження, а саме вивчення питання щодо регламентованої законодавством

системи заходів протидії домашньому насильству та місця в цій системі обмежувальних заходів кримінально-правового характеру, що можуть застосовуватися до осіб, які вчинили домашнє насильство.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ураховуючи новизну як обмежувальних заходів для вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність, так і в цілому правових заходів реагування, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство, слід зазначити, що поглиблене дослідження системи таких заходів, і безпосередньо визначення місця у цій системі заходів кримінально-правового характеру не проводилося. Окремі питання цього напрямку вивчали М. І. Хавронюк (М. І. Havronjuk), О. О. Дудоров (О. О. Dudorov), А. М. Ященко (А. М. Jashhenko), Ю. А. Пономаренко (Ю. А. Ponomarenko), К. А. Новікова (К. А. Novikova), Д. Є. Крикливець (D. Je. Kryklyvec), І. В. Жук (I. V. Zhuk), Т. О. Павлова (Т. О. Pavlova), І. І. Брус (I. I. Brus) та інші (щодо заходів кримінально-правового характеру). Корисними для вивчення питання нормативно-правових заходів, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство, є напрацювання М. М. Легенької (М. М. Legenka) (щодо заходів адміністративного характеру); М. В. Лошицького (М. V. Loshytskyi), С. О. Короеда (S. O. Korojed) (щодо заходів цивільно-процесуального характеру), а також дослідження В. І. Борисова (V. I. Borysov), Д. П. Євтеєвої (D. P. Yevtieieva), І. А. Тітко (I. A. Titko) та О. В. Харитонові (O. V. Kharytonova) (щодо поняття «кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством»).

Метою дослідження є аналіз видів нормативно-правових заходів, що застосовуються до осіб, які підозрюються у вчиненні або вчинили домашнє насильство, формування їх системи та визначення місця обмежувальних заходів кримінально-правового характеру у такій системі. Для розв'язання цієї мети необхідно вивчити законодавчу регламентацію заходів, що застосовується до осіб, які підозрюються у вчиненні або вчинили домашнє насильство на усіх рівнях нормативно-правового регулювання; розмежувати поняття «обмежувальний захід», «запобіжний захід», «обмежувальний припис» та «тимчасовий заборонний припис».

Вклад основного матеріалу. Підвищена увага в Україні до проблеми домашнього насильства простежується у формуванні політики та відповідно реалізації європейських стандартів у сфері протидії такому насильству з часу підписання 11 травня 2011 р. Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами [8], яка отримала назву Стамбульська конвенція та стала вже певним світовим феноменом міжнародного права. На думку президента Парламентської асамблеї Ради Європи Жан-Клода Мін'йона, ця Конвенція є комплексним міжнародним актом, що має сприяти захисту, судовій відповідальності та виробленню відповідної стратегії запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству [7]. Конвенція спрямована на те, щоб забезпечити покращення становища не тільки жінок, а й чоловіків, дітей та людей похилого віку, а також посилити

повагу до прав людини, за умови підтримання її більшістю держав Європи. Підписання, ратифікація та подальша реалізація положень конвенції чітко вказує на визнання державою потреби у справедливості для постраждалих та солідарності з ними.

Нині Україна досі перебуває на шляху прийняття рішення щодо ратифікації Стамбульської конвенції. Планом законопроектної роботи Верховної Ради України на 2021 р. було передбачено на лютий цього року подання проекту закону України «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Стамбульська конвенція)» до Комітету з питань зовнішньої політики та міжпарламентського співробітництва [9] для розгляду, що свідчить про намір законодавця у вирішенні питання щодо ратифікації Конвенції. Хоча станом на 11.08.2021 р. законопроект до зазначеного Комітету Верховної Ради ще не передано, але робота профільного міністерства з приводу належного опрацювання, погодження та обговорення зазначеного законопроекту йде. Тут слід зазначити, що навіть і без ратифікації Конвенції Україна, починаючи з 2017 р., вже внесла низку сутнісних змін до законодавства саме з метою реалізації положень Стамбульської конвенції та впровадження нових європейських стандартів запобігання та протидії домашньому насильству.

Одним із важливих законодавчих вирішень стало уведення нових правових заходів, що застосовуються до осіб, які скоїли домашнє насильство чи підозрюються у його вчиненні. Саме з метою полівекторної реалізації положень Стамбульської конвенції ці заходи закріплені на різних рівнях нормативно-правового регулювання: на *рівні цивільної відповідальності* (обмежувальний припис); *адміністративної відповідальності* (терміновий заборонний припис); на *рівні досудового розгляду кримінального провадження* (обмежувальний захід, як вид запобіжного заходу, який застосовується до осіб, які підозрюються у вчиненні домашнього насильства); на *рівні законодавства про кримінальну відповідальність* (обмежувальний захід кримінально-правового характеру, що застосовується до осіб, які вчинили домашнє насильство) [5]. Це також *заходи адміністративно-профілактичного характеру*, що передбачають здійснення профілактичного обліку таких правопорушників, проведення з ними відповідної профілактичної роботи, а також залучення їх до різноманітних програм для кривдників).

Серед суттєвих кроків держави слід зазначити окремий Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» № 2227-VIII від 06.12.2017 р. [10], який набрав чинності 11 січня 2019 р., та спеціальний новий Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» № 2229-VIII від 07.12.2017 р. [11], яким було внесено зміни до положень Кодексу України про адміністративні правопорушення (ст. 39-1, ст. 173-2) [13], Цивільного процесуального кодексу України [14] (ч. 8 та ч. 11

ст. 128, ст. 350 (1-8), ч. 1 ст. 430), Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» (ст. 21-5) [15].

Разом з тим через появу нових заходів боротьби з домашнім насильством в українському законодавстві та попри невеликий проміжок часу застосування наразі прослідковується певна неузгодженість у нормативно-правовому регулюванні щодо розуміння передумов та підстав застосування таких заходів, обов'язків суб'єктів застосування обмежень і контролю за виконанням останніх.

Так, із метою закріплення переліку нових заходів, що можуть застосовуватися до осіб, які вдаються до домашнього насильства, законодавець виокремив у Законі України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» № 2229-VIII від 07.12.2017 р. (далі – Закон № 2229-VIII) окремий розділ V із відповідною назвою: «Спеціальні заходи щодо протидії домашньому насильству», віднісши згідно зі ст. 24 вказаного Закону до них такі заходи: 1) терміновий заборонний припис стосовно правопорушника; 2) обмежувальний припис щодо нього; 3) взяття кривдника на профілактичний облік та здійснення з ним профілактичної роботи; 4) спрямування правопорушника на проходження відповідної програми для кривдників [11]. Як убачається із викладеного, законодавець за такого підходу не зазначив обмежувальні заходи кримінально-правового та кримінально-процесуального характеру як окремі види спеціальних заходів протидії домашньому насильству. Виокремивши останні, законодавець у п. 10 ст. 26 Закону № 2229-VIII зазначив, що у разі порушення кримінального провадження за фактом учинення домашнього насильства перелік заходів, спрямованих на тимчасове обмеження прав чи покладення обов'язків на підозрювану, обвинувачувану або визнану винною у скоєнні такого кримінального правопорушення особу, а також порядок їх застосування визначаються Кримінальним кодексом України (далі – КК) та Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) [11]. Зазначивши у Законі обмежувальні заходи кримінально-правового характеру та кримінально-процесуального характеру поруч із заходами, іншими за правовою природою, законодавець тим самим обумовив можливість їх сприйняття як таких, що регламентуються цивільно-процесуальним законодавством. Таке невдале вирішення викликало суперечності та помилки у розумінні і застосуванні цих заходів як серед фахівців із питань протидії домашньому насильству, так і серед громадян, які бажають реалізувати своє право на забезпечення від такого насильства. Фактично сталася плутанина щодо суб'єктів, порядку, передумов та підстав застосування правових заходів запобігання домашньому насильству. Так, обмежувальний припис, на який вказує законодавець у Законі № 2229-VIII, за своєю правовою природою є не заходом стягнення або покарання особи, що закріплені у Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) та у КК, а тимчасовим заходом, спрямованим на попередження вчинення насильства й забезпечення осіб до розв'язання питання про юридичну оцінку діяння кривдника з прийняттям відповідного рішення щодо нього в адміністративних чи кримінальних провадженнях [1].

Що стосується питання передумови застосування обмежувальних заходів кримінально-правового характеру до осіб, які вчинили домашнє насильство, то воно також є на сьогодні дискусійним у практичній площині, і не випадково стало предметом фахового обговорення [4]. Так, ґрунтовними є судження В. І. Борисова та Д. П. Євтеєвої щодо поняття «злочину, що пов'язаний із домашнім насильством», під яким автори розуміють будь-яке кримінальне правопорушення, вчинене за обставин, які мають хоча б один із перелічених у ст. 1 Закону № 2229-VIII елементів, незалежно від наявності вказівки на нього в нормі певної статті (частині статті) КК як на конститутивну ознаку кримінального правопорушення або ознаку кримінального правопорушення (злочину) з обтяжуючими обставинами [3]. Автори Науково-практичного коментаря Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 2020 р. [1] переконані, що у п. 10 ст. 26 Закону № 2229-VIII законодавець припускається певної термінологічної неточності, оскільки ототожнює кримінальне правопорушення, пов'язане з домашнім насильством, тільки із домашнім насильством, передбаченим ст. 126-1 КК. Водночас перелік заходів щодо тимчасового обмеження прав чи покладення обов'язків стосується особи, яка підозрюється, обвинувачується у вчиненні не тільки домашнього насильства, зазначеного у ст. 126-1 КК, а й іншого кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством.

Для подолання зазначених неузгодженостей вважаємо можливим запропонувати таку *систему* правових заходів протидії домашньому насильству з урахуванням ступеня шкідливості чи тяжкості правопорушення, яке віднесене до певного рівня нормативно-правового регулювання.

1. *Терміновий заборонний припис адміністративно-правового характеру* (ст. 25 Закону № 2229-VIII та наказ МВС від 01.08.2018 р. № 654) [16]:

– передумовою його застосування є адміністративне правопорушення, тобто суспільно шкідливе протиправне винне діяння, що передбачене ст. 173-2 КУпАП, яке полягає в умисному вчиненні будь-яких діянь фізичного, психологічного або економічного характеру (застосування погроз, образ чи переслідувань, насильства, що не супроводжується заподіянням тілесних ушкоджень, позбавлення їжі, житла, одягу чи будь-якого іншого майна тощо), що призвело (або могло призвести) до заподіяння шкоди фізичному чи психічному здоров'ю потерпілої особи [13];

– підставою застосування є терміновий заборонний припис, що виноситься або за заявою потерпілої особи, або ж за власною ініціативою співробітником уповноваженого підрозділу Національної поліції України внаслідок оцінки ним ризиків наявності безпосередньої загрози для життя та здоров'я постраждалого заради негайного припинення насильства в сім'ї, недопущення його продовження чи вчинення повторно [16];

– суб'єктом призначення є Національна поліція України (її уповноважений працівник);

– строк призначення – до 10 діб.

2. *Обмежувальний припис цивільно-процесуального характеру* (ст. 26 Закону та Глава 13 ЦПК України):

– передумовою застосування цього заходу є цивільно-правовий проступок, тобто суспільно шкідливе протиправне діяння, яке передбачене ст. 1 Закону № 2229-VIII, а саме, дія (бездіяльність) фізичного, психологічного, сексуального чи економічного насильства, вчиненого в сім'ї або за місцем проживання або між родичами, або між подружжям (колишнім чи теперішнім), або між спільно проживаючими однією сім'єю особами, які при цьому не перебувають (не перебували) між собою у шлюбі чи родинних стосунках, незалежно від того, чи співпадає місце проживання особи, яка вдалася до домашнього насильства, та особи, що постраждала від нього, а так само погрози вчинення таких діянь [11];

– підставою застосування є рішення суду, повідомлення про видачу або продовження обмежувального припису за заявою зацікавлених осіб;

– суб'єктом призначення є суд.

– строк призначення – від одного до шести місяців.

3. *Запобіжний захід кримінально-процесуального характеру*, що застосовуються до підозрюваних у скоєнні домашнього насильства осіб (п. 10 ст. 25 Закону та п. 6 ст. 194 КПК України):

– передумовою його застосування є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою пов'язаного з домашнім насильством кримінального правопорушення, а саме суспільно небезпечного діяння (злочину), передбаченого ст. 126¹ КК, та будь-якого іншого кримінального правопорушення, вчиненого за обставин, які свідчать про наявність у діянні хоча б одного з перелічених у ст. 1 Закону № 2229-VIII елементів (ознак), незалежно від вказівки на нього в нормі статті (частині статті) КК, що інкримінується, як на конститутивну ознаку кримінального правопорушення (злочину) або відображення як обставини, що обтяжує кримінальну відповідальність;

– підставою застосування є наявність ризиків, які дають достатню інформацію слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України, а також наявність інтересу потерпілого від кримінального правопорушення (злочину), що пов'язане з насильством у сім'ї;

– суб'єктом призначення є слідчий суддя (органи досудового розслідування);

– строк призначення – не більше двох місяців, але може бути продовжений за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора.

4. *Обмежувальний захід кримінально-правового характеру*, що застосовується до осіб, які скоїли домашнє насильство (п. 10 ст. 25 Закону та ст. 91-1 КК України):

– передумовою його застосування є вчинення особою злочину (тільки цього різновиду кримінального правопорушення), що пов'язане з домашнім насильством, тобто суспільно небезпечного діяння, передбаченого

ст. 126¹ КК, або будь-якого іншого злочину, обставини скоєння якого підтверджують наявність у діянні хоча б одного з тих елементів (ознак) домашнього насильства, що перелічені у ст. 1 Закону № 2229-VIII, незалежно від вказівки на нього в нормі інкримінованої статті (частині статті) КК як конститутивної ознаки злочину або відображення як обставини, що обтяжує кримінальну відповідальність;

– підставою застосування є інтерес потерпілого від злочину, пов'язаного з домашнім насильством, який ураховується судом при винесенні рішення щодо застосування обмежувального заходу як додаткового заходу кримінально-правового характеру до покарання або ж звільнення особи від покарання чи від кримінальної відповідальності;

– суб'єктом призначення є суд;

– строк призначення – від одного до трьох місяців, але за потреби строки можуть подовжуватися на більш тривалий термін, що визначається судом, який при цьому не може бути більшим за 12 місяців.

5. *Взяття кривдника на профілактичний облік і проведення з ним профілактичної роботи* як захід адміністративно-правового характеру (п. 3 ст. 23 Закону № 2229-VIII та Порядок взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України, що затверджений наказом МВС України від 25.02.2019 № 124) [17]:

– передумовою його застосування може бути будь-який за ступенем суспільної небезпечності прояв домашнього насильства, тобто будь-яке закріплене у ст. 1 Закону № 2229-VIII, ст. 173-2 КУпАП, ст. 126-1 КК чи нормах інших статей КК (що передбачають злочин) діяння (дія, бездіяльність), обставини вчинення якого свідчать про те, що воно містить хоча б один із елементів (ознак) насильства в сім'ї;

– підставою застосування є складений адміністративний протокол про передбачене ст. 173-2 КУпАП адміністративне правопорушення; винесений співробітником уповноваженого підрозділу поліції терміновий заборонний припис щодо кривдника; одержання уповноваженим підрозділом поліції в порядку, встановленому законом, інформації про видачу судом обмежувального припису кривднику (п. 6 ст. 26 Закону № 2229-VIII та ст. 350-8 Цивільного процесуального кодексу); рішення суду про накладення адміністративного стягнення за вчинення передбаченого ст. 173-2 КУпАП адміністративного правопорушення [17] (скоєння домашнього насильства чи насильства за ознакою статі, невиконання термінового заборонного припису чи неповідомлення особою про місце її тимчасового перебування); порушення кримінального провадження у зв'язку з учиненням кривдником домашнього насильства або ж насильства за ознакою статі; повідомлення установи виконання покарань про звільнення від відбування покарання особи, засудженої за насильство в сім'ї чи насильство за ознакою статі [17];

– суб'єктом призначення є Національна поліція України;

– строк призначення визначається відповідно до строків застосування заходів тимчасового обмеження прав чи покладення обов'язків на правопоруш-

ника, що передбачені обмежувальним приписом стосовно кривдника, а в разі продовження припису – на встановлений судом строк; упродовж одного року з дня виявлення останнього факту скоєння домашнього насильства у випадку, коли обмежувальний припис щодо кривдника судом не виносився; упродовж одного року з дня накладення судом адміністративного стягнення за вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі; до набрання законної сили вироком суду у відкритому за фактом вчинення зазначених діянь кримінальному провадженні; до погашення або зняття судимості за розглядуване кримінальне правопорушення.

6. *Направлення правопорушника на проходження програми для кривдників є як окремим заходом, так і складовою обмежувальних заходів кримінального та кримінально-процесуального характеру.* Про існування зазначеного заходу, як окремого виду, свідчить, зокрема, передбачена ст. 390-1 КК кримінальна відповідальність за невиконання обмежувальних заходів, обмежувальних приписів чи непроходження програми для кривдників:

– передумовою спрямування на проходження програми може виступати будь-який прояв домашнього насильства, незалежно від суспільної шкідливості чи небезпечності останнього, тобто будь-яке з передбачених у ст. 1 Закону № 2229-VIII, ст. 173-2 КУпАП, ст. 126-1 КК діянь (дій або бездіяльності), а також будь-який інший злочин, обставини вчинення яких можуть бути свідченням присутності у діянні особи принаймні одного з елементів (ознак) насильства в сім'ї;

– підставою направлення є рішення суду, а так само участь у програмі за власною ініціативою кривдника на підставі результатів оцінки ризиків та враховуючи інтереси потерпілого [18];

– суб'єктом направлення є суд або кривдник, що бере участь у такій програмі за власною ініціативою;

– строк призначення – від трьох місяців до одного року.

Таким чином, на відміну від запропонованих законодавцем та закріплених у ст. 24 Закону № 2229-VIII спеціальних заходів, спрямованих на протидію домашньому насильству, наведені вище види обмежувальних заходів засвідчують наявність більш розгорнутої системи нормативно-правового регулювання застосування обмежувальних заходів запобігання та протидії домашньому насильству, на яку й треба орієнтуватися при обранні відповідного обмежувального заходу (див. табл. 1).

Таблиця 1. Система правових заходів щодо запобігання та протидії домашньому насильству

За ст. 24 Закону № 2229-VIII (спеціальні заходи)	Результат дослідження (фактична система правових заходів)
1) терміновий заборонний припис стосовно кривдника;	1) терміновий заборонний припис щодо кривдника;

За ст. 24 Закону № 2229-VIII (спеціальні заходи)	Результат дослідження (фактична система правових заходів)
<p>2) обмежувальний припис щодо нього;</p> <p>3) взяття кривдника на профілактичний облік та проведення з ним профілактичної роботи;</p> <p>4) направлення правопорушника на проходження програми для кривдників</p>	<p>2) обмежувальний припис цивільно-процесуального характеру стосовно кривдника;</p> <p>3) обмежувальний захід кримінально-процесуального характеру стосовно підозрюваного чи обвинуваченого;</p> <p>4) обмежувальний захід кримінально-правового характеру стосовно осіб, які вчинили домашнє насильство;</p> <p>5) взяття особи, яка вчинила домашнє насильство, на профілактичний облік та проведення з нею профілактичної роботи;</p> <p>6) спрямування правопорушника на проходження програми для кривдників</p>

Що стосується сфер різних проваджень (адміністративного, цивільного, кримінально-процесуального та кримінального), в межах яких реалізуються правові заходи запобігання та протидії домашньому насильству, то вважаємо за доцільне запропонувати таке їх схематичне зображення у вигляді системи (див. табл. 2).

Таблиця 2. Види правових заходів запобігання та протидії домашньому насильству

Адміністративно-правового характеру	Цивільно-правового характеру	Кримінально-процесуального характеру	Кримінально-правового характеру
Терміновий заборонний припис за ст. 25 ЗУ та у порядку КУпАП	Обмежувальний припис за ст. 26 ЗУ та у порядку ЦПК	Обмежувальний захід передбачений п. 6 ст. 194 КПК	Обмежувальний захід за ст. 91-1 ККУ
зобов'язання залишити місце проживання (перебування) особи, що постраждала	<i>не передбачено</i>	<i>не передбачено</i>	<i>не передбачено</i>

Адміністративно-правового характеру	Цивільно-правового характеру	Кримінально-процесуального характеру	Кримінально-правового характеру
<i>заборона</i> на вхід і перебування у місці проживання (перебування) особи, постраждалої від домашнього насильства	<i>заборона</i> перебувати у місці спільного проживання (перебування) з постраждалою від домашнього насильства особою	<i>заборона</i> перебувати у місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства	<i>заборона</i> перебувати у місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства
<i>не передбачено</i>	<i>усунення</i> перешкод у користуванні майном, яке перебуває у спільній сумісній власності або є особистою приватною власністю постраждалої від домашнього насильства особи	<i>не передбачено</i>	<i>не передбачено</i>
<i>не передбачено</i>	<i>обмеження</i> спілкування з дитиною, що постраждала від домашнього насильства	<i>обмеження</i> спілкування з дитиною, стосовно якої або у присутності якої було вчинене домашнє насильство	<i>обмеження</i> спілкування з дитиною стосовно якої або у присутності якої було вчинене домашнє насильство
<i>не передбачено</i>	<i>заборона</i> наближатися до постраждалої особи на визначену відстань до місця її проживання (перебування), навчання, роботи чи інших місць частого відвідування	<i>заборона</i> наближатися на визначену відстань до місця, де постраждала від домашнього насильства особа може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати по роботі, навчанню, у зв'язку з лікуванням чи з інших причин	<i>заборона</i> наближатися на визначену відстань до місця, де постраждала від домашнього насильства особа може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати по роботі, навчанню, у зв'язку з лікуванням чи з інших причин

Адміністративно-правового характеру	Цивільно-правового характеру	Кримінально-процесуального характеру	Кримінально-правового характеру
<i>не передбачено</i>	<i>заборона розшукувати постраждалу особу особисто і через третіх осіб, якщо вона за власним бажанням перебуває у невідомому кривднику місці, переслідувати її та в будь-який спосіб спілкуватися з нею</i>	<i>не передбачено</i>	<i>не передбачено</i>
<i>не передбачено</i>	<i>заборона листуватися, вести телефонні переговори з постраждалою особою або контактувати з нею через інші засоби зв'язку особисто і через третіх осіб</i>	<i>заборона листування, телефонних розмов із постраждалою від домашнього насильства особою, встановлення інших контактів засобами зв'язку чи через електронні комунікації особисто або через третіх осіб</i>	<i>заборона листування, телефонних переговорів із постраждалою від домашнього насильства особою, встановлення інших контактів засобами зв'язку чи через засоби електронних комунікацій особисто або через третіх осіб</i>
А також, додатково можуть застосовуватися: <i>направлення правопорушника на проходження програми для кривдників, як захід адміністративно-правового характеру (п. 4 ст. 23 ЗУ № 2229-VIII ст. 39-1 КУпАП)</i>	А також, додатково можуть застосовуватися: <i>направлення правопорушника на проходження програми для кривдників, як захід цивільно-правового характеру (п. 4 ст. 23, ч. 6, 8, 9 ст. 28 ЗУ № 2229-VIII)</i>	<i>направлення на лікування від алкогольної, наркотичної та іншої залежності, а також від небезпечних для оточуючих хвороб, спрямування на проходження програми для кривдників</i>	<i>направлення для проходження програми для кривдників</i>

Адміністративно-правового характеру	Цивільно-правового характеру	Кримінально-процесуального характеру	Кримінально-правового характеру
взяття кривдника на профілактичний облік та проведення із ним профілактичної роботи, як захід адміністративно-правового характеру (п. 3 ст. 23 ЗУ № 2229-VIII)	взяття на профілактичний облік особи, яка вчинила домашнє насильство, та проведення з нею профілактичної роботи в межах цивільного провадження	взяття на профілактичний облік особи, яка вчинила домашнє насильство, та проведення з нею профілактичної роботи в межах кримінального провадження	взяття на облік особи, що вчинила домашнє насильство, в межах пробаційної програми

Висновки. Дослідження нормативно-правових актів, що регулюють застосування правових заходів протидії домашньому насильству, дало можливість сформулювати *розгорнуту (міжгалузеву) систему правових заходів протидії домашньому насильству*, а також розв'язати питання щодо місця у зазначеній системі обмежувального заходу кримінально-правового характеру, що застосовується до осіб, які вчинили домашнє насильство.

Обмежувальний захід кримінально-правового характеру, що застосовується до осіб, які вчинили домашнє насильство, має відмінність від інших у такому: 1) щодо його передумови, підстав, суб'єктів та строків застосування; 2) він є найсуворішим засобом тимчасового обмеження прав правопорушника; 3) суд має можливість застосувати цей захід на значно триваліший термін, на відміну від правил застосування спеціальних правових заходів протидії домашньому насильству інших галузей законодавства; 4) застосування обмежувальних заходів кримінально-правового характеру можливе при умові призначення засудженому покарання без позбавлення волі, а також одночасно із звільненням особи від кримінальної відповідальності або покарання.

Намір держави щодо застосування обмежувальних заходів кримінально-правового характеру до правопорушника полягає більше у захисті потерпілих від домашнього насильства, аніж у посиленні карального впливу на правопорушників.

Що стосується заявленої системи в цілому, то через однаковість видів певних нормативно-правових заходів протидії домашньому насильству, важливо мати чіткі знання про *передумову* їх застосування, тобто стосовно діяння, за вчинення якого застосовується захід державно-правового характеру; *підстави* застосування; *суб'єктів* застосування та *строків* застосування того чи іншого заходу протидії домашньому насильству. Але більш принциповим питанням

є чітке розмежування діянь, що у правовій реальності є доволі проблемним стосовно їх юридичної кваліфікації, внаслідок, як було показано, майже повної однаковості форм їх зовнішнього прояву.

Отже, зараз система нормативно-правових заходів запобігання та протидії домашньому насильству складається з видів заходів щодо тимчасового обмеження прав та покладення обов'язку на кривдника, який вчинив домашнє насильство, а також із заходів, що застосовуються до особи, яка підозрюється, обвинувачується або вчинила кримінальне правопорушення, пов'язане з домашнім насильством. Різновидами останніх є: 1) взяття на профілактичний облік кривдника та проведення з ним профілактичної роботи; 2) направлення кривдника на проходження програми для кривдників; 3) терміновий заборонний припис стосовно кривдника; 4) обмежувальний припис цивільно-правового характеру; 5) обмежувальний захід кримінально-процесуального характеру, що застосовується до особи, яка підозрюється або обвинувачується у скоєнні домашнього насильства та 6) обмежувальний захід кримінально-правового характеру. Ці заходи застосовується до осіб, які вчинили домашнє насильство, і хоча мають різні передумови, підстави, суб'єктів та строк призначення, але об'єднані єдиним наміром щодо захисту осіб, які потерпають від домашнього насильства.

Список літератури

1. Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» / кол. авт. ; за заг. ред. К. Б. Левченко, К. В. Павліченко, В. В. Чернея. Київ : МВС України ; Нац. акад. внутр. справ, 2020. 396 с.
2. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М. І. Хавронюка. Київ : Ваіте, 2019. 288 с.
3. Борисов В. І., Євтеєва Д. П. Щодо тлумачення поняття «злочин, пов'язаний з домашнім насильством». *Засади функціонування кримінальної юстиції* : збірник тез Всеукр. заочної наук.-практ. конф. (м. Хмельницький, 15 трав. 2020 р.). Хмельницький, 2020. С. 5–9. URL: http://old.univer.km.ua/doc/zbirniki/zbirka_20200515.pdf.
4. Олійниченко А. Є. Домашнє насильство як передумова застосування обмежувальних заходів за Кримінальним кодексом України. *Питання боротьби зі злочинністю*. Вип. 40. С. 117–125. Харків : Право, 2020. URL: https://ivpz.kh.ua/wp-content/uploads/2021/03/36_Питання-боротьби_№40_2020_пв4.pdf.
5. Олійниченко А. Є. Щодо змісту понять «домашнє насильство» та «злочин, пов'язаний з домашнім насильством» ст. 91¹ Кримінального кодексу України. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності* : матеріали IV Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Хмельницький, 26 лют. 2021 р.). Хмельницький, 2021.
6. Документи, прийняте Ассамблеєю. СЕССИЯ 2002 г. (четвертая часть). (23–27 сентября 2002 г.). URL: <https://rm.coe.int/16806415c5> (дата звернення: 15.06.2021).
7. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська Конвенція). Довідник для членів парламенту. Рада Європи. Оновлена редакція. 2013. URL: <https://rm.coe.int/1680096e45> (дата звернення: 29.06.2021).
8. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами від 11.05.2011. URL: <https://rm.coe.int/1680093d9e>. (дата звернення: 13.04.2020 р.).

9. Проект Постанови про План законопроектної роботи Верховної Ради України на 2021 рік. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70974 (дата звернення: 29.06.2021 р.).

10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон України від 22.11.2018 р. № 2617-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19/conv#n127> (дата звернення: 29.06.2021).

11. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 01.01.2020 р. № 2229-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19#Text> (дата звернення: 29.06.2021).

12. Про попередження насильства в сім'ї : Закон України від 15.11.2001 р. № 2789-III (втрата чинності від 07.01.2018 на підставі – 2229-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2789-14#Text> (дата звернення: 09.06.2021).

13. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 27.05.2021 р. № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення: 29.06.2021).

14. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 29.06.2021 р.).

15. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 08.09.2005 р. № 2866-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15#Text> (дата звернення: 29.06.2021 р.).

16. Про затвердження Порядку винесення уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України термінового заборонного припису стосовно кривдника : наказ МВС від 01.08.2018 р. № 654. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0965-18#Text> (дата звернення: 11.08.2021 р.).

17. Порядок взяття на профілактичний облік, проведення профілактичної роботи та зняття з профілактичного обліку кривдника уповноваженим підрозділом органу Національної поліції України : затв. наказом МВС України від 25.02.2019 р. № 124. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0270-19#Text> (дата звернення: 09.06.2021).

18. Типова програма для кривдників : наказ Міністерства соціальної політики України від 01.01.2018 р. № 1434. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1222-18#Text> (дата звернення: 09.06.2021).

19. Проект нового Кримінального кодексу України. Контрольний текст станом на 31.05.2021 р. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/06/01/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-31-05-2021.pdf> (дата звернення: 29.06.2021 р.).

References

1. Levchenko, K.B., Pavlichenko, K.V., Chernjei, V.V. (Eds.). (2020). *Naukovo-praktychnyj komentar Zakonu Ukrainy «Pro zapobigannja ta protydiju domashnomu nasylystvu»*. Kyiv: MVS Ukrainy; Nac. akad. vnutr. sprav [in Ukrainian].

2. Dudorov, O.O., Havronjuk, M.I. (2019). *Vidpovidalnist za domashnie nasylystvo i nasylystvo za oznakoiu staty (naukovo-praktychnyj komentar novel Kryminalnoho kodeksu Ukrainy)*. M. I. Havronjuk (Ed.). Kyiv: Vaite [in Ukrainian].

3. Borysov, V.I., Jevtjejeva, D.P. (2020). *Shchodo tлумachennia poniattia «zlochyn, pov'iazanyi z domashnim nasylystvom»*. *Zasady funkcionuvannia kryminalnoi yustytzii: zb. tez Vseukr. zaochnoi nauk.-prakt. konf. (m. Khmelnytskyi, 15 trav. 2020 r.)*. – *Principles of functioning of criminal justice: Proceedings of the Scientific and Practical Conference*. URL: http://old.univer.km.ua/doc/zbirniki/zbirka_20200515.pdf [in Ukrainian].

4. Oliinychenko, A.Ye. (2020). *Domashnie nasylystvo yak peredumova zastosuvannia обмеzhuvalnykh zakhodiv za Kryminalnym kodeksom Ukrainy*. *Issues of Crime Prevention, 40, 117–125*. Kharkiv: Pravo. URL: https://ivpz.kh.ua/wp-content/uploads/2021/03/Zb_Pytannjaborot_by_Ne40_2020_pv4.pdf [in Ukrainian].

5. Oliinychenko, A.Ye. (2021). Shchodo zmistu poniat “domashnie nasylstvo” ta “zlochyn, poviazanyi z domashnim nasylstvom” st. 91-1 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. *Aktualni problemy kryminalnoho prava, protsesu, kryminalistyky ta operatyvno-rozshukovoi diialnosti: materialy IV Vseukr. nauk.-prakt. konf. (m. Khmelnytskyi, 26 liut. 2021 r.)*. – *Actual problems of criminal law, process, criminology and operative-search activity: Proceedings of the Scientific and Practical Conference* [in Ukrainian].

6. Dokumenty, prinjatyje Assambleej. SESSIJa 2002 g. (chetvertaja chast'). (23–27 sentjabrja 2002 g.). URL: <https://rm.coe.int/16806415c5> [in Russian].

7. Konventsiiia Rady Yevropy pro zapobihannia nasylstvu stosovno zhinok i domashnomu nasylstvu ta borotbu z tsymy yavyschamy (Stambulska Konventsiiia). Dovidnyk dlia chleniv parlamentu. Rada Yevropy. Onovlena redaktsiia. (2013). URL: <https://rm.coe.int/1680096e45>.

8. Konventsiiia Rady Yevropy pro zapobihannia nasylstvu stosovno zhinok i domashnomu nasylstvu ta borotbu z tsymy yavyschamy vid 11.05.2011. URL: <https://rm.coe.int/1680093d9e>.

9. Proiekt Postanovy pro Plan zakonoproiektnoi roboty Verkhovnoi Rady Ukrainy na 2021 rik. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70974.

10. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo sproshchennia dosudovoho rozsliduvannia okremykh katehoriy kryminalnykh pravoporushen: Zakon Ukrainy vid 22 lystopada 2018 r. № 2617-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19/conv#n127>.

11. Pro zapobigannja ta protydiu domashnomu nasylstvu: Zakon Ukrainy vid 1 sichnja 2020 r. №2229-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19#Text>. [in Ukrainian].

12. Pro poperedzhennia nasylstva v sim'i: Zakon Ukrainy vid 15.11.2001 r. № 2789-III (vtrata chynnosti vid 07.01.2018 na pidstavi – 2229-VIII). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2789-14#Text>.

13. Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennja: Zakon Ukrainy vid 27 travnja 2021 r. № 8073-H. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>.

14. Cylvilnyj procesualnyj kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 18 bereznja 2004 r. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

15. Pro zabezpechennia rivnykh prav ta mozhlyvostei zhinok i cholovikiv: Zakon Ukrainy vid 08.09.2005 r. № 2866-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15#Text>.

16. Pro zatverdzhennia Poriadku vynesennia upovnovazhenymy pidrozdilamy orhaniv Natsionalnoi politsii Ukrainy terminovoho zaboronnoho prypysu stosovno kryvdnyka: nakaz MVS vid 01.08.2018 r. № 654. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0965-18#Text>.

17. Poriadok vziattia na profilaktychnyi oblik, provedennia profilaktychnoi roboty ta zniattia z profilaktychnoho obliku kryvdnyka upovnovazhenym pidrozdilom orhanu Natsionalnoi politsii Ukrainy: zatv. nakazom MVS Ukrainy vid 25.02.2019 r. № 124. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0270-19#Text>.

18. Typova programa dlja kryvdnykiv: nakaz Ministerstva sotsialnoi polityky Ukrainy vid 01.01.2018 r. № 1434. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1222-18#Text>.

19. Proiekt novoho Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Kontrolnyi tekst stanom na 31.05.2021 r. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/06/01/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-31-05-2021.pdf>.

Oliinychenko A. Ye., State Expert of Ministry of Social Policy of Ukraine, Postgraduate Student of the Academician Stashis Scientific Research Institute for the Study of Crime Problems of the National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: Angelina.lii@me.com ; ORCID 0000-0003-1897-3997

Restrictive measures of a criminal law nature in the system of legal regulation of prevention and to combat domestic violence

The article is devoted to the study of the system of state measures applied to persons, who are suspected, accused of committing or having committed domestic violence, as well as determining the place of restrictive measures of a criminal law nature in the proposed system.

For this purpose, it is necessary to conduct an analysis of the legislative regulation of state measures applicable to persons suspected of committing or having committed domestic violence at all levels of Normative legal regulation; to delimitate the terms “restrictive measure”, “precautionary measure”, “restrictive prescription” and “temporary prohibition injunction” and to analyse the expediency of the new term “security measures” proposed by the draft of the new Criminal Code of Ukraine.

The result of the conducted study is an analysis of the existing state measures to combat domestic violence in order to form a system of special measures to combat domestic violence, as well as examination of the issue concerning the place of restrictive measures of a criminal law nature applicable to persons having committed domestic violence. So, today, the system of special measures to combat domestic violence consists of types of measures to temporarily restrict the rights and obligations of the perpetrator who committed domestic violence, as well as to a person suspected, accused or committed a criminal offense related to domestic violence. The types of such measures are taking the offender into preventive registration and carrying out preventive work with him; referral of the offender to the offender program; a temporary injunction; a restrictive prescription of a civil nature a restrictive measure of a criminal procedure nature applicable to persons suspected or accused of committing domestic violence; and a restrictive measure of a criminal nature nature applicable to persons who have committed domestic violence having different preconditions, grounds, subjects and the term of appointment, but have the sole intention of protecting persons suffering from domestic violence.

Keywords: special measures to combat domestic violence; restrictive measures of a criminal law nature; restrictive measures of a criminal procedure nature; restrictive prescription; temporary prohibition injunction.

Рекомендоване цитування: Олійниченко А. Є. Обмежувальні заходи кримінально-правового характеру в системі правового забезпечення запобігання та протидії домашньому насильству. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 257–273. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239109>.

Suggested Citation: Oliinychenko, A.Ye. (2021). Obmezhuvalni zakhody kryminalno-pravovoho kharakteru u systemi pravovoho zabezpechennia zapobihannia ta protydii domashnomu nasylstvu [Restrictive measures of a criminal law nature in the system of legal regulation of prevention and to combat domestic violence]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 257–273*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239109> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 20.08.2021 р.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



Щёкин Юрий Вадимович,
доктор юридических наук, доцент,
доцент кафедры права Европейского Союза,
Национальный юридический университет
имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков
e-mail: yuri.v.shchokin@gmail.com
ORCID 0000-0002-8082-2367

doi: 10.21564/2414–990X.154.238587
УДК 341.01

ПРИЗВАНИЕ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВА ЗА НАРУШЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В ОТНОШЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО СООБЩЕСТВА В ЦЕЛОМ

*В статье рассмотрены особенности применения п. 1 (b) ст. 48 Проекта статей об ответственности государств, разработанного Комиссией международного права ООН и принятого к сведению Генеральной Ассамблеей ООН резолюцией 56/83 от 12 декабря 2001 г. Норма данной статьи закрепляет право любого государства, не являющегося потерпевшим, призвать к международно-правовой ответственности государство, совершившее нарушение обязательства в отношении международного сообщества в целом. Обращено внимание на то, что понятие «обязательство в отношении международного сообщества в целом» – это новая категория, предложенная Комиссией международного права в рамках прогрессивного развития теории норм *erga omnes* и *jus cogens*. Автор сравнивает данные виды обязательств и указывает на ряд проблем, которые могут возникнуть при толковании данного понятия с целью практического применения данной нормы.*

Ключевые слова: *actio popularis*; международно-правовая ответственность государств; призывание к международно-правовой ответственности; обязательства в отношении международного сообщества в целом; международное сообщество; нормы *jus cogens*; нормы *erga omnes*.

Щокін Ю. В., доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри права Європейського Союзу, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail: yuri.v.shchokin@gmail.com ; ORCID 0000-0002-8082-2367

Покликання до відповідальності держави за порушення зобов'язань щодо міжнародної спільноти в цілому

У статті розглянуто особливості застосування п. 1 (b) ст. 48 Проекту статей про відповідальність держав, розробленого Комісією міжнародного права ООН і прийнятого до відома Генеральною Асамблеєю ООН резолюцією 56/83 від 12 грудня 2001 р. Норма даної статті закріплює

право будь-якої держави, яка не є потерпілою, закликати до міжнародно-правової відповідальності державу, що вчинила порушення зобов'язання щодо міжнародного співтовариства в цілому. Звернено увагу на те, що поняття «зобов'язання щодо міжнародної спільноти в цілому» – це нова категорія, що запропонована Комісією міжнародного права в рамках прогресивного розвитку теорії норм *erga omnes* і *jus cogens*. Автор порівнює дані види зобов'язань і вказує на низку проблем, що можуть виникнути при тлумаченні даного поняття з метою практичного застосування цієї норми.

Ключові слова: *actio popularis*; міжнародно-правова відповідальність держав; покликання до міжнародно-правової відповідальності; зобов'язання щодо міжнародної спільноти в цілому; міжнародне співтовариство; норми *jus cogens*; норми *erga omnes*.

Введение. Использование международно-правовых механизмов призвания к ответственности одним или несколькими государствами государств-правонарушителей в целях поддержания всеобщего мира и правопорядка – в целом достаточно известная идея, обсуждаемая в доктрине международного права не один десяток лет. Не будет преувеличением утверждать, что она пронизывает всё международное право, заложенное государствами – учредителями Организации Объединённых Наций. И с её развитием осознание важности и актуальности этой цели для формирования единой и эффективной системы общего международного права всё больше укрепляется.

Несмотря на наличие очевидных процессов фрагментации международного права, в его основе остаются универсальные международно-правовые ценности, нуждающиеся в эффективной защите. Одним из важнейших элементов этой защиты выступает институт призвания к международно-правовой ответственности государства за нарушение обязательств перед международным сообществом в целом. На данный момент итог многолетней дискуссии о содержании этого института воплотился в Проекте статей об ответственности государств, принято к сведению Генеральной Ассамблеей ООН своей резолюцией 56/83 от 12 декабря 2001 г. [7] (далее – Проект 2001). Несмотря на то, что перспективы превращения Проекта 2001 в полноценный международный многосторонний договор выглядят весьма туманными, его нормы, по всеобщему признанию специалистов, стали или имеют высокую вероятность стать международно-правовыми обычаями.

Постановка проблемы. Право одного государства на призвание к международно-правовой ответственности другого государства за нарушение им обязательств в отношении международного сообщества в целом предусмотрено п. 1 (b) ст. 48 Проекта 2001. Эта статья регулирует отношения «призвания к ответственности государством, иным, чем потерпевшее государство». Буквально норма п. 1 (b) ст. 48 сформулирована следующим образом:

«Любое государство, иное, чем потерпевшее государство, вправе призвать к ответственности другое государство в соответствии с пунктом 2, если ... нарушенное обязательство является обязательством в отношении международного сообщества в целом».

Статья 48 Проекта 2001 стала одним из воплощений продолжающейся уже несколько десятилетий дискуссии о международно-правовой ответственности

государств за нарушения норм общего международного права. Результат, на который вышла Комиссия международного права ООН (далее – КМП) в 2001 г., приняв Проект 2001, добавил в неё новых оттенков. «Обязательства в отношении международного сообщества в целом» стали одним из них, поскольку они были явно обособлены от «обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права», ответственность за «серьёзные нарушения» которых предусмотрены Главой III (статьи 40 и 41) Проекта 2001.

Этот нюанс был сразу отмечен в зарубежной доктрине. На него, в частности, обратили внимание такие ученые как В. Х. Асевес (W. J. Aceves), А. Бёрд (A. Bird), И. Б. Вейсс (E. B. Weiss), Н. Ч. Димовска (N. Ch. Dimovska), К. Кавасаки (K. Kawasaki), Дж. Кроуфорд (J. Crawford), П. Клейн (P. Klein), И. Скоббье (I. Scobbie), С. Чубрикье (S. Chubrikj), М. Хаками (M. Nakimi). В российской доктрине международного права подготовлено ряд серьёзных работ по проблемам содержания и юридического значения основных принципов международного права, норм *jus cogens* и *erga omnes*, в частности, такими специалистами, как Л. А. Алексидзе, Л. П. Ануфриева, И. И. Лукашук, Е. Т. Усенко, С. В. Черниченко и др. В украинской доктрине данная тема проигнорирована практически полностью.

Цель настоящей статьи состоит в раскрытии содержания понятия «обязательства в отношении международного сообщества в целом» как одного из новых направлений развития норм общего международного права.

Изложение основного материала. Включение в Проект 2001 ст. 48 стало прямым следствием применения КМП концепции «объективной» ответственности, ставшей идейной основой этого документа. Эта концепция вывела на первый план «объективные» интересы международного сообщества и привела к отказу от представлений об ответственности государств как отношений исключительно двусторонних. КМП, характеризуя концепцию, заявила о наличии у государств обязательства «уважать международное право, даже если они, не соблюдая его, не наносят ущерба конкретным интересам другого государства, и даже если нарушение не причинило непосредственного ущерба другому субъекту международного права» [3, с. 82].

В свою очередь концепция «объективной» ответственности стала модификацией гораздо более древней теории – *actio popularis*, известной ещё со времен древнеримского права. Дискуссия о её применении в международном праве вспыхнула с новой силой во многом в связи с рассмотрением Международным судом ООН дела о *Юго-Западной Африке* в первой половине 1960-х. Это как раз был момент, когда КМП отказалась от более узкого рассмотрения вопросов ответственности в международном праве (как ответственности государств за ущерб, причинённый иностранцам и их имуществу) и переходила к более широкому – ответственности государств за международно-противоправные деяния. Уже в 1962 г. при принятии Международным судом решения по данному делу на стадии предварительных возражений судьи высказали, по сути, диаметрально противоположные мнения о роли этой теории.

Так, председатель Суда Б. Виньярский (B. Winiarski) в своём особом мнении к решению указал, что «институт, известный из древнего римского уголовного права как “*actio popularis*”, представляется, однако чуждым современным правовым системам 1919–1920 годов и международному праву» [13, р. 452] (здесь и далее – перевод наш. – Ю. Щ.). Ему оппонировал судья Ф. Джессеп (Ph. Jessup), заявивший о наличии у государств общих «законных интересов, не затрагивающих их финансовые, экономические или другие «материальные» или, скажем, «физические» или «реальные» интересы» [18, р. 425]. По его мнению, они вытекают из «права государства беспокоиться, исходя из общих гуманитарных соображений, о злодеяниях, затрагивающих людей в другой стране». Ф. Джессеп обратил внимание на то, что в международные договоры последнего столетия включались не только нормы, закрепляющие «правовые интересы государств в общих гуманитарных целях», но и соответствующие процедуры, обеспечивающие их реализацию [18, р. 425].

В 1966 г. при вынесении решения по существу по делу о Юго-Западной Африке Международный суд поддержал позицию Б. Виньярского, признав, что государства-заявители – Либерия и Эфиопия – не могут рассматриваться в качестве сторон, имеющих законное право или интерес по существу своих требований. В частности, Суд подчеркнул, что поскольку «права Заявителей должны определяться с учётом характера системы, которая, как утверждается, их породила, [он] считает, что аргумент «необходимости» оправдывает отсутствие правдоподобия в контексте экономики и философии этой системы» [19, р. 47]. И далее Суд прямо заявил, что не собирается разрешать в международном праве эквивалент *actio popularis*: «Хотя такое право может быть известно некоторым муниципальным системам права, оно неизвестно международному праву в том виде, в котором оно существует в настоящее время; Суд также не может считать его импортируемым «общими принципами права», о которых идёт речь в пункте 1 (с) Статьи 38 своего Статута» [19, р. 47].

Иски, вытекающие из использования теории *actio popularis*, действительно до сих пор имеют место в правовых системах ряда европейских государств и связаны преимущественно с регулированием муниципальных отношений. Они могут быть поданы в интересах всего общества или его отдельной группы, которые не являются непосредственно пострадавшими или жертвами правонарушения. Такого рода иски направлены на признание и обеспечение солидарности между интересами общества (отдельной социальной группы) и индивидуальными интересами его члена [см.: 14, р. 27; 9, р. 353–402; 12].

С древних времён общий смысл теории не изменился. Хотя, как было уточнено отдельными исследователями, она не классически древнеримская, а постклассическая, закреплённая, в частности, в кодексе Юстиниана. Институт *actiones populares* был частью обязательственного права, содержащего лишь некоторые элементы уголовного преследования. Эти иски были *quasi ex delicta*, т.е. вытекали из фактов, представляющих правонарушение и дающих основание для возмещения материальных убытков и только иногда для привлечения к

уголовной ответственности. Так, Э. Швелб ((E. Schwelb) пишет: «*Actio de deiectis vell effusis* было направлено против домовладельца, из жилища которого были выброшены предметы или жидкости с тем, чтобы причинить вред людям на улице. Домовладелец также нес ответственность, если его раб, гость или ребенок были ответственны за [такое] бросание или выливание. Римский претор предоставлял *actio de posito et suspenso* каждому представителю общности, когда что-либо размещалось или подвешивалось снаружи дома или в окне таким образом, чтобы подвергать опасности проходящих мимо» [16, р. 47].

Конечно, о применении теории *actio popularis* в международном праве именно в таком, близком к первоначальному, контексте вряд ли может идти речь. Однако сам общий подход, который проницательно уловил Ф. Джессеп, уже давно являлся востребованным. И спустя всего четыре года после решения о *Юго-Западной Африке* Международный суд принял решение по делу Барселона Трэкшн (1970 г.), в п. 33 которого впервые заявил о поддержке концепции международно-правовых обязательств *erga omnes*: «Основное различие следует проводить между обязательствами государства по отношению к международному сообществу в целом и обязательствам, возникающим по отношению к другому государству в области дипломатической защиты. По самой своей природе первые касаются всех государств. Ввиду важности задействованных прав все государства могут рассматриваться в качестве имеющих правовой интерес в их защите; речь идёт об обязательствах *erga omnes*» [11, р. 32]. В том же году, а именно 24 октября 1970 г., Генеральной Ассамблеей ООН была принята резолюция 2625 «Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН». А годом ранее – в 1969 г. – была принята Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 53 которой включила понятие императивной нормы общего международного права (*jus cogens*): «Императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер» [2].

Таким образом, в международном праве была всесторонне укоренена идея наличия общих (универсальных) обязательств, неукоснительное соблюдение которых имеет особо приоритетное значение для всего мирового сообщества. Последовавшая за этим дискуссия сосредоточилась, во-первых, на установлении их юридического содержания, и, во-вторых, на определении способов их практического соблюдения. В этом смысле ст. 48 Проекта 2001 стала своеобразным итогом этой дискуссии. Разработчики документа в определённой мере выделили рациональное зерно теории *actio popularis* и попытались адаптировать его к международному праву.

Согласно комментарию к ст. 48 Проекта 2001, целью такого призвания государства, иного, чем потерпевшее, является защита общих интересов либо отдельной группы государств, либо всего международного сообщества. КМП

подчеркивает, что в данном случае государство, призывающее к ответственности, действует не индивидуально, а в качестве члена группы государств или члена международного сообщества в целом [см.: 4, с. 154]. И в первом, и во втором случае общие интересы государств должны основываться на конкретных международно-правовых обязательствах, независимо от источника их закрепления.

Содержание нарушенного обязательства, затрагивающего «коллективный интерес группы» (п. 1 (а) ст. 48), является уже содержания нарушенного обязательства «в отношении международного сообщества в целом» (п. 1 (b) ст. 48), хотя и может затрагивать жизненно важные региональные или субрегиональные аспекты (защита окружающей среды, создание безъядерных или особых экономических зон и т.п.). Главное, как отмечает КМП, в том, чтобы коллективные обязательства группы выходили за рамки двусторонних отношений её участников [см.: 4, с. 154]. Норма п. 1 (а) ст. 48 сохраняет позицию Постоянной палаты международного правосудия, выраженную ею в решении по делу о пароходе Уимблдон, в котором были признаны «законные интересы» в том числе и у тех участников многостороннего договора, бывшего предметом спора, которые не понесли непосредственного ущерба [см.: 20, р. 20].

Пункт 1 (b) ст. 48 Проекта 2001 фиксирует итоги многолетней дискуссии об «обязательствах в отношении международного сообщества в целом». О её незавершенности свидетельствует прежде всего то, что КМП так и не указала, что же следует понимать под «международным сообществом». Его идентификация лежит в основе выработки правил регулирования отношений между государством-правонарушителем и другими государствами, непосредственно не затронутыми этим правонарушением. Как отмечал в связи с этим П. М. Курис, «опасность, в частности, состоит в том, что выражение «международное сообщество» у некоторых авторов нередко ассоциируется с пресловутой идеей мирового государства». В практическом воплощении она сводится к наделению соответствующими полномочиями определённых международных межправительственных организаций, обладающих явно выраженными наднациональными полномочиями, поскольку «международное сообщество в виде автономного феномена, обладающего качеством субъекта международного права», существовать не может. По мнению учёного, «использование термина «международное сообщество» в современном международном праве допустимо только для обозначения всей совокупности государств, участвующих в международных отношениях» [5, с. 61]. Отметим, что именно такой подход следовал из толкования ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров, в которой говорится о «международном сообществе государств в целом».

Сама КМП в ст. 48 Проекта 2001 не указала на то, что именно понимается под выражением «международное сообщество в целом». Отмечая его, Комиссия ссылается на свой же комментарий к ст. 25 Проекта 2001 («Состояние необходимости»), в п. 1 (b) которой оно также использовано. КМП обращает внимание на то, что оно отличается от выражения, использованного в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. – «международное сообщество

государств в целом» [3, с. 100]. В доктрине исключение слова «государств» из данного выражения истолковано как значительное расширение круга субъектов международного права, охватываемых понятием «международное сообщество в целом», и, соответственно, обладающих правом на призывание к ответственности по ст. 48 Проекта 2001 [см.: 21, р. 803–804; 17, р. 1209].

Следующий момент, обращающий на себя внимание, состоит в том, что в п. 1 (b) ст. 48 Проекта 2001, апеллирующем к международно-правовым «обязательствам в отношении международного сообщества в целом», КМП отказалась использовать термин *erga omnes* (хотя некоторые специалисты всё-таки ставят знак равенства между ними [см.: 15, р. 149]). По её мнению, он «несёт меньше информативности, чем ссылка Суда на международное сообщество в целом, и под ним иногда ошибочно понимают обязательства перед всеми сторонами того или иного международного договора» [4, с. 155]. При этом в качестве примеров таких обязательств КМП указала на запрещение агрессии и геноцида, защиту от рабства и расовой дискриминации (решение МС по делу Барселона Трэкшн), право народов на самоопределение (решение МС по делу о Восточном Тиморе), т.е. на те примеры, которые приводились Судом в качестве обязательств *erga omnes*. Как следует из логики Комиссии, содержание «обязательств перед международным сообществом в целом» шире содержания обязательств *erga omnes*. Оно охватывает их. Отмечается, что данный подход получит в международном праве прогрессивное развитие.

Здесь следует заметить, что все приведенные КМП примеры обязательств *erga omnes* одновременно являются примерами общепризнанных императивных норм международного права (*jus cogens*). Парадокс в том, что в Проекте 2001 вопросам привлечения государств к ответственности за нарушение императивных норм посвящена отдельная глава – Глава III под наименованием «Серьёзные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права», состоящая из двух статей: 40 «Применение настоящей Главы» и 41 «Особые последствия серьёзного нарушения обязательства согласно настоящей Главы». И в качестве примеров общепризнанных императивных норм международного права, которые, «судя по всему, практически не вызывают возражений», КМП называет «запрещение рабства и работорговли, геноцида и расовой дискриминации, и апартеида» [4, с. 136]. Кроме них, по мнению Комиссии, к нормам, чей «императивный характер также не вызывает сомнений», можно отнести запрещение пыток, как это предусмотрено ст. 1 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 г.; основных норм международного гуманитарного права, применимого во время вооружённых конфликтов; обязательство уважения права на самоопределение [4, с. 137].

Вряд ли в настоящее время всё ещё необходимо доказывать прямую и непосредственную связь между нормами *jus cogens* и *erga omnes*. Дискуссия ведётся больше о формах и степени их взаимного проникновения: а) все императивные нормы – это нормы *erga omnes* и наоборот (т.е. не императивных норм *erga*

omnes по определению не бывает [8, с. 6–10]) или б) содержательно понятие *erga omnes* шире понятия *jus cogens*, т.к. может охватывать основные принципы международного права (которые функционально не идентичны *jus cogens*, поскольку, как отмечает Л. П. Ануфриева, в отличие от них «обеспечивают роль несущей конструкции и ориентира (вектора) развития» международного права [1, с. 20]) и некоторые важнейшие универсальные диспозитивные обязательства.

В любом случае представляется очевидным, что нормы и *jus cogens*, и *erga omnes* охватываются содержанием понятия «обязательств в отношении международного сообщества в целом», каково бы ни было его дальнейшее прогрессивное развитие. Однако в Проекте 2001 они разделены. А. Бёрд (A. Bird) объясняет это следующим образом: «Разница в акцентах. В то время как императивные нормы сосредотачиваются на объёме и приоритете, которые должны быть присущи определённому количеству фундаментальных обязательств, основное внимание в обязательствах перед международным сообществом в целом уделяется правовым вопросам всех государств в их соблюдении» [10, р. 885–886]. Исходя из этого, отмечает специалист, КМП по-разному отразила последствия их нарушения. Она пишет: «Во-первых, серьёзные нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного права, могут повлечь дополнительные последствия не только для ответственного государства, но и для всех других государств. Во-вторых, все государства вправе призвать к ответственности за нарушение обязательств перед международным сообществом в целом. Первое из этих предложений рассматривается в ст. 41, второе рассматривается в ст. 48 Проекта Статей» [10, р. 886].

Вероятно, здесь есть определённая логика. Она была бы абсолютно ясной, если бы примеры обязательств *jus cogens* и «в отношении международного сообщества в целом», приведённые Комиссией в комментариях к соответствующим статьям, отличались. Однако они полностью идентичны и потому однозначно запутают любого правоприменителя. Тем более, что, по мнению КМП, и выбор оснований призвания к ответственности, и процедуры в каждом из случаев отличаются.

Так, согласно п. 2 ст. 48 Проекта 2001 возможности государства, не являющегося потерпевшим, по призыванию к ответственности ограничены правом требования, во-первых, прекращения международно-противоправного деяния и предоставления заверений и гарантий его неповторения (п/п «а»), и, во-вторых, исполнения обязательства по возмещению в интересах потерпевшего государства или бенефициариев нарушенного обязательства (п/п «б»). КМП обращает внимание на то, что данный перечень является исчерпывающим. Кроме этого, он наделяет государство, не являющееся потерпевшим, более ограниченным объёмом средств реагирования в рамках реализации права по призыванию к ответственности государства-правонарушителя. Государство, не являющееся потерпевшим, не наделяется правом призывать к возмещению ущерба в собственных интересах. По мнению КМП это является результатом того, что правовой режим призвания по ст. 48 направлен на факт правонарушения, а не на его последствия [см.: 4, с. 155].

В свою очередь Комиссия сформулировала иные последствия нарушения обязательств, вытекающих из императивных норм международного права. Согласно п. 1 ст. 41 Проекта 2001 «государства должны сотрудничать с тем, чтобы правомерными средствами положить конец любому серьёзному нарушению по смыслу статьи 40». И согласно п. 2 ст. 41 Проекта 2001 «ни одно государство не должно признавать правомерным положение, сложившееся в результате серьёзного нарушения по смыслу статьи 40, и не оказывать помощь или содействие в сохранении такого положения».

С одной стороны, можно согласиться с Комиссией в том, что в случае нарушения императивных обязательств акцент сделан в большей мере на последствиях, чем на факте правонарушения (к чему апеллирует п. 2 ст. 48 Проекта 2001). Но, с другой стороны, и теория, и практика международного права все эти последствия (по ст. 41 и п. 2 ст. 48 Проекта 2001) всегда объединяют. Например, в случае совершения акта агрессии (являющегося, по мнению КМП, нарушением и обязательств перед международным сообществом в целом, и императивной нормы международного права) государство, не являющееся непосредственно потерпевшим, должно:

а) потребовать у правонарушителя прекращения этого международно-противоправного деяния и предоставления заверений в том, что оно больше не повторится (п/п «а» п. 2 ст. 48 Проекта 2001);

б) потребовать у государства-правонарушителя возмещения в интересах потерпевшего государства (п/п «b» п. 2 ст. 48 Проекта 2001);

в) сотрудничать с другими государствами, чтобы правомерными средствами положить конец этому акту агрессии (п. 1 ст. 41 Проекта 2001);

г) не признавать правомерным положение, сложившееся в результате этого акта агрессии, и не оказывать помощь или содействие в сохранении его последствий (п. 2 ст. 41 Проекта 2001).

Как видим, последствия нарушений вроде бы разных видов международно-правовых обязательств органично связаны между собой и ни в коей мере друг другу не противоречат. Другое дело, что права государства, призывающего к ответственности по ст. 48 Проекта 2001, нуждаются ещё в дальнейшей конкретизации и уточнении.

Так, ещё на стадии обсуждения предварительного варианта ст. 48 специалисты обращали внимание на то, что полномочия государства, не являющегося потерпевшим, по призыванию к ответственности нуждаются не только в большей конкретизации, но и могут быть оспорены с позиции основных принципов международного права. В частности, было выражено сомнение в том, что призывание к прекращению международно-противоправного деяния и предоставлению заверений и гарантий его неповторения вообще может рассматриваться в качестве призывания к ответственности. Его трудно отличить от обычного протеста, поскольку оно не содержит дополнительных требований о совершении правонарушителем конкретных действий по ликвидации последствий противоправного деяния [см.: 17, р. 1213]. С теоретической точки зрения это объясняется тем,

что функционально призывание к прекращению международно-противоправного деяния и предоставлению гарантий его неповторения имеет перспективный, а не ретроспективный характер, что свойственно для большинства норм права международной ответственности в целом и для норм по ликвидации последствий международно-противоправного деяния, в частности. Иными словами, призыв к прекращению международно-противоправного деяния и предоставлению гарантий его неповторения главным образом направлен на регулирование будущего поведения государства-правонарушителя по исполнению основного первичного обязательства. Оно сопутствует ему. В то время как нормы по ликвидации последствий международного правонарушения (требования по возмещению ущерба) направлены в прошлое [см.: 14, р. 24, 25].

Кроме этого, большие споры вызвало рассмотрение ситуации о правомочности государства, не являющегося потерпевшим, призывать правонарушителя к исполнению обязательства по возмещению в интересах потерпевшего государства или бенефициариев нарушенного обязательства, если само потерпевшее государство или указанные бенефициарии воздерживаются от предъявления претензий. Так, Великобритания заявила о том, что если потерпевшее государство «предпочитает не предъявлять требования, то его позиция должна рассматриваться как аналогичная отказу от предъявления требований <...> и подобно тому, как потерпевшее государство утрачивает тем самым право ссылаться на ответственность, должна исключаться и возможность выдвижения этого требования от его имени» [6, с. 84–85]. Хотя эта позиция не нашла поддержки у большинства членов Комиссии, впоследствии в доктрине отмечалось, что позволение одному государству выдвигать претензии от имени и в интересах другого в случае правомерного отказа последнего от данных действий нарушает принцип суверенного равенства государств, автономию потерпевшего и не имеет четких правовых оснований [см.: 17, р. 1214].

Выводы. Закрепление в п. 1 (b) ст. 48 Проекта 2001 права на призывание к ответственности государства за нарушение обязательств в отношении международным сообществом в целом позволяет сделать ряд выводов.

Во-первых, появление самой этой нормы в данном документе завершило дискуссию о её целесообразности и своевременности и, тем самым, способствовало утверждению в современном международном праве древнеримской теории *actio popularis*, позволяющей государствам, не являющимся жертвами международных правонарушений, поднимать вопросы о привлечении к международно-правовой ответственности государств, совершивших нарушения норм общего международного права. Дальнейшие обсуждения нормы 1 (b) ст. 48 Проекта 2001 могут касаться теперь только её содержательного наполнения и международно-правовых механизмов реализации.

Во-вторых, общепризнанное значение Проекта 2001 в формировании общего обычного международного права даёт основание утверждать, что его норма п. 1 (b) ст. 48 является одним из таких обычаев. Проект 2001 воплощает в данном случае не только экспертный, но и общий международный политический

консенсус в отношении как её настоящего содержания, так и общего юридического значения.

В-третьих, содержание нормы п. 1 (b) ст. 48 Проекта 2001 предполагает новое толкование таких понятий, как «международное сообщество в целом» и «обязательства в отношении международного сообщества в целом». Касательно первого из них Комиссия вышла за рамки традиционных представлений о международном сообществе как сообществе суверенных государств, утвердившихся в международном праве во многом благодаря ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., в которой говорится о принятии и признании императивных норм общего международного права «международным сообществом государств в целом». Новое представление о «международном сообществе» выходит за рамки межгосударственного подхода и предполагает более активную роль в вопросах соблюдения международной законности всех участников международных отношений – субъектов международного права.

Новая тенденция прослеживается и в отношении толкования понятия «обязательства в отношении международного сообщества в целом». Комиссия подчеркнула его новаторский, прогрессивный характер, претендующий на некий новый уровень понимания сущности норм общего международного права. Комиссия умышленно отказалась от использования термина *erga omnes*; а отношения, касающиеся нарушений норм *jus cogens*, выделила в отдельный раздел Проекта 2001. Вместе с тем анализ этого документа и устоявшихся доктринальных позиций показывает, что понятие «обязательства в отношении международного сообщества в целом» ещё нуждается в дальнейшем широком научном обсуждении. На данный момент оно слабо отграничено от смежных категорий – норм *jus cogens* и *erga omnes*, – что неизбежно будет негативно сказываться на практическом применении п. 1 (b) ст. 48 Проекта 2001 и потому нуждается в дальнейшем уточнении.

Список литературы

1. Ануфриева Л. П. Принципы в современном международном праве (некоторые вопросы понятия, природы, генезиса, сущности и содержания). *Московский журнал международного права*. 2021. № 1. С. 6–27. doi: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2021-1-6-27> (дата звернения: 10.05.2021 г.).
2. Венская конвенция о праве международных договоров, 23 мая 1969 г. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата звернения: 10.05.2021 г.).
3. Ежегодник Комиссии международного права 1998. Т. II. Часть вторая: Доклад Комиссии Генеральной Ассамблеи о работе её пятидесятой сессии. *A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 2)*. ООН, Нью-Йорк, Женева, 2005. 136 с.
4. Ежегодник Комиссии международного права 2001. Т. II. Часть вторая: Доклад Комиссии Генеральной Ассамблеи о работе её пятьдесят третьей сессии. *A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)*. ООН, Нью-Йорк, Женева, 2007. 256 с.
5. Курис П. М. Международные правонарушения и ответственность государств : монография. Вильнюс : Минтис, 1973. 280 с.
6. Ответственность государств: комментарии и замечания, полученные от правительств. *UN Doc. A/CN.4/515 (19 March 2001)*. Russian. 108 с. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/437502?l-p=ru> (дата звернения: 19.06.2021 г.).

7. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 56/83 (A/RES/56/83) от 12 декабря 2001 г. «Ответственность государств за международно-противоправные деяния». URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/56/83> (дата звернения: 10.05.2021 г.).
8. Черниченко С. В. Взаимосвязь императивных норм международного права (jus cogens) и обязательств erga omnes. *Московский журнал международного права*. 2012. № 3. С. 3–17.
9. Aceves W. J. Actio Popularis – The Class Action in International Law. *University of Chicago Legal Forum*. 2003. Vol. 2003. Issue 1. Art. 9. Pp. 353–402.
10. Bird, A. Third State Responsibility for Human Rights Violations. *European Journal of International Law*. 2010. Vol. 21. No. 4. Pp. 883–900.
11. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited: Judgment of 5 February. *I.C.J. Reports*. 1970. P. 32.
12. Chubrikj S., Dimovska N. C. Use of Actio Popularis to Cases of Discrimination. Skopje: Helsinki Committee for Human Rights in the Republic in Macedonia. 2016. 29 p.
13. Diss. Opinion of President Winiarski. South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962. *I.C.J. Reports*. 1962. P. 452.
14. Kawasaki K. The 'Injured State' in the International Law of State Responsibility. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*. 2000. Vol. 28. P. 17–31.
15. Krivenkova M. Legal Entities Entitled to Invoke International Responsibility. *Journal of History Culture and Art Research*. 2018. 7(4). Pp. 146–152. doi: <http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v7i4.1825>.
16. Schwelb E. The Actio Popularis and International Law. *Israel Yearbook on Human Rights*. 1972. Vol. 2. Pp. 46–56.
17. Scobbie I. The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law'. *European Journal of International Law*. 2002. Vol. 13. No. 5. Pp. 1201–1220.
18. Separate Opinion of Judge Jessup. South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962. *I.C.J. Reports*. 1962. P. 425.
19. South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966. *I.C.J. Reports*. 1966. P. 6.
20. S.S. Wimbledon (U.K., France, Italy & Japan v. Germany), 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (Aug. 17). *Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A – No. 1; Collection of Judgments and Orders*. A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1923. Pp. 15–34.
21. Weiss E. B. Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century. *The American Journal of International Law*. 2002. Vol. 96. Pp. 798–816.

References

1. Anufrieva, L.P. (2021). Principy v sovremennom mezhdunarodnom prave (nekotorye voprosy poniatija, prirody, genezisa, sushchnosti i sodержaniya). *Moskovskij zhurnal mezhdunarodnogo prava*, 1, 6–27. doi: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2021-1-6-27> [in Russian].
2. Venskaja konventzija o prave mezhdunaridnykh dogovorov, 23 Maja 1969 hoda. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml [in Russian].
3. Ezhegodnik Komissii mezhdunarodnogo prava 1998. (2005). Tom. II. Chast 2: Doklad Komissii Generalnoi Assamblei o rabote jejio 50 sessii. A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 2). UN, New-York, Geneva [in Russian].
4. Ezhegodnik Komissii mezhdunarodnogo prava 2001. (2007). Tom. II. Chast 2: Doklad Komissii Generalnoi Assamblei o rabote jejio 53 sessii. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). UN, New-York, Geneva [in Russian].
5. Kuris, P.M. (1973). Mezhdunarodnyje pravonarusheniya i otvetstvennost gosudarstv. Vilnjus: Mintis [in Russian].
6. Otvetstvennost gosudarstv: kommentarii i zamechanija, poluchennyje ot pravitelstv. *UN Doc. A/CN.4/515 (19 March 2001)*. Russian. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/437502?ln=ru> [in Russian].

7. Rezoljutzija Generalnoi Assamblei OON 56/83(A/RES/56/83) ot 12 dekabnja 2001 h. URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/56/83> [in Russian].

8. Chernichenko, S.V. (2012). Vzaimosviaz imperativnykh norm mezhdunarodnogo prava i obiazatelstv erga omnes. *Moskovskij zhurnal mezhdunarodnogo prava*, 3, 3–17 [in Russian].

9. Aceves, W.J. (2003). Actio Popularis – The Class Action in International Law. *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2003, issue 1, art. 9, 353–402.

10. Bird, A. (2010). Third State Responsibility for Human Rights Violations. *European Journal of International Law*, vol. 21, 4, 883–900.

11. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited: Judgment of 5 February. (1970). *I.C.J. Reports*, 32.

12. Chubrikj, S., Dimovska, N.C. (2016). Use of Actio Popularis to Cases of Discrimination. Skopje: Helsinki Committee for Human Rights in the Republic in Macedonia.

13. Diss. Opinion of President Winiarski. (1962). South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962. *I.C.J. Reports*, 452.

14. Kawasaki, K. (2000). The ‘Injured State’ in the International Law of State Responsibility. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 28, 17–31.

15. Krivenkova, M. (2018). Legal Entities Entitled to Invoke International Responsibility. *Journal of History Culture and Art Research*, 7(4), 146–152. doi: <http://dx.doi.org/10.7596/taksad.v7i4.1825>

16. Schwelb, E. (1972). The Actio Popularis and International Law. *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 2, 46–56.

17. Scobbie, I. (2002). The Invocation of Responsibility for the Breach of ‘Obligations under Peremptory Norms of General International Law’. *European Journal of International Law*, vol. 13, 5, 1201–1220.

18. Separate Opinion of Judge Jessup. (1962). South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962. *I.C.J. Reports*, 425.

19. South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment of 18 July 1966. (1966). *I.C.J. Reports*, 6.

20. S.S. Wimbledon (U.K., France, Italy & Japan v. Germany). (1923). P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (Aug. 17). *Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A – No. 1; Collection of Judgments and Orders*, A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 15–34.

21. Weiss, E.B. (2002). Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century. *The American Journal of International Law*, vol. 96, 798–816.

Shchokin Yu. V., Doctor of Law, Associate Professor, Associate Professor of the European Union Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: yuri.v.shchokin@gmail.com ; ORCID 0000-0002-8082-2367

Invocation of State Responsibility for Violation of Obligations Owed to the International Community as a Whole

The article discusses the features of the application of paragraph 1 (b) of Art. 48 of the Draft Articles on State Responsibility, developed by the UN International Law Commission and taken into consideration by the UN General Assembly by its resolution 56/83 of December 12, 2001. The norm of this article enshrines the right of any state that is not a victim to call to international legal responsibility state that has committed a breach of an obligation owed to the international community as a whole. This rule contributes to the establishment in modern international law of the ancient Roman theory of actio popularis, according to which any citizen could file a claim in the public interest.

The UN International Law Commission is considering paragraph 1 (b) of Art. 48 of the 2001 Draft Articles on State Responsibility as a result of the progressive development of International Law. This is manifested primarily in a new approach to the interpretation of concepts such as “the international community as a whole” and “obligation owed to the international community as a whole”. The article

notes that the concept of «the international community as a whole» should no longer be considered as a community of sovereign states, since it already presupposes a more active participation in maintaining international legitimacy of all participants of international relations – subjects of international law.

In addition, attention is drawn to the fact that the concept of “obligation owed to the international community as a whole” is a new category proposed by the International Law Commission as a part of the progressive development of the theory of *erga omnes* and *jus cogens* norms. The author compares these types of obligations and points out a number of problems that may arise while interpreting this concept in order to apply this rule in practice.

Keywords: *actio popularis*; international legal responsibility of states; invocation of the international legal responsibility; obligations owed to the international community as a whole; international community; *jus cogens* norms; *erga omnes* norms.

Рекомендоване цитування: Щёкин Ю. В. Призвание к ответственности государства за нарушение обязательств в отношении международного сообщества в целом. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 274–287. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238587>.

Suggested Citation: Shchokin, Yu.V. (2021). Prizvanie k otvetstvennosti gosudarstva za narushenie objazatel'stv v otnoshenii mezhdunarodnogo soobshhestva v celom [Invocation of State Responsibility for Violation of Obligations Owed to the International Community as a Whole]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 274–287*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.238587> [in Russian].

Надійшла до редколегії 10.08.2021 р.



Maidaik Serhii Viktorovich,
Postgraduate Student of the European Union
Law Department, Yaroslav Mudryi National
Law University, Ukraine, Kharkiv
e-mail: s.v.maydanik@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-7837-5265

doi: 10.21564/2414–990X.154.234227
UDC 341.231.14–056.24:061.1ЄС

INTERNATIONAL LEGAL REGULATION OF THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: PROBLEMS OF FORMATION AND DEVELOPMENT

At the level of international legal regulation disability policy is currently one of the priority areas. However, such attention to the international legal protection of the rights of persons with disabilities has not always been the case, as the problems of persons with disabilities have long remained unnoticed by the international community. Rare attempts to improve the situation with persons with disabilities were usually limited to medical protection and integration into the labor market, while the task of their full and actual involvement in public life was not even set. The article analyzes the preconditions, reasons and features of the evolution of the system of international legal protection of the rights of persons with disabilities, as well as examines the transformation of approaches to defining the concept of “disability” at the level of international law. The article defines the main stages of the formation of international cooperation in the field of protection of the rights of persons with disabilities. The article presents the results of the analysis of international legal documents on disability policy for the period from the beginning of the twentieth century to 2020.

Keywords: persons with disabilities; disability; disability rights; Equal Rights; social model; Social Policy; non-discrimination; Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Майданік С. В., аспірант кафедри права Європейського Союзу, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail: s.v.maydanik@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0001-7837-5265

Міжнародно-правове регулювання прав осіб з інвалідністю: проблеми становлення та розвитку

На рівні міжнародно-правового регулювання політика у сфері інвалідності наразі є одним із пріоритетних напрямків. Однак така увага до міжнародно-правового забезпечення прав осіб з інвалідністю була далеко не завжди, проблеми осіб з інвалідністю тривалий час залишалися непоміченими міжнародною спільнотою. Поодинокі спроби певним чином покращити становище осіб з інвалідністю зводилися зазвичай до медичного захисту та інтеграції на ринку праці, тоді як завдання щодо їх повноцінного і фактичного залучення до суспільного життя навіть не ставилося.

У статті окреслено передумови, причини і особливості еволюції системи міжнародно-правового захисту прав осіб з інвалідністю, а також досліджено трансформацію підходів до визначення поняття «інвалідність» на рівні міжнародного права. Розглянуто основні етапи становлення міжнародного співробітництва у сфері захисту прав осіб з інвалідністю. Подано результати аналізу міжнародно-правових документів щодо політики в сфері інвалідності за період від початку ХХ ст. до 2020 р.

Ключові слова: особи з інвалідністю; інвалідність; права осіб з інвалідністю; рівні права; соціальна модель; соціальна політика; недискримінація; Конвенція про права осіб з інвалідністю.

Problem setting. The protection of the rights of persons with disabilities is central to the social policy of any democratic, social state governed by the rule of law. This is not surprising, given that about 15% people in the world live with some form of disability and their number continues to grow despite the efforts of both national governments and the international community [28, p. 8].

However, this was not always the case – the problems of people with disabilities have long remained unnoticed by the international community. Accordingly, the protection of their rights was considered as prerogative of states alone that solved the problems of this category of persons based on the priorities of their own social policy and financial capabilities.

The global nature and severity of the problem, the democratization of international law required the inclusion of the problem of protecting the rights of persons with disabilities on the agenda of the international community. This, in turn, led to the adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in 2006. Given that the Convention is a universal legally binding international treaty, its adoption has been an important step in the development of the international human rights law system.

At the same time, despite the changes taking place at the international level in the field of protecting the rights of persons with disabilities, this problem does not lose its relevance and practical significance. The phenomenon of disability is closely related to a number of other acute problems, namely: social exclusion, discrimination, poverty, unemployment, etc. Persons with disabilities often face negative attitudes and various barriers that prevent them from participating fully in society. That is why the tasks of implementing and realizing the obligations assumed by the states in this area remain extremely urgent. That is why the tasks of implementing and realizing the obligations assumed by the states in this area remain extremely urgent.

Analysis of recent research and publications. The problem of protection of the rights of persons with disabilities is given considerable attention in the works of primarily foreign authors: M. Priestley, G. Quinn, T. Degenera, Lisa Waddington, D. E. Lord, M. Modine and others. However, most of these developments are devoted to the protection of individual rights, analysis of the content of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the peculiarities of the legal regulation of the legal status of persons with disabilities in individual countries.

Among domestic authors, the problem of social protection of persons with disabilities is raised in the works of V. P. Melnik, V. L. Kostyuk, V. I. Shcherbina,

L. Yu Malyuhy and others. Issues related to the evolution and development of international legal regulation and protection the rights of persons with disabilities in the domestic science of international law remain insufficiently developed.

Statement of the article objective. The purpose of the article is a theoretical study of a set of issues related to the evolution of approaches to the international legal consolidation of the rights and freedoms of persons with disabilities, determining the place of the rights of persons with disabilities in international human rights law.

Presentation of the main body of the article. The protection of the rights of persons with disabilities, as well as the development of international human rights law in general, began to develop actively only after the Second World War. However, the first steps towards improving the situation of persons with disabilities were made even within the framework of the International Labor Organization (hereinafter – ILO), established in 1919. The purpose of the international agreements concluded before the establishment of the UN was to ensure certain categories of human rights, and not to create a comprehensive system of human rights protection. This was due to the fact that the protection of human rights has long belonged to the internal jurisdiction of states. Therefore, in the first decades of the ILO's activity, the cooperation of states was aimed at creating guarantees of social protection in the event of a person's disability. The focus on this issue was due to the increasing the number of people with disabilities during the war, as well as the necessity of skilled workers to fill the vacant jobs that appeared after the mobilization.

Acts of the ILO, adopted in the interwar period, were mainly compensatory in nature and provided the social assistance payment and pensions for the loss of working capacity to disabled people. Thus, the ILO Recommendation No. 43 “Invalidity, Old-Age and Survivors’ Insurance Recommendation” in p. 16 provided: “A pension should be awarded to an insured person who by reason of sickness or infirmity is unable to earn an appreciable remuneration by work suited to his strength and ability and his training; remuneration which is less than one-third of the ordinary remuneration of a fit worker of similar training and experience should not be deemed to be appreciable” [13].

In general, measures in the field of protecting the rights of persons with disabilities during this period were focused mainly on providing social assistance to workers with disabilities, resolving issues of vocational training and establishing compensation guarantees for accidents at work. It should be noted that a charity approach was applied to persons with disabilities during this period, as a result of which they were considered not as subjects, but as objects of social protection.

The beginning of the next stage, related to the formation of universal norms of international human rights law, can be associated with the creation of the UN. The UN Charter became the first international treaty that contained a provision on the obligation of states to respect and observe human rights. In addition, the Charter provided for the establishment of a system of international human rights bodies and a mechanism for the coordination of their activities.

In the context of affirming the principle of respect for human rights, the UN General Assembly in 1948 adopted the Universal Declaration of Human Rights. It contained a list of fundamental human rights that the international community still adheres to. The Universal Declaration established a fundamental regulatory framework on which international legal norms and standards relating to persons with disabilities were subsequently developed. The Universal Declaration contains a number of provisions (Articles 2, 3, 6, 7) that form the basis of international acts on the protection of the rights of persons with disabilities, based on the principle of equality. Although the Declaration did not focus on the rights of persons with disabilities, Article 25 contained a reference to disability: "... the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control" [33].

In 1966, the International Covenant on Civil and Political Rights [17] and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [18] were adopted. Article 2 of both Covenants obliges each state that is a party to the relevant treaty to respect and ensure to all persons within its territory and under its jurisdiction the rights recognized in them, without any distinction as to race, color, sex, language, religion, political or other beliefs, national or social origin, property status, birth or other circumstance. Although according to article 2 rights are guaranteed to all categories of persons without exception, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights in the General comment No. 5 (1994) indicated that persons with any form of disability have a clearly defined right to enjoy the full range of rights recognized in the Covenant [35].

The first decades of UN activity in the field of protection of the rights of persons with disabilities were aimed at providing social and medical assistance to this category of persons, creating conditions for their rehabilitation. Other issues related to the protection of the rights of persons with disabilities remained out of the UN's focus.

Thus, ECOSOC Resolution 309E (XI) of July 13, 1950 "Social Rehabilitation of the Physically Defective" emphasized the need to develop an international program for the readaptation of the "physically defective". ECOSOC Resolution 1921 (LVIII) of 6 May 1975 called on States to take measures to prevent and restore persons with disabilities incapacity for work including guaranteeing "care, education, training, vocational guidance and appropriate work, as well as social security assistance" [38, c. 210].

In the context of the research question, it is expedient to describe at least in general terms the main approaches to understanding disability, since they played a key role in the formation of the system of international legal protection of the rights of persons with disabilities.

For a long time, the medical model of disability was dominant. It originated in the depths of health and social care systems, as a result of which it is sometimes called the "administrative model". For a long time this model was considered scientifically grounded and humane [29, p. 9].

In the narrative of the medical model, disability is understood as an individual and/or a medical phenomenon that results in limited functioning that is seen as deficient. Disability is considered to be a result of impairment of body functions and structures, including the mind, and can be caused by illness, injury or health conditions. Similar to ill health, disability, in particular problems with the mind or body, is viewed as a problem that needs to be medically cured in order for people to function in society. This point of view is strongly normative. It means that people are considered disabled on the basis that they are unable to function the way so-called normal people do [20].

The medical model focuses mainly on the functional impairment of a person, which is considered as a source of inequality. Human needs and rights are subordinated to the provision (or imposition) of medical care or are identified with it. Individual needs and rights are subordinated to the provision (or imposition) of medical care or are identified with it. A person's needs and rights are subject to or identified with the provision (or imposition) of medical care. According to the medical model, a person can be "put in order", brought back to society through therapy or rehabilitation. Within this approach, environmental factors are not considered, and disability is considered as an individual problem [14, p. 9–10].

From the medical model of disability, a definition of functional limitation is also derived, which describes inferiority as the inability of a person to perform certain functions along with healthy people [29, p. 10].

The social model is based on a different view of the problem: disability is recognized as the result of an individual's interaction with the environment, which does not take into account the characteristics of the individual. Such a vision of the problem prevents the participation of the individual in the life of society. Inequality is not due to functional impairments, but to the inability of society to remove barriers to the life of persons with disabilities. The person is at the center of this model, not his or her own impairments; thereby recognizing the values and rights of persons with disabilities as members of society [14, p. 10–11]. Such a vision of the problem prevents the participation of the individual in the life of society. Inequality is seen not due to functional impairments, but to the inability of society to remove barriers, which may hinder their full and effective participation in society. The person, not his or her own impairments, is at the center of this model; thereby the values and rights of persons with disabilities as members of society are recognized [20, p. 10–11].

The social model does not deny the existence of physiological differences and supports the idea that treatment and rehabilitation should be left to specialists, but the results of their activities should not affect whether a person with a disability will be a full member of society. The social model of disability can be effectively used to identify / delineate existing barriers in all aspects of social life of persons with disabilities, and then completely eliminate them. Thus, the social model encourages states to create a "society for all" [2, p. 48].

Freedom, dignity, trust, evaluation and self-evaluation – these are the characteristics of the social model. Within the social model, disability is not a “mistake” of society, but one of the elements of its diversity.

The next stage of international legal regulation of disability issues is related to the adoption of special international legal acts in the field of protection of the rights of persons with disabilities.

Since the 1970s International and European movements of persons with disabilities have initiated political discussions at the global and regional levels that have led to a gradual change in the perception of persons with disabilities, their rights, full participation and removal of structural barriers to inclusion. During this period, the concept of the human rights of persons with disabilities was embodied in the Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons (1971) [8] and the Declaration on the Rights of Disabled Persons (1975) [7].

The realization that disability and mental illness are two separate policy areas (“two policies and two philosophies”) has been quite difficult at both the national and international levels [10]. Today, the term “mentally retarded”, which was used in the 1971 Declaration, is not used because it does not correspond to the modern understanding of disability [23].

Although it is implied from the texts of the declarations that persons with disabilities must have respect to their dignity and the need to be as independent as possible, their content shows that at the time of their adoption, disability in international law was still viewed through the prism of the individual’s own inferiority. Thus, the Declaration on the Rights of Disabled Persons contained the following provision: “disabled person” means “any person unable to ensure by himself or herself, wholly or partly, the necessities of a normal individual and/or social life, as a result of deficiency, either congenital or not, in his or her physical or mental capabilities” [7]. In this definition, disability is revealed through the “inability” to maintain self-sufficient life and the reason for this inability - “lack of ... mental or physical ability”. Despite the recognition that persons with disabilities and persons with intellectual impairments have rights, the declarations did not set out the measures that states should take to realize the rights of persons with disabilities.

In 1982, there were more than 500 million people in the world who were disabled as a result of mental, physical or sensory disorders [37]. These data indicated the scale of the problem and the general spread of such a phenomenon as disability. In order to draw the attention of states to the problem of protection of one of the socially vulnerable groups of the population, the UN General Assembly in Resolution 31/123 declared 1981 the International Year of Persons with Disabilities. On December 3, 1982, the UN General Assembly adopted the World Programme of Action concerning Disabled Persons. This Program of Action became the first large-scale international document aimed at protecting the rights of persons with disabilities, which contains recommendations on public policy in the field of disability in three main areas: prevention of disability, rehabilitation and creating opportunities for people with disabilities.

During the United Nations Decade of Disabled Persons, a number of important international legal instruments were adopted: ILO Convention No. 159 on Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) (1983) [11] and in addition the ILO Recommendation No. 168 on Employment Promotion and Protection against Unemployment [12]. The Convention on Vocational Rehabilitation and Employment provided for measures to be taken by States in the provision and evaluation of career guidance, vocational training, employment and other related services to enable persons with disabilities to receive and retain employment [11].

It should be noted that it was during this period when a system of universal international human rights treaties was formed. From 1979 to 1990, a number of conventions were adopted: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [4] International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination [15] Convention on the Rights of the Child [6], Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [3] International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families [16]. On the basis of these treaties, a system of international human rights bodies (committees) has been established to carry out international control and monitoring in the field of human rights.

But despite the fact that many international legal acts were adopted in the field of human rights protection, which, of course, also apply to persons with disabilities, states paid insufficient attention to the practical implementation of these rights.

As noted in the report of the UN High Commissioner for Human Rights, «despite the right to protection under all human rights treaties in accordance with the general principle of equality and non-discrimination, persons with disabilities generally remained “invisible” in the human rights system and absent from human rights discourse» [34].

In 1993, the UN General Assembly, following the results of the International Decade of Persons with Disabilities, adopted the Standard Rules for the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities (hereinafter referred to as the Rules). These Rules reflect significant conceptual changes that have taken place in relation to persons with disabilities and disability. The main purpose of these Rules is to create an opportunity for disabled people to “exercise their rights and obligations on an equal basis with others” and “fully participate in the activities of society” [26]. Thus, if during the Decade of Persons with Disabilities the influence of the medical model was still felt, then after the adoption of the Standard Rules we can talk about changes in the understanding of disability and the final acceptance of the social model by the international community.

The Standard Rules also contain definitions of “disability” and “handicap” that indicate a change in attitudes towards people with disabilities. In chapter 1, paragraph 17 it is stated that the term “disability” summarizes a great number of different functional limitations occurring in any population in any country of the world. The most interesting is the concept of “handicap” which in paragraph 18 of the same section is defined as the “loss or limitation of opportunities to take part

in the life of the community on an equal level with others and it describes the encounter between the person with a disability and the environment". Importantly, it is further noted that the term "handicap" is used "to emphasize the focus on the shortcomings in the environment and in many organized activities in society, ... which prevent persons with disabilities from participating on equal terms with others" [26]. Thus, compared to previously adopted international acts (and even the World Program of Action), the Standard Rules already clearly emphasize a new element of disability – "the shortcomings in the environment and in many organized activities in society", which means a transition to a new understanding of disability at the level of international law.

Although the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities are not legally binding (except for the establishment of the Special Rapporteur on the Rights of Persons with Disabilities within the UN ECOSOC Commission for Social Development), they have been adopted by many States and imply a strong moral and political commitment of the States to adopt measures to ensure equal opportunities for persons with disabilities. The Standard Rules are in fact the first universal instrument that specifically addresses persons with disabilities and also contains an extremely wide range of rights to equal opportunities [19]. However, it should be noted that at the time of the adoption of the Standard Rules, states were not ready to assume the relevant international legal obligations regarding the rights of persons with disabilities.

In the 1990s, the formation of regional systems for the protection of the rights of persons with disabilities started – European, Inter-American, Asia-Pacific. In 1992, the Council of Europe adopted Recommendation №R (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States on a coherent policy for people with disabilities [25], followed by the Disability Action Plan 2006-2015 [31]. In 1999, Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Persons with Disabilities was adopted [14].

Despite the progress made, the Special Rapporteur has drawn disappointing conclusions from the analysis of the first national progress reports submitted on the implementation of the Standard Rules. The traditional approach to solving the problems of people with disabilities remains a priority in public policy. Most states focus on issues of rehabilitation and disability prevention, and to a lesser extent – on ensuring the accessibility of the social environment and removing social barriers.

Thus, the Standard Rules proclaimed the need to integrate persons with disabilities into society, but this did not guarantee that people with greater needs (persons with disabilities) would receive the resources they need to participate in society. According to R. Lemay, one gets a sense that the SR are concerned primarily with the notion of physical integration and nothing more. Except for the expression "full participation", no one understands how the Standard Rules will translate into the day to day reality of social coexistence. Physical integration might be a necessary precondition for social integration but it is certainly not sufficient [21].

Therefore, despite the emergence and development of a social approach to understanding disability, it was still quite common to view people with disabilities as passive recipients of assistance, and not as subjects who fully use their rights, that is, charity and medical approaches dominated, according to which people with disabilities were considered inferior, need to be cared for and who are completely dependent on the affection and compassion of others.

As a result of the awareness of the need to move to a qualitatively new level of international protection of the rights of persons with disabilities and the adoption of a legally binding international treaty on the rights of persons with disabilities, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (hereinafter the Convention) [5] was signed in 2006 together with the Optional Protocol [32], which entered into force in 2008.

The Convention approaches to the understanding of the concept of “disability” from a different perspective. First, unlike previous documents aimed at protecting the rights of persons with disabilities, it does not disclose or use the term “incapacity”. The Convention also does not contain an exhaustive definition of disability. The preamble recognizes that “disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others” [5]. In this way, it develops the approach outlined in the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities in 1993.

The Convention catalogs the various human rights recognized in international human rights treaties. Thus, Article 5 is devoted to equality and non-discrimination, Articles 6 and 7 contain special guarantees for disabled women and children with disabilities respectively, Article 15 proclaims freedom from the use of degrading treatment and punishment, and so on. The list of rights enshrined in the Convention contains all groups of rights: civil, political, economic, social and cultural.

Unlike previous international documents in the field of protection of the rights of persons with disabilities, the Convention departs from the need to create special, including rehabilitation programs and requires that all development programs be equally accessible to persons with disabilities (Part 1 of Art. 4). The Convention repeatedly emphasizes that persons with disabilities have rights “on an equal basis with others” and enjoy these rights “without any discrimination”.

The Convention establishes a control mechanism typical for universal international human rights treaties - the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (Article 34) and the Conference of States Parties (Article 40), and also provides for cooperation between states and international bodies to achieve the objectives of the Convention (Article 38) [5].

In turn, Article 33 of the Convention provides for the need to establish national monitoring systems. It prescribes a three pillar structure of national implementation and monitoring system that is entirely new to the human rights treaty system. Member States need to designate one or more focal points within governments ‘for

matters relating to the implementation' of the treaty. In addition, they need to have an independent national monitoring system and civil society needs to take an active role in the monitoring process [9, p. 9–10].

Special attention should be paid to the non-discrimination provision in the Convention. The Convention differs from other human rights treaties in that it contains a broader definition of discrimination. Discrimination is defined not only as “any distinction, exclusion, restriction or preference based on disability which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life”, similar definitions can be also found in The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Discrimination based on disability also includes “refusal to provide reasonable accommodation”. The latter is defined as “necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms” [5].

The adoption of reasonable accommodation and its innovative linkage to non-discrimination provision is essential for enhancing the realization of social rights, as it has an immediate effect not only on civil and political rights, but also on economic, social and cultural rights.

The main difference between positive obligations of the state and reasonable accommodation is that the former are general and the latter is individualised, which results in the former generally not creating subjective rights (thus preventing individuals from challenging their implementation), whereas the latter creates clear legal standing precisely because of its direct connection to non-discrimination [1, p. 97–98].

Another important feature of the Convention is that the participation of persons with disabilities and their organizations in the process of monitoring and implementing its provisions at all levels is implicitly and explicitly woven into the whole structure of the text. This has been perhaps one of the most progressive achievements in the field of human rights enshrined in the Convention. It reflects the fundamental principle that the persons most affected have the right to participate in decisions that impact them. In the disability context more specifically, it represents a sharp turn from marginalization and lack of voting rights in decision-making processes. Moreover, the experience of the Ad Hoc Committee sessions demonstrates that including the targeted group facilitated negotiations by educating states representatives about these individuals as well as lending credibility to the substance of the treaty [27, p. 699–700].

Ratification of the Convention will require states to think strategically about accessibility and reasonable accommodation for people with disabilities in all areas of life. Under the paradigm shift, persons with disabilities are regarded as being

entitled to the same human rights as people without disabilities. Traditional human rights instruments provided nominal protection to persons with disabilities, but the interpretation of these instruments often discounted their rights. Now the rights are applied to focus upon true equality. Under the CRPD disability is not regarded as a medical condition that requiring assistance but as an aspect of social diversity. The challenge is to realize the potential of the CRPD and to achieve the change that the adoption and rapid ratification of the CRPD has created [24].

Thus, it can be noted that the Convention has formed legally binding international standards for the rights of persons with disabilities, taking into account the specifics of this category of persons, which are aimed at providing persons with disabilities with equal social opportunities, respect for their dignity and integration into all spheres of society and established guarantees for their implementation at the national and international levels.

Conclusions. Summing up the above, it should be noted that during the period of creation and development of international legal regulation in the field of protection of the rights of persons with disabilities, there have been significant changes in the understanding of disability and approaches to protection of this category of persons. At first, the prevailing opinion was that persons with disabilities were inferior and that it was necessary to “correct” them by applying rehabilitation programs and placing persons with disabilities in rehabilitation centers, that is, the medical model of understanding disability was applied. People with disabilities were perceived as passive recipients of assistance, as individuals who could not take care of themselves and therefore states considered it necessary and sought to mitigate the social consequences of health disorders for people with disabilities by separating them from society and placing them in protected areas of social activity.

But gradually the focus shifted from the medical aspects of disability to the interaction of people with disabilities and society and an understanding of the need to integrate people with disabilities into society and that society itself needs to remove barriers that interfere with the normal life of people with disabilities. This evolution has been quite rapid, because while the 1975 Declaration on the Rights of Persons with Disabilities reflected a medical approach to understanding disability, the 1993 Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities marked a complete transition to a social model of understanding disability. It is worth noting that the development of the international concept of disability throughout the 20th century took place mainly in recommendatory acts, therefore the legally binding Convention on the Rights of Persons with Disabilities became a new stage in the development of international human rights law and the guarantor of the protection of the rights of persons with disabilities.

References

1. Anisic, M. (2016). The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities as a Tool for Stronger Social Rights Realisation. *Human Rights of Persons with Disabilities in International and EU Law*. D. Estrada-Track (Ed.). EUI Working Papers, AEL 2016/01, 92–113.

2. Bayda, L.Yu., Krasnyukova-Enns, O.V., Burov, S.Yu., Azin, V.O. Gribalskiy, Ya.V., Nayda, Yu.M. (2012). Invalidnist ta suspilstvo. Bayda L.Yu., Krasnyukova-Enns O.V. (Eds.). Kyiv [in Ukrainian].

3. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>.

4. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.

5. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. URL: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>.

6. Convention on the Rights of the Child. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

7. Declaration on the Rights of Disabled Persons. Proclaimed by General Assembly resolution 3447 (XXX) of 9 December 1975. URL: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfDisabledPersons.aspx>.

8. Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons. Proclaimed by General Assembly resolution 2856 (XXVI) of 20 December 1971. URL: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfMentallyRetardedPersons.aspx>.

9. Degener, T. (2016). Challenges and Compliance of the UN CRPD. *Human Rights of Persons with Disabilities in International and EU Law*. D. Estrada-Track (Ed.). EUI Working Papers, AEL 2016/01, 7–45.

10. Henckes, N. (2012). Entre maladie et handicap: repenser la critique psychiatrique de la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées. *ALTER, European Journal of Disability Research*, 6, 242–254.

11. ILO Convention No. 159 on Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons), 1983. URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304.

12. ILO Recommendation No. 168 on Employment Promotion and Protection against Unemployment, 1988. URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C168:NO.

13. ILO Recommendation No. 43 on Invalidity, Old-Age and Survivors' Insurance, 1933. URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R043.

14. Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Persons with Disabilities. URL: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-65.html>.

15. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx>.

16. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. Adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

17. International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

18. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

19. International Norms and Standards Relating to Disability. United Nations. 2003. URL: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/comp00.htm>.

20. Haeghele, J., Hodge, S. (2016). Disability Discourse: Overview and Critiques of the Medical and Social Models. *Quest*, 68:2, 193–206. DOI: 10.1080/00336297.2016.1143849. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

researchgate.net/publication/297722476_Disability_Discourse_Overview_and_Critiques_of_the_Medical_and_Social_Models.

21. Lemay, R.A. (1994). A Review of the “Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities”. United Nations Department for Policy Coordination and Sustainable Development. *The International Social Role Valorization Journal*, 1(2), 47–51.

22. Lukasheva, E.A. (2011). Prava cheloveka. Moscow: Norma [in Russian].

23. Maidanik, S.V. (2020). European union disability policy: supranational level of legal regulation. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 150, 332–353. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.150.209404>.

24. Paul, H. (2012). Embracing the new disability rights paradigm: the importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Disability & Society*, 27:1, 1-14. doi: 10.1080/09687599.2012.631794. URL: https://www.researchgate.net/publication/262971067_Embracing_the_new_disability_rights_paradigm_The_importance_of_the_Convention_of_the_Rights_of_Persons_with_Disabilities.

25. Recommendation No. R (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States on a coherent policy for people with disabilities. Adopted by the Committee of Ministers on 9 April 1992. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ce0f8>.

26. Resolution adopted by the General Assembly. [on the report of the Third Committee (A/48/627)] 48/96. Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities. URL: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/standard-rules-on-the-equalization-of-opportunities-for-persons-with-disabilities.html>.

27. Stein, Michael Ashley and Lord, Janet E. (2010). Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential. *Human Rights Quarterly*, Vol. 31, 691–730. URL: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1101/>.

28. Summary: World report on disability 2011. *World Health Organization & World Bank*.

29. Tarasenko, E.A. (2001). Sotsialnaya politika v oblasti invalidnosti: krosskulturnyy analiz i poisk optimalnoy kontseptsii dlya Rossii. *Zhurnal issledovaniy sotsialnoy politiki*, 2(1), 7–28 [in Russian].

30. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Training Guide. Professional Training Series No. 19, United Nations publication. (2014). URL: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_EN%20Accessible.pdf [in Russian].

31. The Council of Europe Disability Action Plan 2006-2015. Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 5 April 2006. URL: <https://www.coe.int/en/web/disability/action-plan-2006-2015>.

32. The Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch-15-a.pdf>.

33. The Universal Declaration of Human Rights. Proclaimed by General Assembly resolution 217 A of 10 December 1948. URL: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

34. Thematic study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the structure and role of national mechanisms for the implementation and monitoring of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A/HRC/13/1 2 Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Geneva: UN, 22 Dec. 2009. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/680177>.

35. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights* (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2 July 2009, E/C.12/GC/20. URL: <https://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html>.

36. World Health Organization. (1980). International classification of impairments, disabilities, and handicaps: a manual of classification relating to the consequences of disease, published in accordance with resolution WHA29.35 of the Twenty-ninth World Health Assembly, May 1976. URL: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/41003>.

37. World Programme of Action concerning Disabled Persons. Adopted by the General Assembly resolution 37/52 of 3 December 1982. URL: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/world-programme-of-action-concerning-disabled-persons.html>.

38. Yakovleva, E.N. (2015). Osnovnyye etapy stanovleniya mezhdunaradnogo sotrudnichestva v sfere pooshchreniya i zashchity prav invalidov. Istoricheskiye, filosofskkiye, politicheskkiye i yuridicheskkiye nauki, kulturologiya i iskusstvovedeniye. Part II. *Voprosy teorii i praktiki*, 9 (59), 209–212 [in Russian].

Майданик С. В., аспирант кафедры права Европейского Союза, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: s.v.maidanik@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0001-7837-5265

Международно-правовое регулирование прав лиц с инвалидностью: проблемы становления и развития

На уровне международно-правового регулирования политика в сфере инвалидности в настоящее время является одним из приоритетных направлений. Однако такое внимание к международно-правовому обеспечению прав лиц с инвалидностью было далеко не всегда, поскольку проблемы лиц с инвалидностью долгие периоды оставались незамеченными международным сообществом. Единичные попытки определенным образом улучшить положение людей с инвалидностью сводились обычно к медицинской защите и интеграции на рынке труда, тогда как задачи по их полноценному и фактическому привлечению к общественной жизни даже не ставились. В статье анализируются предпосылки, причины и особенности эволюции системы международно-правовой защиты прав лиц с инвалидностью, а также исследуется трансформация подходов к определению понятия «инвалидность» на уровне международного права. Рассматриваются основные этапы становления международного сотрудничества в сфере защиты прав лиц с инвалидностью. Приводятся результаты анализа международно-правовых документов по политике в сфере инвалидности за период от начала XX по 2020 г.

Ключевые слова: лица с инвалидностью; инвалидность; права лиц с инвалидностью; равные права; социальная модель; социальная политика; недискриминация; Конвенция о правах инвалидов.

Рекомендоване цитування: Maidanik S. V. International legal regulation of the rights of persons with disabilities: problems of formation and development. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 288–301. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.234227>.

Suggested Citation: Maidanik, S.V. (2021). International legal regulation of the rights of persons with disabilities: problems of formation and development. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154*, 288–301. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.234227>.

Надійшла до редколегії 11.06.2021 р.



Muravyova Svitlana,
Postgraduate Student
of the European Union Law Department,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv
e-mail: muravyova0508@gmail.com
ORCID 0000-0003-0177-8044

doi: 10.21564/2414–990X.154.239069
UDC 341.23:502.1(430)

LEGAL PROTECTION OF GERMANY'S NATIONAL INTERESTS IN THE FIELD OF ENVIRONMENTAL SECURITY: THE EVOLUTION OF APPROACHES

It is widely recognised that climate change is having malign effects on human life. Climate change is a global issue, but the political action necessary to address it is inevitably local and national as well as international. The security dilemma is one of the most important theoretical ideas in international relations. The content of security policy is evolving because "security" is a social structure, the content and structure of which is constantly changing depending on the transformation of existing and the emergence of new threats and challenges (climate change, destruction of the ozone layer, desertification, fresh water shortages, etc. – the list of current environmental problems in the XXI century is increasingly supplemented by new threats.

Scholars, policy-makers, and activists have proposed broadening use of the concept security beyond its traditional military focus to take into account environmental threats that seriously jeopardize human well-being. This paper explores how ecological and climate problems have fundamentally changed the way we think about security. The non-physical security, diversification of threats, and the salience of identity are key effects of globalization in the security realm. These security effects translate into certain behavioral tendencies in a Germany foreign policy that have thus far not been studied in the literature.

The claim that environmental factors should be integrated into the concept of security was first made in the early 1980s. In the late twentieth – early twenty-first century the concept of security has been expanded and applied to address many of the most important issues of international relations theory and security policy. Environmental issues are not only to be treated as non-military threats to the security of societies, but can also work to promote cooperation and peace-building. In modern conditions, the ability of the state system to respond to environmental hazards is criticized, and therefore fundamentally different management structures are proposed as a replacement for it. Therefore, targeted climate protection policies at the international and regional levels, as well as at the national and local levels, are needed to effectively address environmental and climate threats and challenges.

Germany positions itself as a regional and world leader in the field of environmental protection and climate. The idea of caring for the environment is gradually becoming an essential element of the value system, legal culture and national identity of German society and the state, which it not only promotes both in the European Communities / European Union and beyond, but also consistently protects.

Within the framework of the EU environmental policy, there is room for independent national action by the German government. This guarantees Germany a free choice of national strategies in promoting environmental policy.

Keywords: national interests; security; environmental security; environmental rights; climate rights; international environmental law; Germany.

Муравйова С. В., аспірантка кафедри права Європейського Союзу, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail: muravyova0508@gmail.com ; ORCID 0000-0003-0177-8044

Правовий захист національних інтересів Німеччини у сфері екологічної безпеки: еволюція підходів

Зміна клімату – це глобальна проблема, але політичні дії, які необхідні для її розв’язання, носять як локальний і національний, так і міжнародний характер. Дилема безпеки – одна з найважливіших теоретичних ідей у міжнародних відносинах. Зміст політики безпеки еволюціонує, оскільки «безпека» – це соціальна конструкція, зміст і структура якої постійно змінюється залежно від трансформації існуючих і появи нових загроз та викликів (зміна клімату, руйнування озонного шару, засухи, нестача прісної води тощо – перелік поточних екологічних проблем в XXI ст. все частіше доповнюється новими загрозами). Науковці, політики та активісти пропонують розширити використання концепції безпеки за межі її традиційної військової спрямованості, щоб врахувати екологічні загрози, які серйозно загрожують добробуту людей. У статті досліджено, як екологічні і кліматичні проблеми принципово змінюють наш погляд на безпеку. Нефізична безпека, диверсифікація загроз та виокремлення особистості є ключовими ефектами глобалізації у сфері безпеки. Ці ефекти безпеки перетворюються на певні поведінкові тенденції у зовнішній політиці Німеччини, які досі не вивчалися у вітчизняній літературі.

Твердження про те, що чинники навколишнього середовища повинні бути інтегровані у концепцію безпеки, вперше озвучене на початку 1980-х років. Наприкінці XX – на початку XXI ст. концепція безпеки була розширена і застосовується для вирішення багатьох найважливіших питань теорії міжнародних відносин та політики безпеки. Екологічні проблеми слід не лише розглядати як невійськові загрози безпеці суспільств, але вони також можуть сприяти співпраці та побудові миру. У сучасних умовах піддається критиці здатність державної системи реагувати на екологічну небезпеку, а тому запропоновано принципово різні структури управління як заміну їй. Для ефективної протидії екологічним і кліматичним загрозам та викликам потрібна ціле-спрямована політика з питань захисту клімату як на міжнародному та регіональному, так і на національному та місцевому рівнях.

ФРН позиціонує себе як регіональний і світовий лідер у сфері захисту навколишнього середовища і клімату. Ідея турботи про навколишнє середовище поступово стає неодмінним елементом системи цінностей, правової культури і національної ідентичності німецького суспільства і держави, яку остання не лише просуває як в Європейських співтовариствах/ Європейському Союзі, так і за його межами, але й послідовно захищає. У рамках законодавчої бази екологічної політики ЄС зберігається місце для незалежних національних дій німецького уряду. Це гарантує ФРН вільний вибір національних стратегій при просуванні екологічної політики.

Ключові слова: національні інтереси; безпека; екологічна безпека; екологічні права; кліматичні права; міжнародне екологічне право; Німеччина.

Problem setting. In a changing world values convey a sense of orientation, security and stability. Values¹ are regarded as determinants of behavior and attitudes,

¹ Values shape the core of culture, are closely intertwined with ideas, ideologies and religions; have both an ethical-moral and a material-financial character; are shaped by everyday actions, education and experiences; implicitly or explicitly distinguish an individual, group or society; can be an important support in life situations [8].

thus defining orientation standards. The state and society are able to strategically use values to form their national identity, strengthening and promoting their unique preferences, which makes them more competitive in communication with other states and peoples. The value system is able to act as the core that consolidates the nation, helping it to meet the challenges and threats to its security.

There is a close interconnection between values and national interests. Independence and territorial integrity occupy the first place among the values of the state. Their protection is the main national interest, because without their provision the state disappears as a sovereign subject of international law, and therefore the protection of all other values loses its meaning. Other values include economic prosperity, ideological values, social peace and harmony, a healthy environment and more. As soon as these values face the threat of destruction from the outside, their protection immediately becomes a vital national interest. However, they are secondary in the hierarchy of interests. Thus, it is still the provision of national values, protection and promotion of national interests that justifies the activity of the state.

National interests, which are a key element of a state's security policy, must be clearly defined and understood by the nation and government. There are many definitions of national interests. The vast majority of them focus on: the common long-term and permanent goal of the state, nation and government; on vital interests, the realization of which depends on the survival of the state; survival, protection of physical, political and cultural identity from encroachments of other states [36; 41; 42].

If some national interests are permanent, others are variable (can vary considerably due to external factors, such as emerging or disappearing norms, institutions, or circumstances). Germany, embedded in the European Union and NATO is one of the safest countries in the world. Yet there are many new threats and risks to our security such as dependence on energy and raw materials, migration, pandemics and diseases; the impact of climate change may exacerbate these security risks even further.

A healthy environment, a favorable climate as an unconditional value are perceived by German society and the state relatively recently. The state of the environment, limited natural resources and unevenness of their distribution, transboundary pollution and waste disposal problems have become significant political, economic and military factors that affect the level of conflict in individual regions and the world as a whole. The transnational impact of an environmental issue can be as significant as its domestic impact. As a result, states are linked environmentally.

Formation at the end of the twentieth century of a new architecture of international, regional and national security necessitates the study of environmental factors as new determinants of humanity development. Throughout most of human history, the impact of the environment and climate on people has been much more pronounced (some human communities and even civilizations have declined due to

environmental and climatic stresses) than the impact of human on nature. However, beginning in the second half of the twentieth century, when the number of humanity, especially of certain ethnic groups (Chinese, Hindus, peoples of the Muslim world) began to grow exponentially, the impact of human activities on the environment and climate became global (local events are able to generate regional and even global effects). As a result, the protection of national interests in the environmental sphere has been on the security policy agenda.

Analysis of recent research and publications. Determining the ecological interests and priorities of the state is complicated by scientific uncertainty due to the fact that certain environmental and climatic problems may manifest themselves in the future. M. Troitsky notes that in the majority of leading countries, the government adopts official documents such as national security doctrines, concepts, or strategies. Unofficial, yet integral and influential, doctrinal texts are more difficult to find, but they exist in many countries [54, p. 164]. The availability of such documents, as well as doctrinal works in the field of environmental safety facilitates the study of the problem.

The issue of protection of national interests in the field of environmental protection and climate, in accordance with the peculiarities of the German legal culture, is considered or in the context of broader issues, in particular the definition of environmental protection as a constitutional goal of Germany [6; 9; 10; 12; 15; 27; 33; 43; 57], on the ratio of energy and environmental policy of Germany [1; 24; 29; 51; 53; 56;], on the evolution of the social legal state into an ecological, social legal state [2; 14; 26; 28; 48], or vice versa is differentiated into the study of narrower issues in the framework of environmental security policy. Ukrainian authors pay little attention to this problem [50], considering it, as a rule, in the context of the broader issue of the formation and development of environmental law in the European Union [40]. In general, given the role of Germany in European Union policy-making, domestic lawyers pay unjustifiably little attention to the study of Germany's experience in the legal regulation of environmental safety and climate protection, which makes our study relevant.

Statement of the article objective. The paper is aimed at studying the evolution of approaches to the legal protection of Germany's national interests in the field of environmental security.

Presentation of the main body of the article. Since 1949, all German federal governments have defined security as their primary goal. This was determined by the fact that "security" along with "freedom" and "justice" became the core of West Germany's socio-cultural value system in the 1950s. The desire for a "stable secure future" united citizens, various political parties, whose programs demonstrated confidence in social progress; it was reflected in government statements and policy measures by both the federal and state governments. The main vector of postwar development in Germany was the formula "stability without stagnation" (although the crisis from time to time forced the political leadership to hesitate while giving priority to the values of "stability" or "reforms"), which allowed the Germans to

“dare to bigger democracy.” One of the justifications for such conclusion is state intervention has been that the state is responsible for addressing the externalities of human actions. This conclusion is supported by the significant expansion of the welfare state, its development into a “social constitutional state” (“sozialen Rechtsstaat”), within which social and environmental policy programs were presented and legitimized as a contribution to improving the “internal security” of the state [12, p. 374; 38].

The content of security policy has evolved because “security” is a social construction, the content and structure of which is constantly changing depending on the transformation of existing and the emergence of new threats and challenges (climate change, destruction of the ozone layer, desertification, fresh water shortages, etc. – the list of current environmental problems in the XXI century is increasingly supplemented by new threats). In this case, the development of environmental law has been linked to the economic development of society: the increase in economic activities often results in greater natural resource consumption, environmental stress, and pollution [23, p. 200; 47, p. 631]. Understanding security is always a certain interpretation of reality (internal and external), in which society and the state function, as well as a reflection of future expectations (an attempt to overcome differences between the “space of experience” and “horizon of expectations” [12, p. 363]). The broadest meaning of this policy was contained in the “concept of enhanced security” promulgated by Chancellor G. Schröder’s government in a statement to the Bundestag on October 29, 2002, “Gerechtigkeit im Zeitalter der Globalisierung schaffen – für eine Partnerschaft in Verantwortung”. According to this concept, the security of German society and the state provided for the security of life and health from war and crime; material, social and cultural security as a condition for ensuring one’s own identity; security of the law, as well as protection against disease and other risks to life. It was emphasized that only a society that can provide such comprehensive security is able to live in a state of good neighborliness and peaceful cooperation with the outside world [12, p. 361–363].

Environmental problems and climate change are one of the most acute modern problems of mankind, which will obviously show an exacerbation tendency. Germany, located in the heart of a densely populated region, is particularly in need of international legal and political cooperation on environmental protection, which has a significant impact on the development of national environmental legislation. Effective response to environmental and climate threats and challenges requires targeted climate protection policies at the international and regional levels, as well as at the national and local levels. The search for an effective and efficient climate policy has led to a significant expansion in modern conditions of the practice of using market instruments, voluntary agreements and other neoliberal instruments of the new environmental policy at the national and international levels.

Security provision requires protection and guaranties based on specific legal principles. The formation of West Germany’s environmental policy began in

1969¹. In fact, at the same time, environmental security began to take shape as an important component of Germany's national security. The most important features of Germany's environmental security are the interdependence of environmental protection issues, climate protection, rational use of natural resources; solving environmental and climate problems through the development and implementation of energy saving programs, energy diversification, introduction of energy-saving technologies, modernization of industrial production, development of renewable energy and waste disposal programs.

In contrast to the United States, the initiator of environmental policy was the federal government, not the civil society sector. The Ministry of the Interior of the Federal Republic of Germany initiated the creation of a department for environmental protection in its structure in 1969. In 1970, the Bavarian government first established the Ministry of the Environment Protection, while the Environmental Advisory Council was established in 1971 at the federal level, the Federal Environmental Agency was created in 1974, and the relevant ministry, the Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety – was established only in 1986. This is not surprising, since the legal regulation in the field of environmental protection and use of natural resources is concentrated mainly at the level of federal states and municipalities.

The perception by Western countries, in particular by Germany, of the idea of implementing environmental policy² in the 1970s was determined by the awareness of fact that environmental degradation naturally leads to the deterioration of human rights. Environmental risks are no longer limited by national borders. As a result, there was a process of denationalization and deterritorialization of environmental security, as indicated by the environmental and political discourse of the 1970s, which acquired an international, global character [31].

The changes in the scientific and social consciousness are evidenced by the perception of Karel Vasak's idea of the "third" generation of human rights³ (1972), which includes environmental human rights [55]. Following the work of the UN

¹ At the prehistory stage of the formation of environmental policy in Germany, an "interparliamentary working group on natural resources" (1952) and the German Council for Land Care (1962) were established. It should be noted that the problems of ecology in the GDR in the early 1970s were paid no less attention than in Germany. In terms of institutionalization of environmental policy, the GDR was even ahead of Germany, as evidenced by the creation in 1972 of the Ministry of Environment and Water Management. The Treaty on the Fundamentals of Relations, concluded by Germany and the GDR in 1972, contained provisions on the coordination of positions of the parties on the protection of biological diversity.

² Initially, environmental policy was understood as a set of political efforts to preserve the natural foundations of human life and nature.

³ The idea of a third generation of human rights, including environmental rights, was preceded by a political debate on the human right to the environment in the Universal Declaration of Human Rights: this proposal was discussed at the 1968 UNESCO Conference on Biosphere and the European Conservation Conference held in 1970. In 1973 at the Council of Europe's Ministerial Conference on the Environment the question of inclusion of this right in the European Convention was discussed. However, none of these proposals was implemented.

Conference on the Environment (1972), the Stockholm Declaration on the Human Environment¹ was adopted, which stated: “in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and [that they bear] a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations” [49]. The Declaration affirmed the concept of state responsibility, recognizing that every state has some level of responsibility in this global cooperative. The Declaration took the first steps towards a long rethinking of the specifics of environmental standards, which resulted in the signing of the Rio Declaration on Environment and Development² (1992), which stated: “environmental standards, management objectives and priorities should reflect the environmental and developmental context to which they apply” [45]. Due to the fact that human rights discourse must focus on a more ecological world view of rights based on traditional knowledge of the human rights movement [32, p. 121] the concept of the “third” generation of human rights at the international legal level had been already used as a generally accepted in 1977 [55].

It should be noted that since the 1970s, a debate has begun at the international, regional and national levels that continues to this day. It concerns in what conceptions (for example, to a salubrious (or humane, adequate, clean, habitable) environment, to the right to protect the public from unreasonable environmental degradation or simply to government bodies’ legal obligations to protect the environment or “natural life support systems”) the new law would be normatively enshrined, since careless drafting will reduce the effectiveness of the legal protection provided and the utility of the new human right. Unfortunately, owing to differences between national legal systems, comparisons are not always possible, and the classification of almost all provisions is a matter of legal debate [19].

Since the 1970s, Germany has positioned itself as a regional and later as world leader in environmental and climate protection policy. The idea of caring for the environment is gradually becoming an essential element of the value system, legal culture and national identity of German society and state³, which it not only

¹ The Stockholm Declaration is an attempt to develop common approaches to solving problems of preserving and improving the environment. The Declaration defined the broad goals and objectives of environmental policy, but did not contain legally binding wording and regulatory approaches to solving environmental problems. The Stockholm Declaration was of great informative value, as evidenced by the growing scale of international environmental regulation. The Stockholm Declaration is a “soft law” and therefore has little influence on national and international environmental policy. However, the Final Declaration of the Stockholm Conference, the World Charter for Nature (1982), the Rio Declaration (1992) do have a political and moral effect.

² As opposed to the Stockholm Declaration, however, there was an addition of «development policies» in the Rio Declaration.

³ At the time of the introduction of environmental policy, the Basic Law of Germany did not include the right to a favorable environment to fundamental human rights. The rather rapid perception of German society of the idea of environmental rights and the need to protect the environment (if in September 1970 only 41% of respondents knew the term “environmental protection”, in November 1971 were familiar with 92%) due to the activities of environmental NGOs. Since the late 1970s, there has been a tendency toward marked politicization of environmental movements, including the creation of the Green Party (1980). Gradually, the federal government’s consultations with one of the largest environmental organizations, the Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, BUND

promotes both in the European Communities / European Union and beyond, but also consistently protects.

To ensure environmental safety, the formation of the field of environmental law¹ was important, as indicated by the adoption by the federal government of the Immediate Environmental Protection Program (initiated by the Ministry of Interior) (1970), the First Environmental Program (1971), and federal laws on environmental protection (1974), on the “*Naturschutz und Landschaftsplanung*” (from Germ. – Nature conservation and landscape planning) (1976), on taxes for the discharge of wastewater into reservoirs (1976); adoption of the first within the European Communities program for the utilization of industrial waste (1975). At the same time, in general, West Germany in the 1970s and 1980s lagged behind the United States, where the formation of the legislative basis for environmental policy began earlier.

Recognition of the “third” generation of human rights, as says I. Yakovyuk, gave relevance to the question: should the state’s activities on environmental protection be considered as a historical task that gives the state a historical type that would be different from existing ones? [63, p. 137–138]. L. Erhardt and A. Müller-Armak in the “*Manifesto-72 on the social market economy*”, answering this question, noted that the concept of social market economy, which consists of a market economy and social policy, perceived environmental policy as its own task [20]. Accordingly, it was considered that there was no need to extend the concept to “environmental and social market economy”. However, the exacerbation of environmental and climatic problems in the late XX century justifies the actions by the federal government to gradually promote the model of social, ecological market economy (*Ökologisch-soziale Marktwirtschaft*), which provides for the creation of framework conditions for market participants [48].

While the first oil crisis (1973–1974) to somewhat extent slowed down the development of environmental policy, (its opponents made the slogan “environmental protection takes away your jobs”) the second oil crisis (1979–1980) contributed to a deeper awareness by the state and society of the importance of environmental protection through the need for energy saving. From this point on, environmental

(Union for the Environment and Nature Conservation of Germany), which was established in 1975 and now numbers almost 500,000, became mandatory while solving various environmental problems. BUND has the right to file group lawsuit in accordance with the Environmental Protection Act. Since the 1990s, international law has pursued the goal of empowering NGOs to raise awareness of environmental concerns by providing them with access to justice. The Aarhus Convention of 1998, demands signatory parties enable environmental NGOs to participate in administrative procedures and request judicial review of resulting administrative decisions [37, p. 224].

¹ There were previously several sets of German legislation that actually regulated certain environmental issues (hunting, fishing, water, land use and forest management, etc.), although the public did not perceive it as environmental legislation because it focused more on economic aspects. Accordingly, there was no comprehensive codification of the German system of environmental law [43, p. 70]. The law “*On National Environmental Policy*” came into force in the United States in 1970. In accordance with its provisions, the Council for Environmental Quality was established, and later – the Agency for Environmental Protection [52]. It should also be noted that the United States has played historically a dominant role in the development of international environmental law.

policy is closely intertwined with the economic and energy policy of the state (usually economy, energetics and ecology invariably clash when a project has environmental implications, and the state has to weigh up various justified interests when deciding whether to approve it) in the context of the broader task of national security ensuring¹.

During the 1980s, environment legislation continued to evolve and improve²: in 1981, Germany was the first in Europe to introduce an environmental tax, federal laws on water balance (1986), on waste prevention and recycling (1986), and on nature protection (1987), etc. were adopted, as well as a number of regulations: on environmental accidents (1980), on the operation of large heating and power plants (1983), on hazardous substances (1986) and others. Since the early 1990s, Germany has been actively promoting the introduction of carbon dioxide taxes [5]. In general, the evolution of environmental law linked to the growing acceptance of the notion of collective responsibility, which entails the notion of sustainable development.

In 1992, the UN Conference on Environment and Development held in Rio de Janeiro was instrumental in formulating a regime to combat environmental problems. Environmental protection and economic development were no longer seen as mutually exclusive, but as goals that could be achieved and integrated together through the concept of “sustainable development” [58, p. 675, 679].

Changes in environment protection policy were determined by the fact that economically developed countries have entered the era of “risk society”. The use of high-risk technologies, especially in the field of nuclear energy and genetic engineering, as well as the expansion of risks associated with economic modernization, have contributed to the realization of the relativity of security as a social phenomenon. As a result, the primary actor of environmental policy has shifted from the state to the corporation. Environmental policy is becoming more systematic, incentives are being introduced for the development of energy-efficient and low-toxic products, which in the subsequent stages of development ensured the leadership of German industry in the world market, and thus contributed to strengthening Germany’s national security. In addition, the protection of the environment is beginning to be perceived at the level of public consciousness as a possible source of new jobs creation.

After the reunification (1990) of Germany, although it lost its position for some time, however in general, its environmental policy has become more systemic and today remains to be the most progressive in the world [39]. It has the following features: mutual conditionality of environmental policy of Germany and the European Union; powers sharing in the field of environmental policy within the federation; under pressure from the EU, the World Bank and the Organization for Economic Co-operation and

¹ Ultimately, the abandonment of nuclear energy, which was originally seen as the basis of energy security, was the result of the perception of a healthy environment as a more important need of society.

² Germany’s environmental policy has repeatedly changed: in the 1950s, the emphasis was on dispersing harmful emissions in the territory; in the 1960’s – on the creation of various types of treatment facilities; in the 1980s – on minimizing the release of harmful substances in the production process, ensuring the collection, storage and disposal with a high degree of utilization of harmful substances.

Development to pursue a more flexible environmental policy that includes a broad dialogue with civil society institutions; public concern for environmental and climate issues. The Germans believe that the lack of ambition to protect the climate leads to irreversible changes in ecosystems. At the same time, German politicians and scientists understand that no country, however wealthy, could stabilize the climate within its borders or unilaterally protect the stratospheric ozone layer over its territory. Therefore, Germany is making significant efforts at all political levels and in all spheres of society to counter these trends for the sake of future generations.

Powers to protect the environment are divided into supranational (international law¹) and three national levels of power: at the federal level it is the Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety; followed by the relevant executive authorities of the lands; at the municipal level, administrative bodies perform tasks related to the implementation of environmental policy – they apply directives issued by higher authorities. At the same time, the content and directions of development of environmental law are significantly influenced by international environmental law (it reveals the object of protection, the object protected is the natural life support systems which constitute humankind's basic ecological requirements [19]) and contains international law standards in the field of environmental safety and thanks to it states are slowly shifting their sights from outworn national policies to an international approach to the environment) operates on three levels: the European Union law [43, p. 79–107].

1. Germany has signed most of the UN Multilateral Treaties (the Convention on Long Range Transboundary Air Pollution (1979) as well as its four follow-up protocols; the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (1985) and subsequent protocols and amendments; UN Framework Convention on Climate Change (1992); the Convention on Biological Diversity (1992); the Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic and North Seas (1992); the Basel Convention on the Control of the Transboundary Movements of Hazardous Wastes (1989); the Espoo Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (1991); the Helsinki Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (1992) and others). In general, experts acknowledge that international environmental law is characterized by an excess of treaties and a number of lacunae². Some important principles have, however, been affirmed: the concept of sustainability, the precautionary principle,

¹ Even while signing the Stockholm Declaration the international community recognized that global cooperation was going to be instrumental in the battle against environmental problems and that a global institution was required to coordinate the effort (princ. 24: «International matters concerning the protection and improvement of the environment should be handled in a cooperative spirit by all countries, big and small, on an equal footing. Cooperation through multilateral or bilateral arrangements or other appropriate means is essential to effectively control, prevent, reduce and eliminate adverse environmental effects resulting from activities conducted in all spheres, in such a way that due account is taken of the sovereignty and interests of all States»).

² There are an estimated 300 multilateral and 900 bilateral treaties on environmental protections. Their number is out of keeping with the extent to which they are enforced.

the principle of causal responsibility and the need to protect the environment for future generations [19]. It should be noted: “At the twenty-first century, the global community will be pressuring states that are outliers to conform to norms set by the international regime. To conform to these norms, states will have to ensure that the behavior of their corporations and individual residents are kept within environmentally acceptable limits” [23, p. 198].

It should be noted that the international community is gradually realizing the importance not only of monitoring and researching environmental risks, but also of reducing the real negative impact on the environment. As a result, states are moving from international agreements aimed primarily at research, information exchange and monitoring, to agreements that require reductions in pollutant emissions and changes in technology control [58, p. 680–682].

2. Multilateral and bilateral regional treaties and agreements concerning overlapping issues as well as specific nature conservation issues. Germany belongs to several international commissions on the protection of the transboundary rivers; to the International Commission on the Protection of Transboundary Water Bodies and other agreements.

3. In addition to international law, the European Union also tries to strengthen representative environmental action. Many of the environmental and conservation issues are regulated in the European Union Environmental Law. For a long time the field of EU environmental law was not very clear. The first “Program of Action” was adopted in 1973¹. The starting point in the formation of EU environmental legislation is considered to be the Single European Act (1986), which amended the Treaty on European Community – Title XVI “Environment”. Article 130 enshrined fundamental principles for the Community’s environmental law (protection of the environment and improvement of its quality; protection of human health; prudent and economic use of natural resources; support for international actions concerning regional or global environmental problems) [34, p. 79–84; 30]. Thanks to Title VII on “Environment” to the EEC Treaty, a formal legal basis for the future development of EC environmental law was established.

The Declaration of the European Council on the EC’s environmental policy (“Environmental Imperative”, adopted in Dublin, 1990) [16] was devoted to the problems of environmental policy of the European Communities. The Treaty on the European Union (1992) would elevate environmental protection to one of the fundamental objectives of the Community and includes as one of the EC’s fundamental activities. In addition, a rule was established: in the case of conflict between national and European law, the latter prevails.

The EU’s Charter of Fundamental Rights contained a rule in which the human right to the environment corresponded to the EU’s objective: “A high level of

¹ Environment Action Programmes provide a general policy framework for the EU environment policy. The Treaty of Maastricht created a contractual basis for the adoption of Environment Action Programmes. The contractual basis was set out in Article 192 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. Their duration ranging from 3 to 10 years.

environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development” (Art. 37) [11].

At the present stage of European integration, the legal basis of the EU’s environmental policy includes the Treaty on the Functioning of the European Union (Art. 11, 191–193). These Articles provide the EU with competencies to act in all areas of environmental policy. Article 11 requires that environmental protection be integrated into the Union’s policies and activities. The integration of environmental concerns into other EU policy areas has become an important concept in European environment policy (environmental policy integration in the field of energy policy) [21]. The priorities¹ and priority objectives² of modern EU environmental policy are set out in the 7th EAP “Living well, within the limits of our planet” (2014–2020) [21].

At the turn of the XX–XXI centuries, the concept of the nation-state once again (after the 1970s) is faced with serious challenges. The current debate touches the fundamental question on who and how should address the key tasks of the state: security, safety, defense, and welfare. Through traditional and new threats and challenges (overpopulation, migration, environmental destruction, etc.), states demonstrate their own limited capacity to respond effectively to these challenges. This fact is still the reason for the internationalization of many tasks of the state, in particular the protection of the environment and climate. Interstate cooperation in the form of international governmental organization is reflected by the progressive formulation of an international public interest and by states acting “in the public interest” in accordance with the concepts of the Common Heritage of Humankind and the Global Commons (the mentioned conceptions are based on the idea that “change in the earth’s climate and its adverse effects are a common concern of humankind”, “biological diversity is a common concern of humankind”, plant genetic resources are “a heritage of mankind”). As a consequence, Sands Philippe notes, “the states will increasingly be required to take into account the needs of all members of the international community in developing and applying their policies and laws previously thought to be solely a matter of domestic jurisdiction” [18, p. 285–286; 46, p. 295].

Concerns on the fact that the growing influence of international organizations on the legal regulation of environmental relations³ by nation states may lead to a

¹ Such priorities are: to protect, conserve and enhance the Union’s natural capital; to turn the Union into a resource-efficient, green and competitive low-carbon economy; to safeguard the Union’s citizens from environment-related pressures and risks to health and well-being.

² Suc objectives are: to maximise the benefits of Union environment legislation by improving implementation; to improve the knowledge and evidence base for Union environment policy; to secure investment for environment and climate policy and address environmental externalities; to improve environmental integration and policy coherence.

³ The excitement of many states by the process of internationalization of new areas of legal regulation is due to the fact that they do not have a constructive understanding of the role of international organizations in international relations; they allow the identification of internationalization with globalization. “Internationalization” is to be distinguished from “globalization”. According to Delbroeck J., “internationalization” – a means to make up for the increasing inability of nation-states

limitation of state sovereignty will be less and less taken into account due to the exacerbation of environmental and climate problems¹. Such fears are still the reason why that progress from UN measures such as the Earth Summit is minimal. The self-centered, national interest-driven nation-states hampering the adoption of more effective measures for the protection of the global environment.

As a result of the application of the principles of international environmental law, the activities of nation-states are already facing certain restrictions, as it must not harm the environment of neighboring countries. The restriction of sovereignty is seen as acceptable because of the fact that the protection of the environment and climate is a need that is met by both the individuals and their groups, and by states and their integration associations. In today's world the international community has a collective responsibility on environment and climate protection.

Despite the fact that Germany is considered a leader in the field of environmental protection, modern environmental legislation is not considered perfect (see the decision of the Constitutional Court of Germany, 2021 [35]). First of all, it should be noted that attempts to expand the constitutional catalogue of fundamental rights by adding a basic right to a healthy or decent environment have so far failed². To some extent this can be explained by the fact that the European Convention on Human Rights (ECHR) does not contain a fundamental right to the environment and provide the individual with effective legal protection in that respect (although there is to the case-law of the European Court of Human Rights). Human Rights concerning states' positive obligations in the area of protection from environmental nuisances which are harmful or dangerous to health). The legal doctrine considers the possibilities for implementing an additional protocol to the ECHR and discards other proposals, such as an extension of the European Social Charter or the drafting of a European environmental charter. There is only the European Charter on Environment and Health (1989) [22] at European level.

It should also be noted that many European countries have added the principle of environmental protection to their Constitution, thus expressing their desire to give greater legal recognition to environmental rights. In 1994, the protection of the environment was declared a national objective³: "Mindful also of its responsibility

to pursue their national interest and welfare as independent, selfsustaining entities, while the level of globalization processes characterized by an increasing denationalization or transnationalization of economic, social, and ultimately political interactions and transactions that, by their very nature, transcend the once dominating paradigm of the international system, i.e., the sovereign nation-state [18, p. 279–280; 17, p. 9–11].

¹ There are already examples of shared global governance where states have ceded some power to intergovernmental organizations to govern specific environmental issues, and this is almost certain to expand in the future [59, p. 7].

² An individual right to environmental protection has been recognised in the constitutions of Belgium (Art. 23-4), Hungary¹², Norway (Art. 110, b), Poland (Art. 71), Portugal (Art. 66-2), Slovakia (Art. 44 & 45), Slovenia (Art. 72 & 73), Spain (Art. 45-1) and Turkey (Art. 56). Today, more than three quarters of the world's national constitutions (149 out of 193) include explicit references to environmental rights and/or environmental responsibilities [7].

³ Protection of the environment is included as a so-called "state objective" in the constitutions

towards future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order” (Basic Law for the Federal Republic of Germany (Art. 20, a)) [3]. There is a broad agreement on the idea of protection of limited resources as a national objective [30, p. 49].

Thus, there is a problem of ensuring close connection and interdependence between the areas of climate protection policy (Climate Action Plan 2050) and resource policy (German energy efficiency program (ProgRess I & II)), which are mostly unrelated with each other; transformation of resource policy in accordance with the goals of sustainable development, as they are defined at the international level. Also in the development and implementation of environmental policy, the state and lands must take into account the requirements of the concept of “sustainable development”: compliance with the commitment to integrate environmental considerations into economic and other social development, and to take into account development needs in crafting, applying, and interpreting environmental obligations” [46, p. 302].

Solving environmental problems and climate protection has traditionally been an important component of German lands policy. Thus, in 2013, the Baden-Württemberg Land Parliament adopted the Law on Climate Protection [25], which defined the legal limits of the policy pursued by the land government in the field of climate protection and reliable energy supply. The law contained rules that applied to both land and municipalities and the economy. By passing the law, the legislator sought to contribute to climate protection within the framework of international, European and national climate protection goals.

Following the 2016 parliamentary elections results, a coalition agreement was signed, one of the key elements of which was the regulation on updating the Baden-Württemberg law on climate protection during 2016–2021. The Ministry of the Environment together with other ministries in May 2019 presented a draft amendment to the law, and on May 26, 2020 the land government submitted to public hearings a draft “Law on the further development of climate protection in the state of Baden-Württemberg.” The comments and suggestions were taken into account and on October 14, 2020 the law was adopted by the land parliament.

In 2020, the land parliament took the next steps to improve legal regulation in the field of climate protection – amendments to the land law were adopted, which provided for the definition of land policy on climate protection for 2020, 2030 and 2050. It was envisaged that the land government would perform regular monitoring of climate protection measures to assess the effectiveness of policies and, if they were found to be insufficient, to decide on additional measures.

In Hessen land, in January 2016, the guidelines for funding for the promotion of municipal projects on climate protection and adaptation, as well as municipal information initiatives (the updated version came into force in September 2019) came into force.

of Austria (Art. 10-12), Germany (Art. 20, a), Greece (Art. 24), Finland (Art. 20), Netherlands (Art. 21), Sweden (Art. 2-2) and Switzerland (Art. 24-7).

In March 2017, the Hessen land government approved the Hessen 2025 Integrated Climate Protection Plan to transform the land into a climate-neutral region no later than 2050. Representatives of business, environmental associations, as well as municipalities and research institutions were involved in the development of the Integrated Plan. It consisted of 140 measures aimed at achieving the climate goals of Hesse, its adaptation to the consequences of climate change. The activities cover all areas of activity: from agriculture to the economy, the energy sector and transport, the construction sector and health care. Measures were developed to protect the climate and adapt to climate change at the same time. The Integrated Climate Protection Plan complements the requirements of the federal climate policy of Germany and the European Union. The Hessen land government encourages investment in climate protection and municipal climate adaptation measures. In addition, financial support could be provided to public, educational and information initiatives in the field of climate.

Documents similar in their direction and goals have been developed in other lands and municipalities of Germany.

Conclusions. The development of environmental security is an important contribution in theorising the policy of global environmental change and shifting security contexts. Approaches to theorising environmental issues in terms of environmental security reproduce a dualistic understanding of human relations to «the environment» in which humans are either threatened by or pose a threat to «nature».

The term “environmental security” is often interpreted as environmental protection in the sense of preventing damage to ecosystems and hence to humans. However, its content is also related to environmentally induced conflicts and insecurity caused by social and political disruption related to resource shortages and degraded landscapes.

What the environment – development – security nexus militates towards is a new culture of world politics which transforms attitudes consonant with meaningful interdependence. The climate change is caused by human activity, and is unlikely to be solved by unilateral action or traditional security measures. Cooperative measures are essential to planning for how to deal with the new circumstances humans collectively face. The obligation on developed states to lead in mitigation challenges traditional conceptions of the modern state by calling forth a more outward looking state that is able to serve both the national and international communities in the service of global climate protection.

The one for the success of a national, regional and international policy on the environment is the existence of clear legal rules, and a coherent European approach is needed to influence behavior in this area, directly and indirectly.

Germany is a strong supporter of international climate policies. International environmental policy contributes to climate protection, lead to an economic level playing field so that (energy-intensive) losers have less reason to resist ecological modernization and environmental industries benefit. Energy security has long

been an important aspect of state security, but has rarely been thought of as an environmental issue.

References

1. Analysis of impacts of climate change policies on energy security: Final report. (2009). URL: <https://ec.europa.eu/environment/integration/energy/pdf/cces.pdf>.
2. Bailey, D. (2015). The Environmental Paradox of the Welfare State: The Dynamics of Sustainability. *New Political Economy*, 20:6, 793–811. doi: <https://doi.org/10.1080/13563467.2015.1079169>.
3. Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23 May 1949. Last amended on 28 March 2019. URL: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>.
4. Biedenkopf, K.H. (1990). Die ökologische Dimension der Wirtschaftsordnung. *Politische Ökologie, Sonderheft 1: Nachhaltiges Wirtschaften*, Sept. 1990: 19 f.
5. Binswanger, H.Ch., Nutzinger, H.G., Zahrnt, A. (1990). Umwelt(-) Steuern (BUNDargumente). Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V., Bonn.
6. Bock, B. (1990). Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik. Berlin: Duncker & Humblot.
7. Boyd, D.R. The Status of Constitutional Protection for the Environment in Other Nations: PAPER #4. URL: <https://davidsuzuki.org/wp-content/uploads/2013/11/status-constitutional-protection-environment-other-nations.pdf>.
8. Breuning, S., Doluschitz, R. (2019). Societal Values in Germany – an Aspect of Cooperative Management? *International Journal of cooperative accounting and management*, vol. 2, issue 1, 19–37. doi: <https://doi.org/10.36830/IJCAM.20192>.
9. Brönneke, T. (1999). Umweltverfassungsrecht: Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsens und Sachsens, 1 Aufl. Baden-Baden.
10. Brönneke, T. (1993). Vom Nutzen einer einklagbaren Umweltverfassungsnorm. *Zeitschrift für Umweltrecht*, 4, 153–158.
11. Charter of Fundamental Rights of the European Union. (2000). URL: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.
12. Conze, E. (2005). Sicherheit als Kultur. Überlegungen zu einer “modernen Politikgeschichte” der Bundesrepublik Deutschland. Pp. 357–380. URL: https://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/2005_3_1_conze.pdf.
13. Costanza, R. (Hrsg.). (1991). Ecological Economics. The Science and Management of Sustainability. Columbia University-Press, New York.
14. Cox, R.H. (2001). The Social Construction of an Imperative: Why Welfare Reformed Happened in Denmark and the Netherlands, But Not in Germany. *World Politics*, 53 (3), 463–98.
15. Daele, W. van den. (1994). Umweltschutz als Staatsziel. *Gebhardt J. & Schmalz-Bruns R. (Eds.), Demokratie, Verfassung und Nation*. Baden-Baden: Nomos, 364–384.
16. Declaration of the European Council on the EC’s environment policy («Environmental Imperative»), Dublin 1990. *OJ* 1990, D 396, pp. 407 ff.
17. Delbrock, J. (1993). Globalization of Law, Politics, and Markets-Implications for Domestic Law: A European Perspective. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, issue 1, art. 2, 9–36.
18. Delbruck, J. (1997). The Role of the United Nations in Dealing with Global Problems. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 4, issue 2, art. 3, 277–296.
19. Environment and human rights: Report Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs. (2003). URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10145&lang=EN>.
20. Erhard, L., Müller-Armack, A. (1972). Soziale Marktwirtschaft, Ordnung der Zukunft: Manifest ‘72. Ullstein.
21. EU Environment and Climate Change Policies. State of play, current and future challenges. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies European Parliament.

ment. (2019). URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/638428/IPOL_STU\(2019\)638428_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/638428/IPOL_STU(2019)638428_EN.pdf).

22. European Charter on Environment and Health. (1989). URL: https://www.euro.who.int/___data/assets/pdf_file/0019/114085/ICP_RUD_113.pdf.

23. Ewing-Chow, M., Soh, D. (2009). Pain, Gain, or Shame: the Evolution of Environmental Law and the Role of Multinational Corporations. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, issue 1, art 7, 195–222.

24. Floyd, R., 2008. The environmental security debate and its significance for climate change. *The International Spectator*, 43 (3), 51–65.

25. Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes in Baden-Württemberg. (2013). URL: https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/4_Klima/Klimaschutz/Klimaschutzgesetz/LT-Drs_15_3465_D.pdf.

26. Gough, I. (2010). Economic Crisis, Climate Change and the Future of Welfare States. *21st Century Society*, 5 (1), 51–64.

27. Hahn, M. (1996). Das Staatsziel Umweltschutz – Art. 20a Grundgesetz – “Ausgleich von Defiziten oder umweltpolitische Phrase?” Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Grundrechte, insbesondere der grundrechtlichen Schutzpflichten für die Umweltverpflichtung des Staates, Köln, Univ., Diss.

28. Hausknost, D. (2020). The environmental state and the glass ceiling of transformation. *Environmental Politics*, 29:1, 17–37. doi: <https://doi.org/10.1080/09644016.2019.1680062>.

29. Hillebrand, R. (2013). Climate protection, energy security, and Germany’s policy of ecological modernisation. *Environmental Politics*, vol. 22, issue 4: *Energy Security and Climate Change: conflicts and synergies*, 664–682.

30. Hoppe, W., Beckmann, M. (1989). *Umweltrecht (Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis)*. München: Beck.

31. Hünemörde, Kair. (1974). *Die Frühgeschichte der globalen Umweltkrise und die Formierung der deutschen Umweltpolitik (1950–1973)*. Stuttgart.

32. Juss, S. (1997). Global Environmental Change: Health and the Challenge for Human Rights. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, issue 1, art. 8, 121–178.

33. Kloepfer, M. (2000). *Umweltschutz und Recht: Grundlagen, Verfassungsrahmen und Entwicklungen; ausgewählte Beiträge aus drei Jahrzehnten*, Berlin.

34. Krämer, L. (1992). *Focus on European Environmental Law*. London: Sweet and Maxwell. xii, 309 and (Index) 11pp. Hoppe, W. und Beckmann, M. (1989). *Umweltrecht (Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis)*. München: Beck.

35. Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

36. Lerche, C., Said, A. (1963). *Concepts of International Politics*. New Jersey: Prentice-Hall.

37. Mangold, A.K. (2014). The Persistence of National Peculiarities: Translating Representative. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 21, issue 1, art. 9, 223–261.

38. *Mehr Demokratie wagen: Innen- und Gesellschaftspolitik 1966–1974* (Berliner Ausgabe, vol. 7). By Willy Brandt. Volume ed. by Wolther von Kieseritzky. Series edited by Helga Grebing, Gregor Schöllgen and Heinrich August Winkler. Bonn: Dietz. 2001.

39. Michaelowa, A. (2003). Germany: A pioneer on earthen feet? *Climate Policy*, 3 (1): 31–43.

40. Mikievich, M.M., Andrusevich, N.I., Budyakova, T.O. (2004). *European environmental law*. Lviv: Lviv. nat. Univ. I. Franko [in Ukrainian].

41. Morgenthau, H.J (1951). *In Defense of the National Interest: A Critical Examination of American Foreign Policy*. New York: Knopf.

42. National interests and diplomacy. URL: <https://www.dawn.com/news/846325/national-interests-and-diplomacy%2010%20March%202016>.

43. Neumann, M.T. (1996). The Environmental Law System of the Federal Republic of Germany. *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 3, issue 1, art. 6, 69–110.

44. Nutzinger, H.G., Zahrnt, A. (1994). *Ökologisch-soziale Marktwirtschaft und Instrumente der Umweltpolitik*. R. Kurz und A. Zahrnt (Hg.): *Marktwirtschaft und Umwelt*. (Reihe Umweltschutz, Bd. 15), 1–25. Bonn: Economica.

45. Rio Declaration on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3–14 June 1992). URL: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf.

46. Sands, Ph. (1994). The “Greening” of International Law: Emerging Principles and Rules. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, issue 2, art. 2, 293–323.

47. Shea, E.E. (2002). *Environmental Law and Compliance Methods*. Oxford: Oceana Publications.

48. Soziale Marktwirtschaft ökologisch erneuern. (2019). *Ökologische Innovationen, wirtschaftliche Chancen und soziale Teilhabe in Zeiten des Klimawandels*. R. Fücks & T. Köhler (Hrsg.). Berlin.

49. Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Principle 1, adopted June 16, 1972, U.N. Doc. A/CONF. 48/14/Rev.1, reprinted at 11 I.L.M. 1416 (1972).

50. Surilova, O.O. (2005). Environmental law of Germany. *Current issues of state and law*, issue 24, 75–80.

51. The EU's 2030 Climate and Energy Framework and Energy Security. URL: https://www.iddri.org/sites/default/files/import/publications/cs-iddri-eu-2030-framework_energy-security.pdf.

52. The National Environmental Policy Act of 1969, as amended. URL: https://www.energy.gov/sites/default/files/nepapub/nepa_documents/RedDont/Req-NEPA.pdf.

53. Toke, D. (2013). The relationship between climate change and energy security: key issues and conclusions. *Environmental Politics*, Vol. 22, issue 4: *Energy Security and Climate Change: conflicts and synergies*, 537–552.

54. Troitsky, M. (2015). Why Are National Interests Necessary? Self-Restriction as a Blessing. *Russia in Global Affairs*, vol. 13, 2, 164–172.

55. Vašák, K. (1977). Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *UNESCO Courier*, 11:29–32.

56. Vogler, J. (2013). Changing conceptions of climate and energy security in Europe. *Environmental Politics*, vol. 22, issue 4: *Energy Security and Climate Change: conflicts and synergies*, 627–645.

57. Weis, H. (1988). Die Anhörung des Bundestags-Rechtsausschusses zum Staatsziel Umweltschutz. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 5, 159–161.

58. Weiss, E.B. (1993). International Environmental Law: Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order. *The Georgetown Law Journal*, vol. 81, 675–710.

59. Winchester, N.B. (2009). Emerging Global Environmental Governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, issue 1, art. 2, 7–23.

60. Wurzel, R. (2002). *Environmental policy-making in Britain, Germany and the European Union: The Europeanisation of air and water pollution control*. Manchester, U.K.: Manchester University Press.

61. Wurzel, R., Jordan, A., Zito, A., BruĖckner, L. (2003). From high regulatory state to social and ecological market economy? “New” environmental policy instruments in Germany. “New” instruments of environmental governance? *National experiences and prospects*. A. Jordan, R. Wurzel, A. Zito (Eds.), 115–36. London, U.K.: Frank Cass.

62. Yakoviyk, I.V. (2007). Legal culture in the conditions of globalization and European integration. *State Building and Local Government*, 13, 3–16. Kharkiv. Pravo [in Ukrainian].

63. Yakoviyk, I.V. (2000). Social state: questions of theory and ways of its formation. *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

Муравьева С. В., аспирантка кафедры права Европейского Союза, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: muravyova0508@gmail.com ; ORCID 0000-0003-0177-8044

Правовая защита национальных интересов Германии в сфере экологической безопасности: эволюция подходов

Изменение климата – это глобальная проблема и политические действия, необходимые для ее разрешения, носят как локальный и национальный, так и международный характер. Дилемма безопасности – одна из важнейших теоретических идей в международных отношениях. Содержание политики безопасности эволюционирует, поскольку «безопасность» – это социальная конструкция, содержание и структура которой постоянно меняется в зависимости от трансформации существующих и появления новых угроз и вызовов (изменение климата, разрушение озонового слоя, опустынивание, нехватка пресной воды и др. – перечень актуальных экологических проблем в XXI в. все чаще дополняется новыми угрозами). Ученые, политики и активисты предлагают расширить использование концепции безопасности за пределы ее традиционной военной направленности, чтобы учесть экологические угрозы, которые серьезно угрожают благосостоянию людей. В статье исследуется, как экологические и климатические проблемы принципиально изменили наш взгляд на безопасность. Нефизическая безопасность, диверсификация угроз и выделение личности являются ключевыми эффектами глобализации в сфере безопасности. Эти эффекты безопасности превращаются в определенные поведенческие тенденции во внешней политике Германии, до сих пор не изучались в отечественной литературе.

ФРГ позиционирует себя как региональный и мировой лидер в сфере защиты окружающей среды и климата. Идея заботы об окружающей среде становится неременным элементом системы ценностей, правовой культуры и национальной идентичности немецкого общества и государства, которое она не только продвигает как в Европейских сообществах / Европейском Союзе, так и за его пределами, но и последовательно защищает. В рамках законодательной базы экологической политики ЕС сохраняется место для независимых национальных действий немецкого правительства. Это гарантирует ФРГ свободный выбор национальных стратегий при продвижении экологической политики.

Ключевые слова: национальные интересы; безопасность; экологическая безопасность; экологические права; климатические права; международное экологическое право; Германия.

Рекомендоване цитування: Muravyova S. Legal protection of Germany's national interests in the field of environmental security: the evolution of approaches. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 302–320. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239069>.

Suggested Citation: Muravyova, S. (2021). Legal protection of Germany's national interests in the field of environmental security: the evolution of approaches. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 154, 302–320. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239069>.

Надійшла до редколегії 18.08.2021 р.



Гнітій Андрій Олександрович,
аспірант кафедри права Європейського Союзу,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: andreygnitiy95@gmail.com
ORCID 0000-0002-2991-5613

doi: 10.21564/2414–990X.154.239086
УДК 341.213.5

МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ ВІД НЕЗАКОННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ FRONTEX У РАМКАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Стаття присвячена дослідженню механізмів захисту прав людини від незаконної діяльності FRONTEX у рамках ЄС. Із прийняттям Регламенту 2019/1896 мандат Агенції був істотно розширений, у тому числі шляхом наділення її персоналу виконавчими повноваженнями. Разом з цим на Агенцію покладаються негативні та позитивні зобов'язання у сфері захисту прав людини, які передбачають, що співробітники FRONTEX повинні не лише утримуватися від вчинення порушень, а й вживати всіх можливих заходів для дотримання основоположних прав кожним з учасників спільних операцій. Проте комплексний характер та відсутність прозорості в оперативній діяльності Агенції збільшують ризик виникнення серйозних інцидентів. З огляду на це важливою гарантією дотримання основоположних прав є розроблення ефективних механізмів захисту.

Проаналізовано підстави та порядок звернення до Європейського Омбудсмена, Суду ЄС, а також використання потерпілими механізму подачі скарги в межах Агенції. Звертається увага на недоліки позасудових механізмів захисту прав людини, насамперед через рекомендаційний характер висновків, які приймаються за результатом розгляду скарг. Позитивно оцінюється функціонування внутрішнього механізму з розгляду індивідуальних скарг Агенцією, але й звертається увага на необхідність збільшення його автономії та розроблення апеляційної процедури оскарження рішень. Зроблено висновок, що найбільш ефективним засобом правового захисту у межах ЄС для осіб, які стали жертвою порушень внаслідок протиправних діянь FRONTEX, є Суд ЄС. Використання цього механізму потребує більш ретельного збору доказів для доведення причинно-наслідкового зв'язку між протиправною поведінкою та шкідливими наслідками, що є складним завданням для мігрантів, які стали жертвою порушень.

Ключові слова: Європейська агенція з прикордонної та берегової охорони; механізм захисту прав людини; позитивні зобов'язання; механізм розгляду індивідуальних скарг; Суд ЄС.

Гнітій А. А., аспірант кафедри права Європейського Союзу, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.
e-mail: andreygnitiy95@gmail.com ; ORCID 0000-0002-2991-5613

Механизм защиты прав человека от незаконной деятельности FRONTEX в рамках Европейского Союза

Статья посвящена исследованию механизмов защиты прав человека от незаконной деятельности FRONTEX в рамках ЕС.

Проанализированы основания и порядок обращения к Европейскому Омбудсману, Суду ЕС, а также использование пострадавшими механизма подачи жалоб в пределах Агентства. Обращается внимание на недостатки внесудебных механизмов защиты прав человека, прежде всего, из-за рекомендательного характера выводов, которые принимаются по результатам рассмотрения жалоб. Положительно оценивается функционирование внутреннего механизма по рассмотрению индивидуальных жалоб Агентством, но и обращается внимание на необходимость увеличения его автономии и разработки апелляционной процедуры обжалования решений. Сделан вывод, что наиболее эффективным средством правовой защиты в рамках ЕС для лиц, ставших жертвой нарушений вследствие противоправных деяний FRONTEX, является Суд ЕС. Использование этого механизма требует более тщательного сбора доказательств для подтверждения причинно-следственной связи между противоправным поведением и вредными последствиями, что является сложной задачей для мигрантов, которые стали жертвой нарушений.

Ключевые слова: Европейское агентство береговой и пограничной охраны; механизм защиты прав человека; позитивные обязательства; механизм рассмотрения индивидуальных жалоб; Суд ЕС.

Постановка проблеми. Дотримання основоположних прав є важливим компонентом інтегрованого управління кордонами (ч. 2 ст. 3 Регламенту 2019/1896 [24]). Європейська агенція з прикордонної та берегової охорони (далі – FRONTEX або Агенція) є центральною агенцією Європейського Союзу (далі – ЄС), на яку покладено обов'язок забезпечити ефективну реалізацію Європейського інтегрованого управління кордонами. Крім того, положення про основоположні права включені до Кодексу поведінки FRONTEX та Уніфікованої програми підготовки прикордонників для підвищення рівня обізнаності про права людини та своєчасного виявлення потенційних порушень.

Діяльність Агенції пов'язана із безпосереднім контактуванням із людьми, тому під час проведення спільних операцій є ризик порушення прав людини. Відповідно до звіту правозахисної групи Mage Liberum протягом 2020 р. на греко-турецькому кордоні зафіксовано 321 інцидент, під час яких за участю Берегової охорони Греції та FRONTEX були незаконно повернуті за межі ЄС 9 798 осіб [21, с. 4, 9]. У Звіті від 23.10.2020 р. також указується на незаконну діяльність із перешкодження доступу нелегальним мігрантам на територію ЄС [26].

Збільшення кількості порушень можна пов'язувати із посиленням ролі Агенції та розширенням повноважень її співробітників. 04.12.2019 р. набув чинності Регламент 2019/1896 [24], відповідно до якого вперше створюється штатний персонал Агенції, який наділяється виконавчими повноваженнями (ч. 3 ст. 54). Відтепер співробітники Агенції після отримання згоди приймаючої держави уповноважені проводити перевірку документів особи для встановлення її громадянства, надавати дозвіл чи відмову у в'їзді під час перевірки на кордоні, проставляти штампи у проїзних документах, надавати дозвіл чи відмову в отриманні візи на кордоні, здійснювати реєстрацію відбитків пальців, супроводжувати громадян третіх країн, які підлягають примусовому поверненню тощо

(ч. 7 ст. 55 Регламенту 2019/1896 [24]). Крім того, передбачається посилення повноважень FRONTEX у сфері оброблення й обміну інформацією, у тому числі персональними даними, з іншими інституціями, органами, агенціями Союзу та третіми країнами, що вимагає створення відповідних гарантій для забезпечення конфіденційності даних. Ураховуючи викладені вище обставини, питання механізмів захисту прав людини у рамках ЄС від незаконної діяльності FRONTEX набуває особливої актуальності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти механізмів захисту прав людини у діяльності FRONTEX були об'єктом дослідження закордонних науковців, як-от: С. Каррера (S. Carrera), Б. Каспарек (B. Kasparek), І. Паскуау (Y. Pascoau), М. Стефан (M. Stefan), С. Тас (S. Tas), Д. Фернандес-Рохо (D. Fernandez-Rojo), М. Фінк (M. Fink), П. Шумахер (P. Schumacher) та інші. Так, у науковій праці Д. Фернандеса-Рохо (D. Fernandez-Rojo) «Впровадження індивідуального механізму подачі скарг у межах FRONTEX: два кроки вперед, один назад» [12] проведено детальний аналіз якісних змін у дотриманні основоположних прав після створення спеціального механізму у межах Агенції. В іншій статті «Позов про відшкодування збитків як засіб захисту основоположних прав: забезпечення відповідальності FRONTEX» [14], автором якої є М. Фінк (M. Fink), проаналізовано один із аспектів судового захисту прав унаслідок неправомірної діяльності Агенції, що спричинило заподіяння шкоди. Однак досі немає комплексного дослідження існуючих механізмів захисту основоположних прав у діяльності FRONTEX.

Метою статті є розгляд існуючих механізмів захисту прав людини від незаконної діяльності FRONTEX у рамках ЄС, проведення оцінки їх ефективності, а також розроблення рекомендацій щодо подальшого удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Сучасний мандат FRONTEX передбачає виконання широкого комплексу завдань, які закріплені у ст. 10 Регламенту 2019/1896 [24]. Для цього Агенція наділяється різноманітним інструментарієм, який дозволяє їй організовувати, координувати та здійснювати контроль за проведенням спільних операцій, пілотних проєктів, швидких прикордонних втручань та операцій з повернення. При цьому проведення оперативної діяльності має супроводжуватися дотриманням не лише негативних, а й позитивних зобов'язань у сфері захисту прав людини. Так, відповідно до ч. 1 ст. 80 Регламенту 2019/1896 [24] FRONTEX гарантує захист основоположних прав під час здійснення покладених на нього завдань. У зв'язку із цим М. Фінк (M. Fink) вважає, що Агенція повинна докладати достатніх зусиль для забезпечення того, щоб не лише власний персонал, а й всі інші учасники оперативної діяльності діяли, дотримуючись прав людини [13].

Для ефективної реалізації своїх зобов'язань FRONTEX наділяється двома правовими засобами. Перший з них є превентивним та полягає у спільній діяльності зі складання і схвалення разом з приймаючою державою оперативного плану, який закріплює правові межі проведення операції під координацією Агенції. Його положення є обов'язковими для всіх учасників.

Іншим правовим засобом Агенція може скористатися у ході проведення оперативної діяльності. Він полягає у тому, що FRONTEX уповноважений надавати інструкції приймаючій державі з питань реалізації оперативного плану, які мають рекомендаційний характер. Крім того, FRONTEX не уповноважений давати прямі вказівки персоналу, який безпосередньо залучений до оперативної діяльності. Таке право зберігається виключно за приймаючою державою. Однак вплив Агенції на прийняття рішень на національному рівні залишається досить високим, що пояснюється можливістю припинення фінансування операції, призупинення або припинення її виконання на будь-якій стадії у зв'язку із порушенням умов оперативного плану (ч. 3 ст. 46 Регламенту 2019/1896 [24]).

Незважаючи на існування правових засобів спрямованих забезпечити реалізацію позитивних зобов'язань із боку Агенції в частині дотримання основоположних прав, продовжує існувати високий ризик можливого їхнього порушення. Науковий співробітник Флорентійського інституту Європейського університету С. Тас (S. Tas) вказує на існування двох чинників, які сприяють розвитку такої тенденції: 1) комплексний характер процедур прийняття рішень; 2) відсутність прозорості в діяльності Агенції [25, с. 2–5].

Комплексний характер процедур прийняття рішень проявляється у спільному розробленні та схваленні оперативного плану за участю представників приймаючої держави-члена та Виконавчого директора FRONTEX. Саме на підставі цього документа проводиться оперативна діяльність, у якій беруть участь співробітники Агенції та компетентних органів держав-членів ЄС. Виходячи з цього, С. Тас (S. Tas) зазначає, що велика кількість залучених суб'єктів призводить до проблем з розподілом повноважень, що перешкоджає проведенню ефективного контролю за операціями та викликає в потерпілої особи нерозуміння на предмет того, до якої установи звертатися за захистом порушених прав [25, с. 3].

Відсутність прозорості в діяльності FRONTEX полягає в тому, що доступ до більшості документів є обмеженим. Так, положення оперативного плану не підлягають розголошенню до моменту завершення операції. Крім того, у річних звітах та періодичних оглядах новин, що розміщуються на офіційному веб-сайті Агенції, надається лише загальна інформація про оперативну діяльність. Відомості про осіб, які зверталися за міжнародним захистом, як правило, відсутні у згаданих джерелах. Варто зазначити, що суб'єктний склад осіб, які можуть звернутися до Агенції із запитом про отримання певного документа, є також обмеженим. Відповідно до ч. 1 ст. 2 Регламенту 1049/2001 [22] таким правом наділені громадяни ЄС і фізичні або юридичні особи, які проживають або зареєстровані у державі-члені ЄС. Отож, громадяни третіх країн, які не мають постійного місця проживання або реєстрації в ЄС не зможуть отримати доступ до документів Агенції. Підстави відмови з боку інституції, органу, агенції ЄС у доступі до документів пов'язані із нерозголошенням інформації, яка може підірвати захист суспільного інтересу щодо громадської безпеки, оборонних та військових питань, міжнародних зв'язків, фінансової, грошової або економічної

політики ЄС чи держави-члена або порушити норми права ЄС щодо захисту персональних даних (ст. 4 Регламенту 1049/2001 [22]).

Разом із цим, як вказує С. Тас (S. Tas), на практиці FRONTEX досить часто дає відмови на запити у ситуаціях, коли документи містять конфіденційну інформацію або розкриття інформації, що міститься в них, може поставити під загрозу ефективний контроль і нагляд за зовнішніми морськими кордонами держав-членів ЄС і, зрештою, підірвати захист суспільних інтересів [25, с. 4]. Так, у справі *Izuzquiza and Semsrott* проти FRONTEX про надання інформації щодо назв і прапору суден, які брали участь в операції «Тритон 2017», заявникам було відмовлено тому, що зазначена інформація є важливою для ідентифікації суден, а тому створить не гіпотетичний, а передбачуваний ризик для громадської безпеки (п. 74, 96) [17].

Отже, існування зазначених проблем у процесі проведення оперативної діяльності під координацією FRONTEX підвищує ризик збільшення випадків порушення прав людини. Тому за таких умов важливим завданням є створення ефективних механізмів для їхнього захисту.

У юридичній літературі зустрічаються різні підходи до тлумачення терміна «механізм захисту прав людини». В. В. Мицик (V. V. Mytsyk) пропонує розглядати це явище як складний правовий комплекс, що складається з міжнародних та національних засобів. На думку вітчизняного науковця, міжнародними засобами є міжнародні договори та створені на підставі них органи, діяльність яких спрямована на забезпечення реалізації договірних зобов'язань, тоді як національні засоби представлені нормативними актами внутрішнього законодавства та створеними для їх виконання державними органами. Відмежовуючи механізм захисту прав людини від механізму його забезпечення, науковець зазначає, що першим поняттям охоплюються лише акти, що регулюють діяльність міжнародних правозахисних організацій і органів з контролю за дотриманням договорів (конвенційних органів), які відповідають за охорону прав людини шляхом надання власних механізмів для їхнього захисту у разі порушення [3, с. 62–63]. Щодо діяльності FRONTEX, то створення таких механізмів передбачено в актах первинного (ст. ст. 228, 263, 265, 268 Договору про функціонування Європейського Союзу [8], ст. ст. 41, 43, 47 Хартії про основоположні права ЄС [7]) та вторинного права ЄС (ст. 111 Регламенту 2019/1896 [24]).

Ю. М. Сидорчук (Yu. M. Sydorчук) вважає, що механізм захисту прав є системою та комплексом дій, які спрямовані на захист прав людини і громадянина. З точки зору цієї вченої механізм захисту прав людини умовно можна поділити на частини, які при цьому залишаються діалектично взаємопов'язаними. Серед основних його компонентів вона виокремлює такі: право на захист; форма та спосіб захисту; процес і порядок звернення до відповідних органів, установ та організацій. Тому для досягнення певного результату механізм захисту прав людини повинен бути цілісним та логічно послідовним процесом [5, с. 34].

У рамках ЄС пропонуємо розглянути такі механізми захисту прав людини від незаконної діяльності FRONTEX: 1) позасудові, які передбачають звернення

з індивідуальною скаргою до Європейського омбудсмена або через використання механізму подачі скарги у межах Агенції; 2) судовий, який представлений Судом ЄС.

Європейський омбудсман є органом ЄС, який створений для контролю за дотриманням основоположних прав людини та для забезпечення належного управління з боку інституцій, органів та агенцій ЄС. Відповідно до ст. 119 Регламенту 2019/1896 діяльність FRONTEx може бути предметом розгляду для Євроомбудсмена [24]. Крім того, ним можуть бути розглянуті скарги, які стосуються рішень, що приймаються Агенцією з питань публічного доступу до документів у межах Регламенту № 1049/2001 (ч. 5 ст. 114 Регламенту 2019/1896 [24]).

Серед переваг функціонування цього механізму є його гнучкість та доступність для осіб, чії права є порушеними. Крім розгляду скарг, Євроомбудсман уповноважений ініціювати проведення розслідування, але не з будь-якого питання, а лише того, що стосується загальних і системних випадків неналежного управління. 04.03.2021 р. було оголошено про початок проведення розслідування з ініціативи Європейського омбудсмена для того, щоб з'ясувати, яким чином FRONTEx дотримується своїх зобов'язань із основоположних прав та забезпечує підзвітність щодо своїх розширених повноважень. Завданням розслідування є визначення ефективності механізмів підзвітності під час спільних операцій, діяльності пов'язаної з поверненням мігрантів та наданням міграційної підтримки у ході перевірки на зовнішніх кордонах ЄС [15].

Звернення до Європейського омбудсмена з індивідуальною скаргою не є головним засобом захисту прав, які порушені в результаті незаконної діяльності FRONTEx. Це пояснюється існуванням щонайменше двох чинників. По-перше, до Європейського омбудсмена може звернутися не будь-яка особа, а лише громадянин ЄС, фізична або юридична особа, яка проживає чи має юридичну адресу на території держави-члена ЄС (ч. 1 ст. 228 ДФЕС [8]). Хоча на практиці більшістю жертв порушень унаслідок діяльності Агенції є громадяни третіх країн, які не перебувають на законній підставі у ЄС. По-друге, акти, які приймаються Євроомбудсманом за результатом розгляду індивідуальних скарг або розслідування, проведеного за власною ініціативою, мають рекомендаційний характер. В. М. Кюн (W. M. Kühn) переконаний, що це не перешкоджає виконанню агенціями рекомендацій, які містяться у таких документах. Насамперед це пов'язано з тим, що Європейський омбудсман результати своїх розслідувань включає до доповіді, яку оголошує перед Європейським Парламентом, створюючи таким чином політичний тиск на відповідну агенцію [2, с. 39].

Іншим позасудовим засобом захисту порушених прав є механізм подачі індивідуальних скарг у межах FRONTEx. Пропозиція створити такий механізм надходила від Європейського омбудсмена ще у 2013 р. У Рішенні від 12.11.2013 р. [9] зазначалося, що додатково до вже існуючих внутрішніх засобів повідомлення про потенційні порушення прав людини має бути розроблено механізм розгляду індивідуальних скарг для забезпечення захисту основопо-

ложних прав, для того щоб механізми моніторингу та інструменти розгляду таких скарг взаємодоповнювали один одного (п. 79). Така рекомендація була позитивно оцінена і підтримана Консультативним форумом Агенції та Європейським Парламентом. Крім того, у Резолюції Європейського Парламенту від 02.12.2015 р. [11] наголошувалося на тому, що у разі створення процедури розгляду скарг вона повинна ефективно функціонувати. Це може бути забезпечено шляхом проведення активної інформаційної компанії для того, щоб потенційні жертви порушень та співробітники Агенції були обізнані про можливість захисту основоположних прав у межах такого механізму (п. 28).

Механізм розгляду індивідуальних скарг був створений на підставі Регламенту 2016/1624 (ст. 72) [23]. На сьогодні він функціонує у тому форматі, який встановлений Регламентом 2019/1896 (ст. 111) [24] та Правилами Агенції про механізм розгляду скарг, які містяться у Додатку № 1 до Рішення Виконавчого директора від 06.10.2016 р. (далі – Правила Агенції) [10]. Відповідно до ст. 2 Правил Агенції [10] уся процедура складається з трьох стадій: 1) отримання, реєстрація, встановлення прийнятності скарги, її оброблення та направлення компетентному суб'єкту для розгляду; 2) розгляд скарги; 3) звіт про результати розгляду скарги та подальші дії.

Відповідно до ч. 2 ст. 111 Регламенту 2019/1896 [24] будь-яка особа, на яку безпосередньо впливають дії або бездіяльність персоналу, задіяного у спільній операції, пілотному проєкті, швидкому прикордонному втручанні, розгортанні загонів із підтримки управління міграцією, операції з повернення, втручання для проведення операції з повернення або оперативній діяльності Агенції в третій країні, та яка вважає, що її основоположні права були порушені внаслідок таких дій або бездіяльності, може самостійно або через представника подати до Агенції скаргу в письмовій формі. Виходячи з положень цієї норми, зазначимо, що суб'єктом звернення може бути лише фізична особа, яка безпосередньо постраждала від незаконних діянь. Хоча скаргу від її імені може подавати будь-яка інша особа, яка має право здійснювати представництво інтересів потерпілого. Але у більшості випадків мігранти не мають доступу до кваліфікованої правової допомоги. Тому, враховуючи той факт, що об'єктом незаконної діяльності можуть бути вразливі групи людей, у тому числі діти, логічним кроком було б надати Офіцеру з основоположних прав повноваження подавати скаргу від імені таких осіб *ex officio* [19, с. 24]. Ще більш широкий підхід до суб'єктного складу осіб, які уповноважені звертатися з письмовою скаргою до Агенції, висловлював Європейський омбудсман, наголошуючи на важливості відкритості цього механізму для всіх учасників оперативної діяльності, яка координується FRONTEX, а також для осіб, які можуть отримати відомості про потенційні порушення прав людини (журналісти, неурядові міжнародні організації тощо) (п. 81) [9]. Але ця пропозиція так і не була закріплена в установчому документі Агенції.

Скарга має бути подана у письмовій формі та містити ім'я, контактні дані заявника, а також детальний виклад обставин інциденту. Як правило, для подачі

індивідуальної скарги використовується офіційний бланк, який розроблений Агенцією на різних мовах світу та є у відкритому доступі на її офіційному веб-сайті. Крім того, під час проведення оперативної діяльності співробітники FRONTEx повинні мати бланк скарги у друкованому вигляді. Скарга, подана у довільній письмовій формі, не може бути автоматично визнана неприйнятною без ознайомлення з її змістом (ч. 1 ст. 5 Правил Агенції [10]). Разом з цим, на учасників оперативної діяльності, яка проводиться під координацією FRONTEx, покладається позитивний обов'язок інформувати всіх осіб, які виявили бажання повідомити про факт порушення основоположних прав, про можливість скористатися механізмом подачі індивідуальної скарги, а також надати їм відповідний бланк (ч. 6 ст. 5 Правил Агенції [10]). Отже, погоджуємося з думкою Д. Фернандеса-Рохо (D. Fernandez-Rojo), що цей механізм є ефективним лише у тому разі, коли потерпіла особа повністю обізнана про можливість подачі індивідуальної скарги та процедуру реалізації такого права [12, с. 233].

Головною відповідальною особою в Агенції за процедуру розгляду індивідуальних скарг та виконання рішень, прийнятих за її результатами, є Офіцер з фундаментальних прав (Офіцер). На першій стадії він повинен зареєструвати скаргу, вирішити питання про її прийнятність та направити компетентному суб'єкту для розгляду. Скарга вважається прийнятною, якщо вона є обґрунтованою, стосується порушення конкретних основоположних прав, які відбулися після набуття чинності Регламенту 2016/1624 (06.10.2016 р.), а також, за умови, що на момент подачі скарги минуло менше року від дати, коли таке порушення сталося або заявник дізнався про нього. Анонімні заяви не приймаються до розгляду (ст. 8 Правил Агенції [10]). Хоча, щодо останньої з вимог С. Каррера (S. Carrera) і М. Стефан (M. Stefan) зазначають, що неприйнятність анонімних заяв призводить до стримування активізації процедур подання скарг зацікавленими особами тому, що громадяни третіх країн побоюються стати об'єктом репресій, а також зазнати конфіскації особистого майна і речей [6, с. 44].

Для звернення з індивідуальною скаргою до Агенції від потерпілої особи не вимагається попереднє вичерпання національних засобів правового захисту. Крім того, допускається здійснення паралельного провадження в адміністративному або судовому органі держави-члена чи в міжнародній судовій інстанції. На думку А. Джаріло (A. Jarillo) потерпілий може скористатися цим механізмом навіть у разі, якщо відповідне питання уже було предметом розгляду на національному або міжнародному рівні та щодо нього вже прийнято остаточне рішення [16, с. 17].

За результатом попереднього розгляду скарги Офіцер з фундаментальних прав приймає рішення про прийнятність скарги. Проте чіткого строку, протягом якого має бути прийнято таке рішення, не встановлено. Також не передбачено альтернативної процедури на випадок тимчасової відсутності Офіцера. Так, у 2018 р. протягом певного періоду часу Офіцер не міг виконувати свої функції у зв'язку із хворобою. Виконавчий директор відреагував на його відсутність

тим, що призначив члена свого Кабінету для виконання функцій Офіцера на тимчасовій основі, що є грубим порушенням принципу незалежності [18, с. 41].

Ще одним процедурним недоліком цього механізму є відсутність можливості оскарження рішення про неприйнятність скарги. Але якщо потерпілим будуть надані нові докази, то Офіцер з фундаментальних прав буде зобов'язаний розглянути таку скаргу повторно (ч. 5 ст. 111 Регламенту 2019/1896 [24]). Прийняття рішення про неприйнятність скарги має супроводжуватися чітким викладенням причин та мотивів такого висновку, а також, за можливості, наданням заявнику пропозицій щодо подальших варіантів вирішення його проблеми.

Скарги, визнані Офіцером з фундаментальних прав прийнятними, надсилаються компетентному суб'єктові для розгляду по суті.

Якщо особою, причетною до порушення основоположних прав, є співробітник персоналу Агенції, то скарга надсилається Виконавчому директору. При цьому Офіцер може надати Виконавчому директору рекомендації щодо застосування конкретних заходів до винних осіб, у тому числі дисциплінарні заходи або, за необхідності, ініціювати провадження у межах цивільного чи кримінального правосуддя (ч. 6 ст. 111 Регламенту 2019/1896 [24]). За результатом перевірки вчиненого порушення Виконавчий директор робить висновок, у якому містяться адміністративні та дисциплінарні заходи, що підлягають застосуванню до винної особи. Звіт про виконання таких заходів надається Виконавчим директором Офіцеру з основоположних прав протягом 6 місяців (ст. 10 Правил Агенції [10]).

Якщо на стадії встановлення прийнятності скарги буде з'ясовано, що порушення основоположних прав стало наслідком протиправного діяння співробітника прикордонного відомства держави-члена, то така скарга направляється Офіцером з основоположних прав до відповідної держави-члена для розгляду її по суті. Разом з цим Офіцер повинен надати заявнику детальну інформацію про національний компетентний орган, який уповноважений прийняти рішення за результатом розгляду скарги (ч. 1 ст. 11 Правил Агенції [10]). С. Каррера (S. Carrera) і М. Стефан (M. Stefan) стверджують, що не у всіх державах-членах створені компетентні органи, які уповноважені розглядати індивідуальні скарги іноземців [6, с. 26]. Але навіть у тих державах-членах, де такі органи створені, виконання рішень, прийнятих за результатом розгляду індивідуальних скарг, повністю залежить від розсуду відповідної держави. У зв'язку із цим варто погодитися з думкою Д. Фернандеса-Рохо (D. Fernandez-Rojo), що адміністративний характер механізму розгляду скарг позбавляє Агенцію можливості забезпечити ефективний засіб правового захисту [12, с. 233]. За результатами розгляду скарги на національному рівні держава-член повинна у встановлені строки надати Офіцеру звіт про прийняте рішення та вжиті заходи для його виконання (ч. 7 ст. 111 Регламенту 2019/1896 [24]). Якщо держава-член не дотримується цієї вимоги, то Офіцер повинен повідомити про це Виконавчого директора та Правління. Тому для більш ефективної реалізації заходів, спрямованих на виконання рішень щодо індивідуальних скарг, необхідно залучати

до цього процесу національних омбудсманів або інші установи, які виконують аналогічні функції [19, с. 24].

Оцінюючи у цілому ефективність механізму розгляду скарг, слід вказати на такі його недоліки. По-перше, відсутність достатнього рівня незалежності. Так, Офіцер з основоположних прав, який приймає рішення про прийнятність скарги, є посадовою особою Агенції, яка призначається Правлінням. Інша посадова особа FRONTEx – Виконавчий директор, який також призначається Правлінням, приймає рішення за результатами розгляду скарг щодо причетності співробітників Агенції до порушення прав людини. Отож, зазначені суб'єкти можуть зазнавати тиску від держав-членів через Правління, що створює ризики для незалежності механізму розгляду скарг. По-друге, рішення, які приймаються за результатом розгляду скарги, не підлягають оскарженню. По-третє, установчим документом Агенції не передбачено можливості притягнення до відповідальності за порушення основоположних прав людини співробітників прикордонних відомств третіх країн, які можуть брати участь в оперативній діяльності FRONTEx.

Удосконалення механізму розгляду скарг має бути спрямоване на вирішення двох основних питань: 1) забезпечення зовнішнього моніторингу за участю міжнародних правозахисних організацій (Amnesty International, Міжнародна організація з міграції, УВКБ ООН та інші); 2) розроблення процедури апеляційного оскарження рішень. Крім того, механізм розгляду індивідуальних скарг повинен підлягати застосуванню до співробітників прикордонної і берегової охорони третіх країн. Це може бути реалізовано шляхом закріплення відповідних положень в Угодах про статус з третіми країнами, на підставі яких FRONTEx уповноважений проводити оперативну діяльність поза межами ЄС.

Спільною ознакою для позасудових форм захисту прав людини є відсутність примусових механізмів виконання рішень. Рішення, прийняті Європейським Омбудсманом, не передбачають спеціальної процедури примусової реалізації, тому їх виконання залежить від політичної волі суб'єктів, яким вони направлені. Практична значущість рішень, прийнятих у межах механізму розгляду скарг, суттєво залежить від бажання Виконавчого директора FRONTEx або відповідної держави-члена вжити необхідних дій для забезпечення їх виконання [6, с. 26]. Отже, зазначені механізми не можна розглядати як ефективні засоби правового захисту, виходячи зі змісту ст. 47 Хартії про основоположні права ЄС [7].

Порушення основоположних прав, що сталося під час оперативної діяльності FRONTEx, підлягає також судовому захисту. Звернення до суду є гарантією та суб'єктивним правом кожної людини, що передбачене установчими договорами ЄС, Хартією про основоположні права ЄС, а також національним законодавством держав-членів [4, с. 248]. Найвищий рівень захисту прав і свобод людини на наднаціональному рівні гарантується Судом ЄС (Загальний Суд та Суд Справедливості). Згідно із положеннями установчого документа FRONTEx компетенція Суду ЄС поширюється на діяльність співробітників Агенції (ст. ст. 97, 98 Регламенту 2019/1896 [24]). Будь-яка приватна особа, яка

вважає, що її основоположні права порушені з боку FRONTEX, може подати позов до Загального Суду з таких підстав: 1) анулювання акта (ст. 263 Договору про функціонування ЄС – далі ДФЄС); 2) бездіяльність Агенції (ст. 265 ДФЄС); 3) відшкодування збитків (ст. 340 ДФЄС).

Відповідно до ст. 263 ДФЄС [8] Суд ЄС переглядає правомірність актів Агенції, що мають правові наслідки для третіх сторін. Виходячи з цього, предметом оскарження може бути не будь-який документ Агенції, а лише той, що має юридичну силу та підлягає обов'язковому виконанню. С. Тас (S. Tas) зазначає, що FRONTEX наділяється різними повноваженнями залежно від характеру його діяльності (регулятивними, наглядовими, оперативними), але більшість його актів не створюють правових наслідків для третіх сторін [25, с. 5–6]. Такий феномен пояснюється тим, що основна відповідальність за управління власними ділянками зовнішніх кордонів зберігається за державами-членами ЄС, а тому роль FRONTEX обмежується переважно координаційними та регулятивними функціями.

Одним із документів, який складається за участю Агенції та створює правові наслідки для третіх сторін, є оперативний план. Проте вірогідність анулювання цього документа є малоімовірною тому, що: 1) конфіденційний характер оперативного плану позбавляє заявника можливості ознайомитися з його змістом; 2) залучення до процесу його прийняття декількох суб'єктів (Виконавчого директора і представника від приймаючої держави) створює перешкоди для розмежування їхньої ролі та визначення міри відповідальності.

Звернення до Суду ЄС із позовом про анулювання акта Агенції допускається лише для захисту власного інтересу заявника. Для цього необхідно встановити, що правовий документ здійснював на нього безпосередній та індивідуальний вплив. Доведення безпосереднього впливу здійснюється шляхом установлення наявності причинного зв'язку між дією конкретного акта та його впливом на позивача [1, с. 68]. Установлення індивідуального впливу реалізується за допомогою проведення «тесту Плаумана». Його суть полягає у тому, що приватна особа через характерні лише для неї особливості та обставини повинна входити до відповідної групи осіб, кількість членів якої постійна і визначена на момент прийняття оскаржуваного акта та протягом всього часу його дії [1, с. 69]. Оперативні дії, вжиті Агенцією під час виконання регулятивних і наглядових функцій, мають загальний характер, а тому не можуть здійснювати безпосередній та індивідуальний вплив на конкретних осіб. Доведення наявності такого впливу під час реалізації Агенцією оперативних повноважень є також складним завданням, бо в її операціях беруть участь багато суб'єктів, повноваження між якими не підлягають чіткому розмежуванню, а роль FRONTEX у більшості випадків обмежується наданням необхідної підтримки державам-членам [25, с. 6–7].

Іншою підставою для звернення з позовом до Суду ЄС є бездіяльність FRONTEX. На думку М. Фінк (M. Fink) найбільший ризик вчинення порушень, пов'язаних із бездіяльністю Агенції, виникає під час здійснення нею

координаційних функцій для спільних операцій [14, с. 546]. Позитивні зобов'язання FRONTEX, які чітко визначені у ст. 80 Регламенту 2019/1896 [24], передбачають вжиття достатніх заходів для захисту осіб від можливих порушень основоположних прав. У зв'язку з цим для здійснення ефективного контролю за спільними операціями, що проводяться під координацією Агенції, остання має право створювати спеціальні структурні підрозділи, які своєчасно забезпечать її інформацією про будь-які порушення прав людини. Отже, можна стверджувати, що існує презумпція обізнаності Агенції про всі порушення, які виникають під час спільних операцій.

Важливою умовою ініціювання провадження у Суді ЄС за ст. 265 ДФЄС є те, що FRONTEX не виконує свої зобов'язання, які прямо охоплюються його мандатом. Тому відмова Агенції у вжитті заходів, які не відносяться до її повноважень (наприклад, забезпечення належних умов для утримання осіб в спеціальних таборах для мігрантів) не може бути визнана протиправною. Крім того, Т. В. Комарова (Т. V. Komarova) наголошує на ще одному важливому процедурному моменті, встановлення якого є необхідним для визнання позову прийнятним, а саме проведення досудової попередньої процедури [1, с. 69]. Так, відсутність протягом 2 місяців реакції з боку Агенції на заклик до вчинення дій є підставою для звернення зацікавленої особи з позовом до Суду ЄС. Якщо після ініціювання провадження, але до моменту прийняття рішення у справі, з боку Агенції будуть вжиті заходи, яких вимагають від неї відповідно до її позитивних зобов'язань, то провадження має бути припинено.

Протиправна діяльність співробітників Агенції може призводити до настання позадоговірної відповідальності (ст. 340 ДФЄС). У такому разі FRONTEX згідно із загальними принципами, що є спільними для законодавства держав-членів, відшкодовує всі збитки, завдані її структурними підрозділами або персоналом під час виконання їхніх обов'язків, у тому числі пов'язаних з реалізацією виконавчих повноважень (ч. 4 ст. 97 Регламенту 2019/1896 [24]). Для встановлення позадоговірної відповідальності необхідно дотримання таких умов: 1) позивач повинен довести, що поведінка Агенції була незаконною; 2) має існувати реальна шкода; 3) необхідно встановити причинно-наслідковий зв'язок між протиправною поведінкою та завданою шкодою. М. Фінк (M. Fink) зазначає, що хоча встановлення вини не вимагається для притягнення Агенції до відповідальності, умова незаконності кваліфікується двома способами: 1) порушена норма повинна бути призначена для надання прав особам; 2) його порушення повинно бути досить серйозним [14, с. 541]. Можна допустити, що порушення основоположних прав під час здійснення функцій з прикордонного контролю майже завжди носить серйозний характер, позаяк стосується у більшості випадків права на життя, заборони катування, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання, заборони примусового вислання тощо [14, с. 546].

Підсумовуючи, зазначимо, що основна складність для заявників у виконанні судового захисту буде полягати у доведенні причинно-наслідкового

зв'язку між протиправною поведінкою співробітників Агенції та заподіяними збитками [20]. Головним чином це пов'язано із відсутністю прозорості та залучення великої кількості суб'єктів до оперативної діяльності, що ускладнює розмежування задач, поставлених перед Агенцією та державами-членами. Отже, складна процедура доведення причетності Агенції до порушень основоположних прав є причиною відсутності практики Суду ЄС із розглядуваних підстав.

Висновки. Відновлення порушених прав та відшкодування збитків, спричинених під час оперативної діяльності FRONTEX, можливе шляхом використання позасудових та судових механізмів захисту прав людини. Разом із тим доступ до цих механізмів зумовлений необхідністю дотримання визначених вимог, як-то наявність громадянства ЄС або резидентства для звернення до Європейського Омбудсмена.

Функціонування у межах Агенції внутрішнього механізму з розгляду скарг є важливою гарантією дотримання основоположних прав. Його перевагами є надання допомоги потерпілим особам в оформленні скарги, а також визначенні компетентних органів, які уповноважені їх розглядати. Проблема цього механізму полягає у відсутності достатнього рівня автономії посадових осіб Агенції (Офіцера з основоположних прав та Виконавчого директора), які безпосередньо впливають на його ефективність. Тому наступним кроком в удосконаленні цього механізму має стати залучення зовнішніх спостерігачів до процедури прийняття рішень за результатом розгляду скарг, а також розроблення апеляційної процедури оскарження прийнятих рішень до суду.

Отже, єдиним ефективним засобом правового захисту у рамках ЄС для осіб, які стали жертвою порушень внаслідок протиправних діянь FRONTEX, є Суд ЄС. Складність для заявників у використанні механізмів судового захисту пов'язана із доведенням ними статусу безпосередніх потерпілих від такої діяльності. Головною причиною цього є відсутність доступу до оперативного плану, який визначає основні процедурні моменти оперативної діяльності та є конфіденційним. Виходячи з цього, у майбутньому має провадитися робота над спрощенням доступу потерпілих осіб до судового захисту, у тому числі шляхом його використання як апеляційної інстанції до рішень, прийнятих у межах адміністративного механізму FRONTEX із розгляду скарг.

References

1. Komarova, T.V. (2018). Problema zahystu prav pryvatnyh osib u Sudi spravedlyvosti Yevropeiskoho Sojuzu. *Forum prava – Law Forum*, 1, 66–72 [in Ukrainian].
2. Kjun, V.M. (2020). Fenomen “agentyfikacii” v administracii Yevropeiskoho Sojuzu. *Ukrainskyj chasopys konstytucijnogo prava – Ukrainian Journal of Constitutional Law*, 2, 12–43 [in Ukrainian].
3. Мусык, V.V. (2010). Prava ljudy ny u mizhnarodnomu pravi. Mizhnarodno-pravovi mehanizmy zahystu. Kyiv: Vydavnychyj dim “Promeni” [in Ukrainian].
4. Anakina, T.M., Komarova, T.V., Tragnjuk, O.Ja., Jakovjuk, I.V. et al. (2019). Pravo Yevropeiskoho Sojuzu: osnovy teorii. I. V. Jakovjuka (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
5. Sydorhuk, Ju.M. (2013). Mehanizmy zahystu prav ljudy ny ta gromadjany na: sutnist i perspektyvy rozvytku v Ukraini. *Naukovyj visnyk Cherniveckogo universytetu – Scientific Bulletin of Chernivtsi University*, issue 682, 33–35 [in Ukrainian].

6. Carrera, S., Stefan, M. (2018). Complaint mechanisms in border management and expulsion operations in Europe. Effective remedies for victims of human rights violations? Brussels: CEPS.

7. Charter of Fundamental Rights of the European Union of 07 December 2000. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT>.

8. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union of 25 March 1957. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT>.

9. Decision of the European Ombudsman closing own-initiative inquiry OI/5/2012/BEH-MHZ concerning the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex) of 12 November 2013. URL: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/52477>.

10. Decision of the Executive Director on the Complaints Mechanism of 6 October 2016 (Annex 1 “The Agency’s rules on the complaints mechanism”). URL: https://frontex.europa.eu/assets/Key_Documents/Complaints/Annex_1_-_Frontex_rules_on_the_complaints_mechanism.pdf.

11. European Parliament resolution of 2 December 2015 on the Special Report of the European Ombudsman in own-initiative inquiry OI/5/2012/BEH-MHZ concerning Frontex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015IP0422>.

12. Fernandez Rojo, D. (2016). The introduction of an individual complaint mechanism within FRONTEX: two steps forward, one step back. *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 4–5, 225–234.

13. Fink, M. (2020). Frontex: Human Rights Responsibility and Access to Justice. EU Immigration and Asylum Law and Policy. URL: <https://eumigrationlawblog.eu/frontex-human-rights-responsibility-and-access-to-justice/>.

14. Fink, M. (2020). The Action for Damages as a Fundamental Rights Remedy: Holding Frontex Liable. *German Law Journal*, vol. 21, 3, 532–548.

15. How the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) complies with its fundamental rights obligations. URL: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/case/en/58639>.

16. Jarillo, A. Human Rights at the EU Borders: The Role and Responsibility of FRONTEX. URL: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:J1Oov7UoW58J:https://eustudies.org/conference/papers/download/427+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua>.

17. Case T-31/18, Izuzquiza and Semsrott v Frontex. *InfoCuria*. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=BA10EE35A87A8F1B93E8CAD9C5344D57?text=&docid=221083&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2955345>.

18. Karamanidou, L., Kasperek, B. (2020). Fundamental Rights, Accountability and Transparency in European Governance of Migration: The Case of the European Border and Coast Guard Agency Frontex. *Respond*.

19. Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights “The revised European Border and Coast Guard Regulation and its fundamental rights implications”. 2018. Luxembourg: *Publications Office of the European Union*.

20. Pascouau, Y. and Schumacher, P. (2014). Frontex and the respect of fundamental rights: from better protection to full responsibility. URL: <http://aei.pitt.edu/56473/>.

21. Pushback report. (2020). Violence is increasing – in 2020 Mare Liberum counted at least 9,000 people illegally pushed back. URL: <https://daten.mare-liberum.org/s/4HdxAPACaPsqzEx#pdfviewer>.

22. Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32001R1049>.

23. Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) No 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1624>.

24. Regulation (EU) 2019/1896 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2019 on the European Border and Coast Guard and repealing Regulations (EU) No 1052/2013 and

(EU) 2016/1624. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1896&from=EN>.

25. Tas, S. (2020). Frontex actions: out of control? The complexity of composite decision-making procedures. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3632712.

26. Waters, N., Freudenthal, E., Williams, L. (2020). Frontex at Fault: European Border Force Complicit in 'Illegal' Pushbacks. URL: <https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-european-border-force-complicit-in-illegal-pushbacks>.

Гнітій А. О., Postgraduate Student of the Department of European Union law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: andreygnitiy95@gmail.com ; ORCID 0000-0002-2991-5613

Mechanism to protect human rights from illegal activities of FRONTEX within the EU

The article is devoted to the study of mechanisms to protection human rights from illegal activities of FRONTEX within the EU. The author notes that with the adoption of Regulation 2019/1896 the mandate of the Agency was significantly expanded, including by giving its staff executive powers. At the same time, the Agency has negative and positive human rights obligations, which stipulate that FRONTEX staff must not only refrain from committing violations, but also take all possible measures to ensure the fundamental rights of each participant in joint operations. However, the complex nature and lack of transparency in the Agency's operational activities increase the risk of serious incidents. In view of this, an important guarantee of respect for fundamental rights is the development of effective protection mechanisms.

The article analyzes the grounds and procedure for appealing to the European Ombudsman, the European Court of Justice, as well as the use by victims of a complaint mechanism within the Agency. Attention is drawn to the shortcomings of out-of-court mechanisms for the protection of human rights, primarily due to the recommendatory nature of the conclusions adopted as a result of complaints. The functioning of the internal mechanism for consideration of individual complaints by the Agency is positively assessed, but attention is also paid to the need to increase its autonomy and develop an appellate procedure for appealing decisions. It is concluded that the most effective remedy within the EU for victims of misconduct as a result of FRONTEX's unlawful act is the Court of Justice. The use of this mechanism requires a more careful collection of evidence to prove the causal link between unlawful act and harmful consequences, which is a difficult task for migrants who have been victims of violations.

Keywords: European border and coast guard agency; human rights protection mechanism; positive commitments; individual complaints mechanism; the European Court of Justice.

Рекомендоване цитування: Гнітій А. О. Механізм захисту прав людини від незаконної діяльності FRONTEX у рамках Європейського Союзу. *Проблеми законності*. 2021. Вип. 154. С. 321–335. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239086>.

Suggested Citation: Grynchak, S.V. (2021). Mekhanizm zakhystu prav liudyny vid nezakonnoi diialnosti FRONTEX u ramkakh Yevropeiskoho Soiuzu [Mechanism to protect human rights from illegal activities of FRONTEX within the EU]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 154, 321–335*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.154.239086> [in Ukrainian].

Надійшла до редакції 19.08.2021 р.

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 154

Мови видання: українська, англійська, російська

Відповідальний за випуск проф. *К. В. Гусаров*

Редакторка *П. М. Львова*

Коректорка *Н. Г. Залобовська*

Комп'ютерне макетування *А. Г. Якишиної*

Підп. до друку 21.09.2021 р. Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний.

Друк офсетний. Ум. друк. арк. 27,3. Обл.-вид. арк. 27,08.

Тираж 300 прим. Зам. № 21-10/1. 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. Виданий 08.08.2019 р.