

Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V. (DUJV)

Німецько-Українське Об'єднання Юристів



**Tagungsband des Symposiums in Graz:
Eröffnungsveranstaltung des Zentrums für osteuropäisches Recht
Konferenz der Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung e.V.
«Reformen des ukrainischen Rechts: Aktuelle Entwicklungen»**

4. Dezember 2020

Graz/Österreich

Rainer Birke (Hrsg.)

Schriften zum deutschen und ukrainischen Recht – 2

Schriften zum deutschen und ukrainischen Recht

Herausgegeben von:

Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V.

Наукові праці з німецького та українського права

Видані:

Німецько-Українським Об'єднанням Юристів

Band 2

Том 2

Rainer Birke (Hrsg.)

Райнер Бірке (укладач)

Tagungsband des Symposiums in Graz
«Reformen des ukrainischen Rechts:
Aktuelle Entwicklungen»

Збірник матеріалів

Міжнародного Симпозіуму

«Реформи українського законодавства: сучасний розвиток»

Im Verlag der Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung e.V.

Видано Німецько-українським Об'єднанням юристів

Bibliographische Informationen der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Бібліографічна інформація німецької бібліотеки

Німецька бібліотека реєструє дану публікацію у німецькій національній бібліографії; деталізовані бібліографічні дані доступні за інтернет-адресою: <<http://dnb.ddb.de>>

Alle Rechte vorbehalten – Всі права захищені

© 2020 Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V.

Schauenburgerstr. 59, 20095 Hamburg

<https://www.dujv.de>

ISBN-13 [978-3-947875-01-6]

Online veröffentlicht auf dem Server der DUJV e.V.

Опубліковано на онлайн-сервері НУОЮ

Vorwort

Bevor die Realisierung unserer Pläne im Jahr 2020 beginnen konnte, war das meiste davon auf Grund der Pandemie schon obsolet. Im Sommer keimte Hoffnung auf, dass unsere Jahreskonferenz dennoch als Präsenzveranstaltung stattfinden kann. Für die Einladung, diese gemeinsam mit der Eröffnung des Zentrums für Osteuropäisches Recht (ZOR) an der Universität Graz durchzuführen, gilt unser besonderer Dank Herrn Prof. DDr. Bernd Wieser, der anlässlich des Symposiums am 4. Dezember 2020 zugleich auf die Erscheinung der von Bernd Wieser, Yaroslav Lazur, Oleksandr Bilash, Volodymyr Halas und Alina Hus herausgegebenen «Einführung in das ukrainische Recht» hinwies, die Ende 2020 im C.H. Beck-Verlag erscheint. Das Symposium konnte unter Einhaltung aller gebotenen Einschränkungen „im Kern“ in Graz stattfinden, wenngleich nahezu alle Referenten per Videokonferenztechnik mit Simultanübersetzung teilnahmen. Wir danken unseren hochkarätigen Referenten für ihr großes Interesse und die Bereicherung unserer Veranstaltung durch ihre Teilnahme.

Die meisten der Vorträge finden Sie in diesem als Band 2 unserer Schriftenreihe erschienenen Tagungsband wieder. Wir freuen uns, den deutsch-ukrainischen Rechtsdialog auf diese Weise bereichern zu können und hoffen, Wissenschaftler und Praktiker aus Österreich, Deutschland und der Ukraine einander fachlich näher zu bringen.

Graz/Hamburg, im Dezember 2020

Rainer Birke

Передмова

Перш ніж розпочати реалізацію планів НУОЮ у 2020 році, більшість із них вже були скасовані через пандемію. Ще влітку існувала надія на те, що наша Щорічна Конференція все-таки може відбутися як реальна подія за особистою участю наших колег, втім суттєвих змін зазнали і ці плани. Ми висловлюємо особливу подяку професору Д-ру Бернду Візеру за запрошення провести цей захід разом із відкриттям Центру східноєвропейського права (ZOR) в Університеті Граца. В рамках проведення 4 грудня 2020 року Міжнародного Симпозіуму також відбулася презентація книги «Вступ до українського права», опублікованої за редакцією Бернда Візера, Ярослава Лазура, Олександра Білаша, Володимира Галаса та Аліни Гус, що наприкінці цього року вийшла у світ у видавництві C.H.Beck Verlag. Симпозіум відбувся "фактично" у Граці із дотриманням усіх необхідних протиепідеміологічних правил, хоча майже всі доповідачі брали у ньому участь із використанням онлайн-платформи для відеоконференції із синхронним перекладом. Ми дякуємо нашим спікерам найвищого фахового рівня за їх зацікавленість, професіоналізм та науковий ентузіазм, завдячуючи яким наш захід був збагачений значними науково-практичними доробками та пропозиціями.

Більшість доповідей можна знайти в даній збірці, котра видається як Том 2 серії публікацій НУОЮ. Ми раді, що змогли таким чином сприяти поглибленню німецько-українського правового діалогу та професійному зближенню вчених і практиків з Австрії, Німеччини та України.

Грац/Гамбург, грудень 2020 р.

Райнер Бірке

Inhalt

Зміст

Luchterhandt, Otto

30 Jahre nationale Rechtsordnung der Ukraine – eine Bilanz.....10

Антонович, Мирослава

Міжнародні договори як частина законодавства України.....34

Вільчик Т.Б.

Незалежність адвокатури: міжнародний аспект.....39

Engels, Arne

Moratorien (im Insolvenzrecht)47

Фурса, Євген Євгенович

Про визнання нотаріальної дії, вчиненої у дипломатичному представництві
України в Австрії недійсною, і не тільки...62

Фурса, Світлана Ярославівна / Фурса, Євген Іванович

Погляд вчених- очевидців на сучасне українське право та його перспективи.....76

Halabala, Markiiian

Einrichtung und Arbeit des Obersten Antikorruptionsgerichts im Rahmen
der Gerichtsreform der Ukraine.....86

Isaienko, Oleksandr

Anerkennung und Vollstreckung deutscher Urteile in der Ukraine.....89

Визнання та виконання німецьких судових рішень в Україні.....96

Признание и исполнение немецких судебных решений в Украине.....104

Карабін, Тетяна

Умови та чинники формування особливого адміністративного права у системі
права сучасної України.....112

Лазур, Ярослав

Децентралізація публічного адміністрування в Україні: крок до належного урядування чи втрата інституційної спроможності держави.....119

Москвич, Лідія

Інституційні проблеми судової системи України.....127

Ніколенко, Людмила Миколаївна

Судова реформа в Україні: реалії та перспективи.....132

Поляков, Борис

Особенности процедуры неплатежеспособности физических лиц в Украине.....138

Рошканюк, Вадим Михайлович

Пенсійна реформа як фактор економічного розвитку України.....147

Руденко, Оксана Валеріївна

Законодавство України в світлі сучасних тенденцій розвитку правового регулювання позадоговірних зобов'язань.....153

Савчин, Михайло

Український конституціоналізм: місце на світовій мапі та його червоні лінії.....161

Siewert, Wolfgang

Aktuelle Überlegungen zur Modernisierung des Prozessrechts in Deutschland.....176

Слінько, Тетяна Миколаївна

Євроатлантична модель інформаційної свободи: уроки для України185

Wedde, Rainer

Chancen und Risiken des Rechtstransfers.....192

Шандула, Олександр

Деякі аспекти адвокатської монополії в Україні: національні тенденції та міжнародний досвід.....195

Щербанюк, Оксана Володимирівна

Конституційна криза в Україні 2020 та шляхи її вирішення201

Zelena, Inga

Volksbefragung als Instrument der direkten Demokratie: Über die Initiative des
Präsidenten der Ukraine zur Volksbefragung am Tag der örtlichen Wahlen im Vergleich
zur Volksbefragungspraxis in Österreich.....207

30 Jahre nationale Rechtsordnung der Ukraine – eine Bilanz

von Otto Luchterhandt¹

I. Einleitung: Schwieriger Weg zu einer europäischen Rechtskultur

Die Ukraine ist im Unterschied zu Russland, geographisch betrachtet, ein rein europäischer Staat; ja mehr als das: sie ist nach Maßgabe des Staatsgebietes der größte Staat in Europa, deutlich größer als Frankreich. Gleichwohl hat die Ukraine – bis heute – ein erstaunlich blasses europäisches Profil. Das fällt besonders im Vergleich mit seinen unmittelbaren europäischen Nachbarn – Polen, Litauen, Slowakei, Ungarn - ins Auge.

Blicken wir auf den Weg, den die Ukraine seit ihrer staatlichen Unabhängigkeit, also seit 1991/1992, gegangen ist, ist Folgendes hervorstechend: Die Rechtsentwicklung der Ukraine und voran ihre Verfassungsentwicklung ist in diesen drei Jahrzehnten unsicher, unübersichtlich, widersprüchlich und insgesamt sehr unruhig verlaufen.

Es drängt sich die Vermutung auf, dass dieses schwankende Bild mit der Geschichte der Ukraine seit dem 17. Jahrhundert und mit ihrem schwierigen Weg zu einem modernen Nationalstaat zusammenhängt².

Die in Europa im 19. Jahrhundert nach der Französischen Revolution überall, wenn auch zeitlich mehr oder weniger versetzt, in Gang gekommene Nationsbildung ist in der Ukraine stärker und nachhaltiger als sogar in Polen gestört, verzögert und unterbrochen worden. Die Eingliederung der Ukraine zuerst in das Russländische Imperium im Zuge der Teilungen Polens und dann, nach der Oktoberrevolution, in die Sowjetunion haben den im 19. Jahrhundert von Österreich bzw. Wien aus geförderten Prozess der ukrainischen Nationsbildung weit zurückgeworfen³. Die Sowjetepoche war besonders einschneidend, weil durch die

¹ Prof. Dr. Otto Luchterhandt ist in der Ukraine seit 1994 für die Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ-Stiftung, Bonn) als Rechtsberater, schwerpunktmäßig im Öffentlichen Recht, tätig. 1995/1996 war er in die Ausarbeitung der Verfassung der Ukraine involviert. Im Ukrainian-European Policy and Legal Advice Centre (UEPLAC), einem EU-Pilotprojekt der multilateralen Rechtsberatung im postkommunistischen Raum, leitete er von 1998-2001 die Abteilung für Öffentliches Recht. Von 2015 bis 2017 war Prof. Luchterhandt als Experte bei der von Staatspräsident Porošenko gebildeten Verfassungskommission tätig

² Kappeler, Andreas: Kleine Geschichte der Ukraine, 5. Auflage, München 2019 (m.w.N.).

³ Jobst, Kerstin: Die ukrainische Nationalbewegung bis 1917, in: Golczewski, Frank (Hrsg.): Geschichte der Ukraine, Göttingen 1993, S. 156-171 (162 f.); Mark, Rudolf: Das Problem einer ukrainischen

Sowjetisierung aller Lebensbereiche, durch die Vernichtung großer Teile des über freiheitliche Traditionen verfügenden Bauerntums, durch die Vernichtung und Vertreibung der nationalen Intelligenz und weil, damit verbunden, durch die systematische Unterdrückung der nationalen Kultur und die Russifizierung die ukrainische Gesellschaft Jahrzehnte hindurch einem unter Stalin von terroristischer Gewalt geprägten Prozess der Degradierung und nationalen Entfremdung unterworfen worden ist⁴.

Eine hervorstechende Seite der Sowjetisierung war die systematische Schwächung der Rechtsordnung und der Rechtskultur, der seit Gorbatschows Perestrojka erstmals wahrgenommene und offen beklagte Rechtsnihilismus⁵. Für die Ukraine war der Niedergang von Recht und Rechtskultur besonders tragisch, denn in den 1920er Jahren, während der Neuen Ökonomischen Politik (NEP), zeigten sich z. B. auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts und in der Rechtswissenschaft beachtliche Zeugnisse rechtsstaatlichen Denkens⁶. In den Wellen des die Sowjetukraine besonders brutalen Stalinismus sind diese Ansätze gründlich, d. h. bis zur physischen Vernichtung ihrer Träger, ausgerottet worden.

Gegenüber Russland hat der sowjetische Rechtsnihilismus die Ukraine sogar noch weiter zurückgeworfen, denn in den privilegierten Unionszentren Moskau und Leningrad konnte sich, nicht zuletzt wegen mannigfacher internationaler Kontakte, auch in der Rechtswissenschaft und in manchen juristischen Institutionen ein bisweilen beachtliches fachliches Niveau halten und auch entwickeln.

Die Ukraine war deutlich schlechter gestellt. Die rechtswissenschaftlichen Institute und juristischen Institutionen in Kiew und Charkov, in Dnepropetrovsk, Odessa und Lvov hatten,

Nationalstaatsbildung im 20. Jahrhundert, in: Hausmann, Guido/Kappeler, Andreas (Hrsg.): Ukraine: Gegenwart und Geschichte eines neuen Staates, Baden-Baden 1993, S. 82-99.

⁴ Der Prozess erlebte 1932-1933 seinen grauenhaften Höhepunkt im „Holodomor“, dem von Stalin aus ideologisch-politischen Motiven bezweckten „Hungermord“ an großen Teilen des ukrainischen Volkes. Dazu: Sapper, Manfred/ Weichsel, Volker/ Gebert, Agathe (Hrsg.): Vernichtung durch Hunger. Der Holodomor in der Ukraine und der UdSSR, Berlin 2004 (= Osteuropa 54.Jg. (2004), Heft 12.).

⁵ Nußberger, Angelika (Hrsg.): Einführung in das russische Recht, München 2010, S. 1-12 (7); Luchterhandt, Otto: Künftige Aufgaben der Ostrechtsforschung, in: WGO. Monatshefte für Osteuropäisches Recht 38. Jg. (1996), S. 159-175 (170-172).

⁶ Luchterhandt, Otto: Zu Stand und Inhalten der Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsrechts in Ostmittel-, Ost- und Südosteuropa, in: Verwaltung und Verwaltungsrecht im Erneuerungsprozess Osteuropas, hrsg. von Otto Luchterhandt, 1. Auflage, Berlin 2001, S. 15-90 (25ff.: Ukraine).

bewusst abgestuft, weitaus geringere Ressourcen und Möglichkeiten. Sie boten das Bild der sprichwörtlichen Provinz⁷.

Die jahrhundertelange Integration der Ukraine in das großrussische Imperium unter wechselnden Staatsnamen, die Beherrschung Kiews und Charkovs durch Petersburg und Moskau, hat das nationale und staatliche Selbstverständnis der Ukraine stark verunsichert und geschwächt. Ein Teil der Bevölkerung sieht sich eher in der von Moskau repräsentierten imperialen Tradition eines „Großen Russland“, hat ein nur schwach ausgeprägtes Nationalbewusstsein und empfindet gegenüber Europa eine weite Distanz. Ein anderer Teil sieht sich von der Beherrschung durch den „großen Bruder“ Russland endlich befreit. Er sieht die Zukunft des Landes in einem ukrainischen Nationalstaat, der sich entschlossen in die westliche, euro-atlantische Welt und Staatengemeinschaft integriert. Dazwischen gibt es viele Spielarten und eine gesellschaftliche Mitte, die zwar zu Europa und zum Westen hintendiert, aber in ihrer persönlichen politischen Kultur und in ihrem Rechtsbewusstsein noch weitaus stärker von dem Konformismus sowie von den Denkschablonen und Stereotypen des sowjetischen Alltags geprägt und bestimmt ist, als es den jener Mitte zuzuordnenden Bürgern bewusst ist.

Von fortwirkenden Traditionen und Stereotypen des sowjetischen Alltagslebens, von dem überkommenen sowjetischen, obrigkeitsstaatlichen Arbeitsstil der Verwaltung und von einer Rechtskultur, für die ein bizarres Nebeneinander von krasser Willkür und formalistischer Buchstabentreue typisch ist, sind noch immer und besonders stark öffentliche Einrichtungen, Verwaltungsbehörden und Gerichte geprägt.

Die Staats- und Rechtsentwicklung der Ukraine seit 1990/1991 spiegelt die innere Gespaltenheit, die geistig-politische Orientierungsschwäche der Eliten des Landes, seiner Bürger, der ganzen Gesellschaft, wider⁸. Was oder wer sind wir? Wo steht die Ukraine und wo soll sie hingehen? Mit welcher Verfassung, mit welchem Regierungssystem, mit welcher Wirtschaftsordnung? Wo soll sie sich international positionieren? In welchen Bereichen und in welchem Umfang auf nationale Souveränität verzichten und übernationalen Zusammenschlüssen, den definitiv für „den Westen“ stehenden NATO und EU anschließen?

⁷ Kappeler, Andreas: Ungleiche Brüder. Russen und Ukrainer. Vom Mittelalter bis zur Gegenwart, München 2017.

⁸ Aus der Sicht und mit den Erfahrungen externer Rechtsberatung Hülshörster, Stefan: Recht im Umbruch. Die Transformation des Rechtssystems der Ukraine unter ausländischer Beratung, Frankfurt a.M. 2008; aus europarechtlicher Sicht: Nußberger, Angelika/ v. Gall, Caroline: Rechtsstaat ohne Masterplan. Recht und Gerichtswesen in der Ukraine, in: Osteuropa 60. Jg. (2010), Heft 2-4, S. 89-103.

In der Verfassungsentwicklung des Landes treten die Orientierungsprobleme besonders deutlich hervor.

II. Das Ringen um eine neue, postsowjetische Verfassung (1991-1996)

Die Ukraine ist der Nachfolgestaat der UdSSR, der als letzter – am 28.6.1996 – seine sowjetische durch eine postkommunistische Verfassung abgelöst hat. Wie in Russland ging ihrer Verabschiedung ein jahrelanger Machtkampf zwischen dem Präsidenten und dem Parlament voraus⁹. Anders als in Moskau wurde er jedoch nicht durch Waffengewalt, sondern mit politischen Mitteln entschieden, freilich ebenfalls an den Grenzen der Legalität, und auch hier waren es auf Seiten des Parlaments vor allem die Kommunisten, die sich gegen die Institutionalisierung einer starken Präsidentialmacht und gegen einen Reformkurs in der Wirtschaftspolitik stellten, der sich an der Marktwirtschaft orientierte.

In dem 1994 entbrannten Machtkampf zwischen Präsident Leonid Kučma und der Verchovna Rada ging es um die konzeptionelle Alternative ‚Präsidentialrepublik‘ oder ‚Parlamentarisches Regierungssystem mit starken rätestaatlichen Elementen‘. Zwar gelang es Kučma, dem Parlament machtpolitische Zugeständnisse im Sinne einer Stärkung der Präsidialexekutive abzurufen, aber die für die Verfassungsänderung erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit erreichte er nicht. Präsident und Parlament lösten die Patt-Situation schließlich im Juni 1995 durch einen „Verfassungsvertrag“ auf, der Grundprinzipien der Staatsorganisation für die Zeit bis zur Annahme der neuen Verfassung regelte.

Im Frühjahr 1996 entbrannte der Kampf um den endgültigen Verfassungstext noch einmal mit voller Kraft. Als Präsident Kučma dem Parlament mit einem Appell an das Volk drohte, einigte man sich schließlich auf einen Kompromiss, und am 28. Juni 1996 verabschiedete die Verchovna Rada die im Ansatz noch heute geltende Verfassung.

Die Verfassung räumte dem Parlament zwar nicht unerhebliche Machtbefugnisse ein, gab dem Staatspräsidenten gegenüber dem Ministerkabinett aber so gewichtige Prärogativen, dass man von einem präsidentiell-parlamentarischen Regierungssystem sprechen muss. Sie machte den Staatspräsidenten

⁹ Zum Folgenden Luchterhandt, Otto: Die Ukraine auf der Suche nach dem ‚richtigen‘ Regierungssystem, in: *Ius est ars boni et aequi*. Festschrift für Stanisława Kalus, hrsg. von Magdalena Habdas und Arkadiusz Wudarski, Frankfurt am Main 2010, S. 253 – 270; ferner: Strasser-Gackenheimer, Christian: Von der „schweren Geburt“ bis zur „Orangen Revolution“: Zehn Jahre ukrainische Verfassung, in: *Jahrbuch für Ostrecht* Bd. 47 (2006), 2. Halbband, S. 171-184.

durch eine Reihe von funktionalen Machtbefugnissen gegenüber dem Ministerpräsidenten de facto zum unbeschränkten Chef der Exekutive, denn sie ermöglichten es dem Staatspräsidenten, seinen Willen auch einem widerstrebenden Ministerpräsidenten aufzuzwingen. Konkret handelte es sich um die Befugnis, den Ministerpräsidenten und mit ihm die Regierung ohne Mitwirkung des Parlaments durch einseitige Entscheidung jederzeit abzusetzen, sämtliche Akte der Regierung nach seinem politischen Belieben aufzuheben, die Regierung umzuorganisieren und schließlich um die Bestimmung, dass die Regierung die Entscheidungen des Präsidenten zu erfüllen habe.

Die Ära Präsident Kučmas hat gezeigt, dass sich ihm die Ministerpräsidenten entweder vollständig unterordneten oder von ihm entlassen wurden, wenn sie abweichende Vorstellungen hatten.

Der Verfassungskompromiss von 1996 hätte Bestand haben können, wenn Staatspräsident Kučma danach gestrebt hätte, sich eine dauerhafte Mehrheit im Parlament zu verschaffen. Tatsächlich aber regierte er selbstherrlich und mit wechselnden Parlamentsmehrheiten. Erschwerend kam hinzu, dass er nach seiner Wiederwahl (1999) versuchte, durch eine Verfassungsrevision die Machtverhältnisse noch mehr zugunsten der Präsidialexekutive zu verschieben. Das scheiterte jedoch am Widerstand des Parlaments und am Verfassungsgericht, und so war Kučmas zweite Amtszeit erneut von Konfrontationen mit der Verchovna Rada geprägt.

Die Quittung erhielt Kučma bei den Parlamentswahlen von 2002, aus denen die Partei seines ehemaligen Ministerpräsidenten Viktor Juščenko überraschend als Sieger hervorging. Dadurch ermutigt, wandte sich Juščenko gegen das von Kučma geschaffene Präsidialsystem und trat nun entschieden für die Einführung eines parlamentarischen Regierungssystems ein.

Kučma schwenkte zwar auf diese Idee ein, um nach dem Ende seiner Amtszeit (2004) als Ministerpräsident an der Macht zu bleiben zu können, scheiterte aber erneut mit Initiativen zu entsprechenden Verfassungsänderungen.

So fanden die Präsidentenwahlen im Herbst 2004 zwischen dem von Kučma favorisierten Ministerpräsidenten Viktor Janukovyč und Oppositionsführer Juščenko statt. Die massiven Manipulationen und Fälschungen in den Wahlgängen führten Ende November in eine Verfassungs- und Staatskrise und zu einem gewaltlosen Aufstand der ukrainischen

Zivilgesellschaft („Orange Revolution“; „Majdan I“)¹⁰. Beigelegt wurde die Krise nicht nur durch eine vom Verfassungsgericht angeordnete Wiederholung der Stichwahl (26.12.2004), sondern u. a. auch durch die Aushandlung einer Revision der Verfassung. Sie wurde am 8. Dezember 2004 vom Parlament beschlossen¹¹.

III. Das Ringen mit der Krim um ihren Rechtsstatus und die Frage der Föderalisierung der Ukraine

Im Zerfallsprozess der UdSSR versuchte auch die seit 1954 im Staatsverband der Ukraine befindliche Krim unabhängig zu werden¹². Die Bestrebungen erhielten nach dem Untergang der UdSSR (Dezember 1991) noch Auftrieb. Begünstigt wurden sie durch das jahrelange Ringen in Kiew um die neue Staatsordnung und Verfassung. Infolgedessen war die Autorität der obersten Staatsorgane der Ukraine im Streit mit der Krim stark geschwächt. Es kam auch hier zu dem inzwischen sprichwörtlich gewordenen Krieg sich wechselseitig ausschließender Gesetze, der erst durch Verabschiedung der Verfassung der Ukraine im Juni 1996 beendet werden konnte. In dem Streit konnte die Krim nur den Status einer Territorialautonomie durchsetzen.

Der Streit mit der Krim hatte negative Auswirkungen auf die Diskussion über eine Föderalisierung der Ukraine, über eine Regionalisierung und Dezentralisierung der Unterschiedlichkeit der Regionen in der Spannweite zwischen Galizien und der Karpato-Ukraine im Westen, Charkov und dem Donbass im Osten geradezu auf.

Die Frage und darauf bezogene Vorschläge wurden noch einmal grundsätzlich auf einem Verfassungskongress im Januar 1996¹³ in einer Arbeitsgruppe diskutiert. Zusammen mit dem Vorsitzenden des Obersten Sowjet der Krim, Anušavan Danieljan, trat er im Ansatz für eine

¹⁰ Simon, Gerhard: Neubeginn in der Ukraine, in: Osteuropa 55. Jg. (2005), S. 16-33;

¹¹ Gesetz zur Änderung der Verfassung, Text: VVRU 2005, Nr. 2, Pos. 44. Wieser, Bernd: Die ukrainische Verfassungsreform 2004, in: WGO. Monatshefte für Osteuropäisches Recht 48. Jg. (2006), S. 256-265.

¹²Wydra, Doris: Autonomie auf der Halbinsel Krim. Eine völker- und verfassungsrechtliche Analyse Wien 2008 (Ethnos, Band 68); Geistlinger, Michael: Der Beitritt der Republik Krim zur Russländischen Föderation, in: Archiv des Völkerrechts Band 52 (2014), S. 175-204 (178 ff).

¹³ Die vom Weltkongress ukrainischer Juristen gesponserte mehrtägige Veranstaltung fand in dem Regierungskomplex „Sinagora“ in den Karpaten, Gebiet Ivanofrankivsk, statt. An ihr nahm auch der Verfasser teil.

föderale Struktur der Ukraine ein. Da die Umwandlung der Ukraine in eine Bundesrepublik, selbst in einer so „milden Variante“ wie die Bundesrepublik Österreich, von vornherein aussichtslos war, schlug der Verfasser mit Nachdruck die Schaffung wenigstens einer Zweiten Kammer, gebildet von den Regionen, neben der Verchovna Rada vor. Der Vorschlag fand zwar eine Mehrheit in der Arbeitsgruppe, wurde aber – wie auch alle anderen Föderalisierungsvorschläge - vom Plenum vehement abgelehnt. Das geschah mit dem Argument, dass dies die Ukraine zerreißen, Russland willkommene Hebel zur Desintegration des Landes in die Hand geben würde und das der Anfang vom Ende einer unabhängigen Ukraine sein werde¹⁴.

IV. Die Verfassung im Tauziehen zwischen Präsidenten und Ministerpräsidenten um die Macht (2004-2010)

Die Verfassungsänderung trat am 1. Juli 2006 in Kraft. Sie hat das 1996 geschaffene präsidentiell-parlamentarische Regierungssystem der Ära Kučma durch ein parlamentarisches Regierungssystem mit einem starken Staatspräsidenten abgelöst, denn nunmehr war das Schicksal der Regierung allein vom Vertrauen des Parlaments abhängig.

Die Machtverschiebung hin zur Verchovna Rada zeigte sich im Einzelnen darin, dass der Ministerpräsident nicht mehr vom Staatspräsidenten, sondern vom Parlament ernannt wurde, und ebenso mit einigen Ausnahmen die Mitglieder der Regierung auf Antrag des Ministerpräsidenten. Die Befugnis, den Ministerpräsidenten und die Mitglieder der Regierung zu entlassen, ging auf das Parlament über.

Besiegelt wurde der Wechsel zum parlamentarischen Regierungssystem schließlich durch die Streichung der funktionalen Abhängigkeiten der Regierung vom Staatspräsidenten. Dem entsprach, dass bei den Wahlen zum Parlament das Verhältniswahlrecht nach Parteilisten eingeführt wurde.

Eigentlich hätte die Verfassungsrevision die Machtkämpfe um das Regierungssystem beenden müssen. Doch nun war es Präsident Juščenko, der nach seinem Zerwürfnis mit der Ministerpräsidentin Julija Timošenko den strategischen Machtverlust des Präsidentenamtes

¹⁴ Es entbehrt nicht der Ironie, dass später Präsident Kučma und nach ihm auch Präsident Juščenko als Teil einer Verfassungsreform – nach polnischem Vorbild – die Bildung einer Zweiten Kammer vorgeschlagen haben. Wäre man dem gefolgt, hätte ein solches Organ die staatliche und politische Integration der Ukraine mit hoher Wahrscheinlichkeit zweifellos günstig beeinflusst.

beklagte und danach trachtete, einen Teil der an die Regierung und den Ministerpräsidenten verlorenen Prärogativen für den Staatspräsidenten zurückzugewinnen¹⁵. Er versuchte dies durch den Entwurf eines neuen Regierungsgesetzes (Januar 2008), das die Machtstellung des Staatspräsidenten gegenüber der Regierung stärken und die Kompetenzen des Ministerpräsidenten schwächen sollte. Das widersprach offenkundig dem Ansatz der Verfassungsrevision von 2004, weil der Entwurf darauf hinauslief, durch einfaches Parlamentsgesetz die höherrangige Verfassung ändern zu wollen. Er blieb deswegen chancenlos.

Gleichwohl kam die Debatte über die Verfassung nicht zur Ruhe, denn es wurden von verschiedenen Seiten Verfassungsentwürfe in Umlauf gebracht, aber erfolglos.

Im Dauerstreit über die Verfassung kam es nun - gänzlich überraschend - zu einer radikalen Wende, nämlich durch das Verfassungsgericht der Ukraine!¹⁶ Auf Antrag einer Gruppe von Abgeordneten aus Präsident Janukovyčs Lager, hat das Gericht durch Urteil vom 30. September 2010 die Verfassungsänderung vom Dezember 2004 mit der Begründung für verfassungswidrig erklärt, sie sei unter Verletzung des von der Verfassung vorgeschriebenen Änderungsverfahrens vorgenommen worden. Der Entwurf des Verfassungsänderungsgesetzes habe dem Verfassungsgericht vorab zur Überprüfung vorgelegt werden müssen.

Das Gericht hob die Verfassungsänderung von 2004 auf und ordnete die Fortgeltung der Verfassung von 1996 an.

Die Entscheidung war einschneidend und heftig umstritten¹⁷, denn sie bescherte dem inzwischen zum Staatspräsidenten gewählten Viktor Janukovyč die Machtstellung Präsident Kučmas, bedeutete also die Rückkehr zu einem präsidentiell-parlamentarischem Regierungssystem. Mehr als das: De facto war es sogar ein superpräsidentielles Regierungssystem, weil Janukovyčs Partei der Regionen über die Mehrheit im Parlament verfügte, sodass der Staatspräsident erstmals auch die Legislative beherrschte.

¹⁵ Lange, Nico/ Reismann, Anna: Die politische Dauerkrise und Probleme der ukrainischen Verfassungsordnung, in: Ukraine-Analysen Nr. 64, 2009, S. 2–8,

¹⁶ Luchterhandt, Otto: Der Kampf um das Regierungssystem der Ukraine - eine unendliche Geschichte, in: Ukraine-Analysen (Bremen) Nr. 80 /2010, S. 2-7 (5f.).

¹⁷ Während der Verfasser die Ansicht vertritt, dass die Entscheidung verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist, hält Bernd Wieser sie für gerechtfertigt. Siehe Wieser, Bernd: Verfassungsänderung und Normenkontrolle in der Ukraine, in: Osteuropa-Recht 65. Jg. (2019), S. 67-92 (86 ff).

V. Die Verfassung unter dem Druck von „Euro-Majdan“, Russlands Krim-Annexion¹⁸, Donbass-Separatisten und den „Minsker Vereinbarungen“

Nachdem die Sieger der „Orangen Revolution“, Viktor Juščenko und Julija Timošenko, durch ihren Machtkampf den Sieg von 2004 verspielt und sich selbst ins politische Abseits manövriert hatten¹⁹, hätte Viktor Janukovyč eine lange, stabile Herrschaft genießen können, denn erstmals in der Geschichte der Ukraine hielt er als Staatspräsident alle Hebel der Macht aus Exekutive, Legislative und de facto auch der Justiz in seinen Händen, und er hatte sogar auch noch die Verfassung auf seiner Seite!

Dafür fehlten ihm jedoch politisches Geschick, Augenmaß und staatsmännisches Format. Infolgedessen verkannte Janukovyč die oppositionelle Kraft und Stärke der im Lande inzwischen herangewachsenen Zivilgesellschaft. Sie war erstmals in der Orangen Revolution hervorgetreten und trat nun im Herbst 2013, also zehn Jahre später, als selbständiger, sich selbst organisierender Akteur auf die politische Bühne des Landes²⁰.

Als „Euro-Majdan“ ist er in die Zeitgeschichte eingegangen. Es war eine spontane revolutionäre Bewegung. Sie hat im Februar 2014 den Sturz des Staatspräsidenten und die Auflösung seiner Parlamentsmehrheit bewirkt, die Führer der Oppositionsparteien und neue Leute an die Macht gebracht und mit der erforderlichen Mehrheit die Rückkehr zur Verfassung vom Dezember 2004 beschlossen²¹.

Umsturz und Machtwechsel vollzogen sich zwar unter Verletzung von formellen Verfahrensbestimmungen der Verfassung, aber sie geschahen unter revolutionären Umständen und ließen sich mit den materialen Grundprinzipien der geltenden Verfassung als Widerstandsaktion gegen den Machtmissbrauch des Präsidialregimes rechtfertigen²². Ob das Verfassungsgericht der Ukraine das auch so sieht, wenn es nach Jahren, im Prinzip wie schon 2010, in die Lage kommen sollte, darüber zu urteilen, ist zweifelhaft. Bernd Wiesers

¹⁸ Luchterhandt, Otto: Der Anschluss der Krim an Russland aus völkerrechtlicher Sicht, in: Archiv des Völkerrechts (AVR) Band 52 (2014), Heft 2, S. 137-174.

¹⁹ Umland, Andreas: Die semipräsidentielle Sackgasse der post-orangen Ukraine, in: Ukraine-Analysen Nr. 64, 2009, S. 8-11.

²⁰ Zum „Euro-Majdan“ siehe Simon, Gerhard: Staatskrise in der Ukraine. Vom Bürgerprotest für Europa zur Revolution, in: Osteuropa 2014, Heft 1, S. 25-41; Portnov, Andrij: Krieg und Frieden. Die „Euro-Revolution“ in der Ukraine, in: Osteuropa 2014, Heft 1, S. 7-23.

²¹ Vidimosti Verchovnoj Rady Ukrainy (VVRU) 2005, Nr. 2, Pos. 44.

²² Luchterhandt, Otto: Der Sturz des ukrainischen Präsidenten Janukovyč im Februar 2014 und seine rechtliche Bewertung, in: Osteuropa-Recht, Jahrgang 60 (2014), Heft 4, S. 387-397.

Bemerkung, mit der er seine erwähnte Abhandlung von 2019 über die Verfassungsänderung schließt, stimmt skeptisch²³: „Über die heutige Verfassungslage nach der letzten großen Reform von 2014 schwebt das Damoklesschwert einer erneuten Aufhebung. In welche Richtung die Verfassungsentwicklung der Ukraine in den kommenden Jahren treiben wird, ist kaum vorhersehbar – und angesichts der faktischen militärischen Okkupation von Teilen des Landes, aber auch der grob defizitären politischen Kultur des Landes von den politischen Kräften der Ukraine offenkundig auch nicht beherrsch- und steuerbar.“

Keine 14 Tage nach Präsident Janukovyčs Flucht, ergriff die Verchovna Rada die Initiative zu einer Verfassungsrevision²⁴. Sie zielte dieses Mal nicht auf eine Änderung des Regierungssystems ab, sondern auf eine Reform der Territorialverwaltung. Der Moment war dafür jedoch denkbar ungünstig, denn Russlands Okkupation der Krim war in vollem Gange, in der Ostukraine bekamen prorussische Separatisten Zulauf und die Vakanz an der Spitze des Staates erforderte die Neuwahl eines Präsidenten. Die Initiative blieb denn auch stecken.

Nicht anders erging es dem am 25. Mai 2014 zum Staatspräsidenten gewählten Unternehmer Petro Porošenko. Abseits der Öffentlichkeit ließ er, kaum ins Amt gekommen, einen Entwurf ausarbeiten, der den Ausbau der territorialen Selbstverwaltung zu einem dreistufigen System aus Gemeinden, Kreisen und Gebieten vorsah. Er dachte auch an sich: Wie schon unter Kučma sollten die regionalen und lokalen Chefpositionen dem Staatspräsidenten unterstellt sein.

Der Entwurf des Verfassungsänderungsgesetzes stieß auf heftigen Widerstand, wurde aber vor allem wegen der Verschärfung des Krieges in der Ostukraine und wegen der von Russland im September 2014 erzwungenen und im Februar 2015 fortgesetzten Verhandlungen mit den Separatisten der beiden „Volksrepubliken“ unter der Ägide der OSZE in Minsk nicht weiterverfolgt.

Zwar stand die Dezentralisierung der Staatsgewalt weiterhin im Fokus der Verfassungsreform, aber die Reform geriet nun unter den Einfluss Russlands und der internationalen Diplomatie²⁵,

²³ Verfassungsänderung und Normenkontrolle in der Ukraine, in: Osteuropa-Recht 65. Jg. (2019), S. 67-92 (91 f.).

²⁴ Ausführlich zu den vom „Majdan“ ausgehenden Initiativen zu einer Fortsetzung der Verfassungsreform Luchterhandt, Otto: Die Verfassungsreform in der Ukraine – ein Expertenblick von außen (Manuskript vom Oktober 2017, Im Prozess der Veröffentlichung).

²⁵ Luchterhandt, Otto: Die Vereinbarungen von Minsk über den Konflikt in der Ostukraine (Donbass) aus völkerrechtlicher Sicht, in: Archiv des Völkerrechts (AVR), Band 57 (2019), Heft 4, S. 428-465 (Kurzfassung); derselbe (Langfassung) Die „Minsker Abkommen“ von 2014/2015 zur Lösung des Konfliktes in der Ostukraine und das Völkerrecht, in: Ost/Letter (Ostinstitut Wismar), Nr. X/2019; (https://www.ostinstitut.de/de/ost_publicationen) (mit Übersetzung der Abkommen im Anhang).

denn im Minsker Abkommen vom 12. Februar 2015 ging die Ukraine folgende Verpflichtung (Punkt 11) ein:

„Durchführung einer Verfassungsreform in der Ukraine mit Inkrafttreten der neuen Verfassung am Ende des Jahres 2015, die als Schlüsselement eine Dezentralisierung vorsieht (unter Berücksichtigung der Besonderheiten der einzelnen Rayone der Gebiete Doneck und Lugansk, die mit den Vertretern dieser Rayone konsentiert sind) sowie die Verabschiedung einer ständigen Gesetzgebung über den besonderen Status der einzelnen Rayone der Gebiete Doneck und Lugansk entsprechend den in der „Anmerkung“ genannten Maßnahmen bis zum Ende des Jahres 2015.“

Die *Anmerkung* versprach den separatistischen Rayonen in Bezug auf Polizei und Justiz hoheitliche Sonderrechte.

Anfang April 2015 berief Staatspräsident Porošenko eine neue Verfassungskommission ein, die nun voll im Rampenlicht der Öffentlichkeit stand²⁶. Von ihren drei Arbeitsgruppen war die über die Dezentralisierung der Staatsverwaltung, geleitet von dem Parlamentspräsidenten und Vorsitzenden der Verfassungskommission, Volodymyr Grojsman, die wichtigste, schon deswegen, weil sich ihr Mandat naturgemäß auch auf die Krim und den Donbass erstreckte. Aber seltsamerweise wurde der Abschnitt in der Verfassung über die „Autonome Republik Krim“ in der Kommission wie ein Tabu behandelt, und den Sonderstatus der separatistischen Rayone diskutierte man ebenfalls nicht, sondern erwähnte ihn nur in den „Übergangsbestimmungen“ des vorgesehenen Verfassungsänderungsgesetzes²⁷, also nicht, wie von Russland und Deutschland gefordert, im Fließtext der Verfassung²⁸.

Die vom Verfassungsentwurf vorgesehenen Bestimmungen über die Dezentralisierung der Staatsverwaltung und die Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung waren bedeutende Reformschritte. Gleichwohl verfehlte der Entwurf bei der Abstimmung (1. Juli 2015) die für die Verfassungsänderung erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit. Er ist danach nicht weiterverfolgt worden. Der Widerstand gegen Autonomiebestimmungen in der Verfassung zugunsten der „separatistischen Rayone“ ist eher noch stärker geworden. Immerhin aber sind wesentliche Teile der Reform der Territorialverwaltung auf gesetzlichem Wege eingeführt worden.

²⁶ Dekret des Präsidenten Nr. 119/2015 vom 31.3.2015 über die Verfassungskommission und ihre Verfahrensordnung. Der Verfasser war durch das Dekret zum Experten der Kommission berufen worden (zu seinen Erfahrungen in der Kommission siehe Anm. 24).

²⁷ „Die Besonderheiten der Ausführung der örtlichen Selbstverwaltung in besonderen Rayonen der Gebiete von Doneck und Lugansk werden durch ein besonderes Gesetz berücksichtigt.“ (Punkt 8)

²⁸ Zur Position Deutschlands siehe Luchterhandt, Die Vereinbarungen von Minsk (Anm. 24), S. 449.

Mit dem Status der Krim in der Verfassung hat sich eine 2017 gegründete spezielle Arbeitsgruppe der Verfassungskommission dann doch noch beschäftigt, aber auch sie ist ohne Ergebnis geblieben²⁹.

Mit der Wahl Wolodymyr Zelenskij zum Staatspräsidenten im Sommer 2019 hat die von Staatspräsident Poroschenko berufene Verfassungskommission ihr förmliches Ende gefunden.

VI. Schlussbemerkung zur Verfassungsentwicklung

Der Überblick über 30 Jahre Verfassungsentwicklung der Ukraine vermittelt viele Erkenntnisse über das Land, über seine politische und über seine Rechtskultur, aber ein Phänomen beherrscht die Entwicklung und zieht sich wie ein Roter Faden durch sie hindurch – bis heute: die dominante, ja exzessive Machtorientierung aller Akteure an der Spitze der Verfassungsorgane, in die sie gewählt oder ernannt worden sind. Das hemmungslose Streben nach Macht, nach der ganzen Macht erzeugt in den wechselnden personellen Konstellationen immer wieder von Neuem Machtkämpfe und Rechtsbrüche. Die beiden, für die Begrenzung und Beschränkung der Staatsmacht wichtigsten klassischen Verfassungsinstitute und Verfassungsprinzipien – Menschenrechte und Gewaltenteilung – bleiben dabei immer wieder auf der Strecke.

Die Akteure berufen sich auf das Prinzip der Demokratie, und in der Tat vermittelt und legitimiert es Kompetenzen, Macht und Herrschaft, aber sie verkennen die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit, die in dem Reden von Demokratie fast immer „verschwindet“. Dadurch aber verfehlt man den „demokratischen Rechtsstaat“, in dem Rechtsstaat das Hauptwort und damit auch die Hauptsache ist, Demokratie das Adjektiv, gewiss unverzichtbar, aber an *zweiter* Stelle!

Das Phänomen der exzessiven Machtorientierung ist nicht auf die politische Kultur der Ukraine beschränkt, sondern im gesamten Raum der ehemaligen Sowjetunion bis heute prägend. Die das Sowjetsystem seit 1917 beherrschende Losung war „*Vsja vlast` Sovetam – Alle Macht den Räten!*“. Dazu trat - als Pendant - die Konzentration der Macht in der Kommunistischen Partei und ihrer Führung.

Diese Lehre und Ideologie und ihre Praktizierung haben die politische Kultur des Maßes, der politischen Mäßigung, der balance of powers, der checks and balances, des Respekts vor der Verfassung und dem Recht Jahrzehnte hindurch offiziell als bürgerliche Illusion kritisiert, herabgesetzt und verhöhnt. Das hat schwere Flurschäden in der politischen und in der Rechtskultur aller jener Völker angerichtet, die von der kommunistischen Ideologie und den

²⁹ Der Verfasser war auch in dieser Arbeitsgruppe aktiv. Näheres unter Anm. 24.

von ihr legitimierten Machtstrukturen beherrscht wurden. Wir wissen heute, dass es eine lange Zeit braucht und großer Anstrengungen bedarf, sich von dieser Prägung zu befreien. Die Verfassungsentwicklung der Ukraine legt davon beredtes Zeugnis ab.

VII. Der Grundsatzstreit über das Verhältnis zwischen Zivilrecht und Wirtschaftsrecht

Im Unterschied zu allen anderen ehemaligen Unionsrepubliken der UdSSR und insbesondere auch zur Russländischen Föderation setzten sich in der postsowjetischen Ukraine bei der Diskussion darüber, welches Schicksal Staatsunternehmen im Übergang zur Marktwirtschaft haben sollten, im Parlament starke Kräfte für die Kodifikation eines eigenständigen Wirtschaftsrechts neben dem Zivilrecht ein. In der Kontinuität staatssozialistischer Vorstellungen stehend, favorisierten sie eine gemischte Wirtschaftsordnung. Zwar hatte die Idee auch andernorts prominente Fürsprecher, aber sie waren unter den Rechtswissenschaftlern der Ukraine besonders stark vertreten und konnten sich in einem langen, zähen Tauziehen schließlich auch durchsetzen.

Am 16. Januar 2003 setzte die Verchovna Rada an die Stelle des in der Wurzel sowjetsozialistischen Zivilgesetzbuches von 1963 eine Doppelkodifikation, nämlich ein ca. 1.400 Artikel umfassendes Zivilgesetzbuch (ZGB)³⁰ klassischen, pandektistischen Zuschnitts (allerdings wie schon seit den Anfängen der Sowjetunion ohne das Familienrecht) und ein deutlich kleineres, nur gut 400 Artikel umfassendes Wirtschaftsgesetzbuch (WGB)³¹.

Prof. Valentin Karlovič Mamutov, Hauptvertreter eines WGB, schrieb 1994³²:

„Unserer Auffassung nach löst die Verabschiedung von Zivilgesetzbüchern die Probleme einer Kodifizierung des Wirtschaftsrechts nicht, weil die öffentlich-rechtlichen Normen, die die staatliche Regulierung der Wirtschaft vermitteln, außerhalb der Zivilgesetzbücher und unkodifiziert bleiben, während die besondere Kodifizierung des privaten Wirtschaftsrechts in Zivilgesetzbüchern nicht systematisch ist und eine verkehrte Vorstellung von der wahren öffentlichen Wirtschaftsordnung weckt.“

Schon am 6. November 1991, also noch kurz vor dem Ende der UdSSR, war vom Obersten Sowjet der Ukraine im Geiste der Spätsozialismus der Perestrojka eine

³⁰ Vidimosti Verchovnoj Rady Ukrainy (VVRU) 2003, Nr. 40-44, Pos. 356.

³¹ VVRU 2003, Nr. 18, Pos. 144.

³² Die Konzeption eines Wirtschaftsgesetzbuches der Ukraine, in: WGO. Monatshefte für Osteuropäisches Recht 36. Jg. (1994), S. 373-379 (375).

Wirtschaftsprozessordnung erlassen worden³³. Sie stand nun neben der sozialistischen Zivilprozessordnung, die 1963 zusammen mit dem ZGB erlassen worden war³⁴.

Wodurch zeichnet sich das WGB der Ukraine aus und worin liegt seine Problematik?

Das WGB soll und will die gesamte Wirtschaftstätigkeit in der Ukraine regeln, gleichgültig, von welchen Subjekten sie betrieben wird, und zwar (in dieser Reihenfolge) von staatlichen Organisationen und Institutionen, sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, namentlich von kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, von gesellschaftlichen Organisationen sowie von natürlichen und von juristischen Personen bzw. Unternehmen des Privatrechts. Das Gesetzbuch gilt auch für die nichtgewinnorientierte Wirtschaftstätigkeit im Interesse sozialer und sonstiger Zwecke des Gemeinwohls. Es integriert Teile des Wirtschaftsverwaltungsrechts, namentlich das Gewerberecht, erstreckt sich auf das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, auf Handelsrecht und Gesellschaftsrecht, Auslandsinvestitionen, Franchising, Geistiges Eigentum, Transportrecht, Wertpapierrecht, Börsenrecht, die Konzessionierung der Nutzung natürlicher Ressourcen, die sich in Volks- bzw. Staatseigentum befinden, das Insolvenzrecht bis hin zum Außenwirtschaftsrecht. Dazu kommen mit der Wirtschaftstätigkeit verbundene funktionale Komplexe, u. a. Wirtschaftsverträge, Versicherungsrecht, Sonderwirtschaftszonen, Preisbildung, Schadensersatzregelungen und Sanktionen.

Aus der sowjetischen Rechtsschicht fortgeführt sind *erstens* der dreigeteilte Eigentumsbegriff aus Staatseigentum, gesellschaftlichem Kollektiveigentum und Privateigentum, *zweitens* das Rechtsinstitut der Operativen Verwaltung von Unternehmen, die in Staatseigentum verblieben sind, und das Rechtsinstitut der Wirtschaftlichen Rechnungsführung in Bezug auf öffentliche Unternehmen sowie *drittens* sog. Unitarische (geschlossene) staatliche und kommunale Unternehmen (in bundesdeutscher Terminologie „Regiebetriebe“ in öffentlicher Hand).

Das WGB stellt also die Vereinigung von Rechtsmaterien dar, die sich zwar irgendwie auf Wirtschaftstätigkeit beziehen, aber darüberhinausgehende, strukturelle rechtliche Gemeinsamkeiten nicht erkennen lassen. Eine solche Gemeinsamkeit dürfte allenfalls ein relativ starker öffentlich-rechtlicher Einschlag und Einfluss sein, der dem sozialistischen, auf

³³ Gesetz vom 6.11.1991 Nr. 1798-XII.

³⁴ Die ZPO von 1963 war nach zahlreichen Novellierungen am 18.3.2004 einer Totalrevision unterzogen und neu verkündet worden. Siehe Vidimosti Verchovnoj Rady Ukrainy (VVRU) 2004, Nr. 40-42, Pos. 492. Die WPO von 1991 ist zwar ebenfalls häufig geändert, aber keiner Totalrevision unterzogen worden.

Gemeinwirtschaft hin orientierten Erbe aus der Epoche der sowjetischen Zentralverwaltungs- und Planwirtschaft verpflichtet ist.

Die Existenz eines selbständigen Wirtschaftsgesetzbuches verdankt sich der ideologischen Verbundenheit mit jenem Erbe. Juristische Vorteile, die die Verselbständigung und Vereinigung des öffentlichen und privaten Wirtschaftsrechts in einem einzigen Gesetzbuch rechtfertigen, kann man in dem WGB nicht erkennen. Denn seine Kapitel, die lediglich 416 Artikel umfassen, können den im WGB berücksichtigten Rechtsgebieten jeweils nur wenige Vorschriften widmen. Sie bedürfen der Ergänzung und Vertiefung durch umfangreiche Spezialgesetze. Erst diese sind es daher, mit denen die Rechtsprechung und der Geschäftsverkehr der Wirtschaft arbeitet. Das WGB ist infolgedessen nicht mehr als ein allgemeines, Grundzüge regelndes *Rahmengesetz* mit entsprechend schwacher Normativität und flachem juristischen Profil.

Die normative Kraft des WGB wird darüber hinaus durch die Tatsache in Frage gestellt, dass wirtschaftsbezogene Rechtsgeschäfte in aller Regel auch unter die allgemeinen Vorschriften des Zivilgesetzbuches fallen, sodass sich die Geltungsbereiche von WGB und ZGB und die Zuständigkeiten von Zivilgerichten und Wirtschaftsgerichten überschneiden. Gleiches gilt für das Verhältnis des WGB und der Wirtschaftsgerichte zur Verwaltungsgerichtsbarkeit³⁵, denn die Streitigkeiten mit den Staatsorganen in Wirtschaftssachen sind von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden. Die Folge sind störende Jurisdiktionskonflikte.

Unter diesen Umständen ist es nicht verwunderlich, dass die Verchovna Rada nach dem Amtsantritt Präsident Zelenskij und unmittelbar nach der Konstituierung der Verchovna Rada nach den vorgezogenen Neuwahlen³⁶, den Beschluss gefasst hat, das Wirtschaftsgesetzbuch abzuschaffen³⁷. Sie hat das allerdings schon mehrfach beschlossen, vergeblich, weil die Abschaffung des Gesetzbuches ganz offensichtlich vor allem von einer hinter den Wirtschaftsgerichten stehenden politischen Lobby blockiert wird.

³⁵ Kodeks Administrativnogo Sudočinstva Ukrainy v. 5.7.2005, Quelle VVRU 2005, Nr. 35/36, Pos.446.

³⁶ September 2019. Siehe dazu Ukraine-Analysen 2019, Nr. 221 (12.9.).

³⁷ Präsident Zelenskij nutzte die ihm in den Neuwahlen zugefallene Mehrheit in der Rada dazu, wie ein Feuerwerk Gesetzesinitiativen zu starten, nachdem in der Tat viele Gesetzesprojekte wegen fehlender Mehrheiten im Parlament blockiert waren. Man sprach in den Medien etwas reißerisch von „Turbo-Gesetzgebung“. Siehe Luchterhandt, Otto: Der Start des ukrainischen Präsidenten Zelenskij, in: *Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WIRO)* 2020, Heft 6, S. 171-174.

VIII. Der Streit um administrative und justizielle Antikorruptionsinstitutionen

Die Entwicklung des ukrainischen Gerichtswesens hat sich in der postkommunistischen Zeit langsam, aber stetig vollzogen und insgesamt erfolgreich von den Strukturen der sowjetischen Ära befreit. Von der Zivilprozessordnung und der Wirtschaftsgerichtsprozessordnung war schon die Rede. Völliges Neuland betrat auch die Ukraine mit der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie trug damit zu jenem „Siegesszug“ bei, den dieses verfassungsrechtliche Rechtsinstitut nach 1989 im gesamten postkommunistischen Raum erlebt hat³⁸.

Natürlich konnte die Verfassungsgerichtsbarkeit von den beschriebenen Schwankungen und der Instabilität der Verfassungsentwicklung nicht unbeeinflusst bleiben. Die späte Verabschiedung der Verfassung (1996) brachte es mit sich, dass das Verfassungsgerichtsgesetz erst im Oktober 1996 verabschiedet wurde. Der Entwurf war von einer Arbeitsgruppe hochkarätiger ukrainischer Juristen ausgearbeitet worden. Das geschah in Klausursitzungen, die unter der Leitung von Ivan A. Timčenko³⁹ im Kölner Ostrechtsinstitut stattfanden und an denen dessen Direktor, Georg Brunner, und der Verfasser im Auftrage des Bundesjustizministeriums Deutschlands als Berater teilnahmen.

Die Besetzung des Gerichts mit 18 Richtern, die im Ansatz nach französischem Vorbild drittelparitätisch vom Staatspräsidenten, vom Parlament und vom Richterkongress ernannt bzw. gewählt werden, fällt im internationalen Vergleich Europas aus dem Rahmen, und zwar umso mehr, als die Kompetenzen des ukrainischen Verfassungsgerichts lange Zeit ziemlich begrenzt waren. Erst im Juni 2016, im Zuge der von Präsident Porošenko initiierten großen Justizreform⁴⁰, ist die Verfassungsbeschwerde eingeführt worden, nicht in Gestalt der Urteilsverfassungsbeschwerde, sondern nach dem Vorbild der meisten postkommunistischen Staaten in Gestalt einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde, nämlich gegen das Gesetz, das der letztinstanzlichen und angeblich grundrechtsverletzenden Gerichtsentscheidung zugrunde liegt.

³⁸ Luchterhandt, Otto: Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa, in: Luchterhandt, Otto/ Starck, Christian/ Weber, Albrecht (Hrsg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel und Osteuropa. Teilband I. Berichte, Baden-Baden 2007, S. 293-356 (350 ff).

³⁹ Timčenko ist wenig später vom Staatspräsidenten zum Verfassungsrichter ernannt und von den Richtern für drei Jahre zum Präsidenten des Verfassungsgerichts (1996-1999) gewählt worden.

⁴⁰ Am 2. Juni 2016 wurde im Zusammenhang mit den Verfassungsänderungen unter anderem ein neues Gerichtsverfassungsgesetz erlassen, in welchem die neue, dreistufige Instanzengliederung und die Einfügung der höchsten Fachgerichte in das Oberste Gericht als Revisionsgericht vollzogen wurden.

Der ukrainische Verfassungsgeber hat damit ein Modell der Verfassungsbeschwerde favorisiert, das eher der (konkreten) Normenkontrolle zuzurechnen ist, die nicht mehr nur von einem (Fach-)Gericht, sondern auch von einem Grundrechtsträger in Gang gesetzt werden kann.

Wegen der zu erwartenden Mehrbelastung infolge der Verfassungsbeschwerde wurde im Juli 2017 ein neues Verfassungsgerichtsgesetz verabschiedet und das Verfassungsgericht umorganisiert. Die 18 Mitglieder des Verfassungsgerichts sind nun in zwei Senate mit je neun Richtern aufgeteilt. Die Senate gliedern sich in je drei Kammern mit jeweils drei Richtern. In Anlehnung an das deutsche Bundesverfassungsgericht dienen sie der Entlastung der Senate vor allem bei der Behandlung der Verfassungsbeschwerden.

Die erste 1996 für neun Jahre ins Amt gekommene Richtergruppe, deren Mitglieder an der Ausarbeitung des Entwurfes des Verfassungsgerichtsgesetzes teilgenommen hatten, zeichnete sich durch hohe Professionalität und Homogenität aus. Sie hat nach den vorausgegangenen verfassungspolitischen Turbulenzen dem Gericht einen ruhigen Start beschert, ganz im Gegensatz zu Russland, aber auch zu der innenpolitischen Entwicklung in der Ukraine seit dem Ende der Ära „Kučma“, also seit der Verfassungs- und Staatskrise von 2004.

Anschluss an die Entwicklungen, die nach 1990 in Ostmittel- und Südosteuropa stattfanden, hatte die Ukraine im Gerichtsverfassungsrecht aber schon in den 2000er Jahren gefunden, namentlich durch die Einführung einer dreistufig aufgebauten, eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zwar sind in der Gerichtsreform von 2016 die höchsten Fachgerichte, also das Höchste Wirtschaftsgericht und das Höchste Verwaltungsgericht, aufgelöst und als Kollegien in das Oberste Gericht eingefügt worden, aber ihre Dreistufigkeit ist dabei im Prinzip erhalten geblieben.

Eine besondere Betrachtung verdienen im Zusammenhang mit der Justiz die 2016 getroffenen **Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung** im Allgemeinen und die kürzliche Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine vom 27. Oktober 2020 im Besonderen. Sie hat einige wichtige Regelungen der Korruptionsbekämpfung für verfassungswidrig erklärt und wütende Proteste ausgelöst.

Die Bekämpfung der ausnahmslos in allen ehemaligen Sowjetrepubliken virulenten Korruption hatte der 2014 siegreiche „Euro-Majdan“ zu einer seiner politischen Hauptforderungen

erhoben, und tatsächlich hat sich zu ihrer Realisierung schon bald nicht wenig getan⁴¹: Aufgrund eines Korruptionsvorbeugungsgesetzes wurden im Oktober 2014 bei der Regierung eine Nationale Agentur zur Korruptionsvorbeugung und ferner ein Nationales Antikorruptionsbüro und beim Generalstaatsanwalt eine Schwerpunktstaatsanwaltschaft zur Korruptionsbekämpfung eingerichtet. Das im Sommer 2016 verabschiedete neue Gerichtsverfassungsgesetz hat die Errichtung eines Höchsten Antikorruptionsgerichtes verfügt. Seit Oktober 2016 sind alle Staatsbediensteten verpflichtet, ihre Vermögensverhältnisse online, also für jeden Bürger einsehbar, zu veröffentlichen.

Dadurch und durch zivilgesellschaftliche Initiativen ermutigt, waren Ermittler bis in innerste Kreise korrupter Strukturen vorgedrungen⁴². Das löste bis in das Parlament hinein Abwehrreaktionen aus und drohte, die Eröffnung des Antikorruptionsgerichts zu gefährden. Sie erfolgte dann aber doch im April 2019, also schon im Wahlkampf zwischen Porošenko und Zelenskij um das Präsidentenamt.

Das Gericht besteht aus einer Ersten Instanz mit 7 Kollegien, einer Berufungsinstanz mit 4 Kollegien und einer Revisionsinstanz, die als Strafgericht in das Oberste Gericht der Ukraine eingefügt ist.

Präsident Porošenko sagte bei der Eröffnung des Anti-Korruptionsgerichts⁴³:

"It is a long-awaited event for our country. A landmark day for each of us. We have been heading for this day for a long time, starting from voting in the Verkhovna Rada for amendments to the Constitution as to justice and the new law on the judiciary. I emphasize that it was then that Ukraine made a strategic decision to establish the anti-corruption court. It was an integral part of the law on the judiciary, to establish this court by means of a transparent competition and to involve the best legal professionals thereto" ...

38 new judges start serving in a totally new court. You have all the levers and tools to be successful as the judicial reform, for the first time in the history of Ukraine, gave you independence from the legislative and executive branches of power, by the way, and from the

⁴¹ Marusov, Andrei: Schleppende Korruptionsbekämpfung in der Ukraine, in: Ukraine-Analysen Nr. 153, 2015 (9.6.), S. 2-6.

⁴² Zu aktuellen Kontroversen siehe Gnauck, Gerhard: Auf jeden Fortschritt ein Rückschritt. Präsident Selenskyj schrieb sich in der Ukraine den Kampf gegen Korruption auf die Fahnen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v. 30.9.2020, S. 6.

⁴³ Quelle: <https://vkksu.gov.ua/en/news/solemnities-on-the-appointment-of-judges-of-the-high-anti-corruption-court-held>.

President also, complete independence. After all, my role is finished here and now, during your oath."

Mit seiner Entscheidung vom 27. Oktober 2020 erklärte das Verfassungsgericht auf Antrag von vier Dutzend Abgeordneten der Verchovna Rada Vorschriften des Korruptionsvorbeugungsgesetzes vom Oktober 2014 und damit im Zusammenhang stehende Bestimmungen des Strafgesetzbuches für verfassungswidrig⁴⁴. Konkret ging es um die Ermächtigung der Nationalen Behörde zur Korruptionsvorbeugung, von allen Staatsbediensteten unter Einschluss auch der Richter die Abgabe von Erklärungen über ihre Vermögensverhältnisse zu verlangen, die Erklärungen zu speichern, zu veröffentlichen, die Richtigkeit der Erklärungen zu überprüfen und im Falle von Unrichtigkeiten und wahrheitswidrigen Angaben strafrechtlich gegen sie vorzugehen. Das Gericht sah in den Ermächtigungen Eingriffe in die verfassungsrechtlich garantierte richterliche Unabhängigkeit und eine Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und in den Strafbestimmungen Verletzungen erstens der Unschuldsvermutung, weil aus der Nichtabgabe der Erklärung nicht auf die rechtswidrige Erlangung von Vermögenswerten geschlossen werden dürfe, und zweitens des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, weil die Rechtsverletzung nicht das Gewicht kriminellen Unrechts habe, sondern nur eine Ordnungswidrigkeit darstelle und daher auch nur als eine solche geahndet werden dürfe.

Das Verfassungsgericht forderte den Gesetzgeber auf, neue Regelungen unter Wahrung der Grundsätze der richterlichen Unabhängigkeit, der Gewaltenteilung und der verfassungsmäßigen Grundrechte zu erlassen.

Ohne vertieft auf die Urteilsbegründung einzugehen, wird man so viel sagen können, dass das Verfassungsgericht überzeugend dargelegt hat, dass die gegen Korruption gerichteten Eingriffsbefugnisse der der Exekutive zuzuordnenden Antikorruptionsorgane mit der Garantie der persönlichen und infolgedessen auch der sachlichen Unabhängigkeit der Richterschaft nicht zu vereinbaren waren.

⁴⁴ Summary to the Decision of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine No. 13-r/2020 dated October 27, 2020 in the case upon the constitutional petition of 47 People's Deputies of Ukraine on the conformity of specific provisions of the Law "On Prevention of Corruption", the Criminal Code with the Constitution (constitutionality), Text der Presseerklärung: <http://www.ccu.gov.ua/en/docs/2988?page=1>; Nekoliak. Andrii (Tartu): Das ukrainische Verfassungsgericht kippt Teile der Antikorruptionsreform in der Ukraine, in: Ukraine-Analysen Nr. 243 vom 27.11.2020, S. 2-5.

Umso bemerkenswerter sind die Reaktionen auf das Urteil: Präsident Zelenskij forderte, das Parlament auf, das Urteil aufzuheben und die Verfassungsrichter wegen des in sie verlorenen Vertrauens ihrer Ämter zu entheben, und rief die Richter zum sofortigen Rücktritt auf. Andere Vorschläge zielten darauf ab, durch Manipulationen an seiner Zusammensetzung das Verfassungsgericht funktionsunfähig zu machen oder politisch gleichzuschalten. Generell behaupteten und beklagten die Medien und die in der Korruptionsbekämpfung engagierten NGOs, dass das Verfassungsgericht von reaktionären Richtern beherrscht sei, das das Gericht trotz der Reform von 2016 kein höheres Ansehen gewonnen habe und kein Vertrauen genieße. Große Besorgnis äußerten auch internationale Institutionen. Sie wiesen darauf hin, dass die Gewährung der Visumsfreiheit sowie von Krediten für die Wirtschaft der Ukraine gefährdet sei, wenn die Korruptionsbekämpfung abgewürgt werde⁴⁵.

Anders, nämlich differenziert reagierte die „Venedig-Kommission“ des Europarats⁴⁶. Sie stellte sich vor das Verfassungsgericht, mahnte die Wahrung tragender Prinzipien der Verfassung und des Rechtsstaates an und forderte die Verchovna Rada auf, Gesetzesentwürfe vorzulegen, die sowohl der Unabhängigkeit der Gerichte als auch der effektiven Bekämpfung der Korruption gerecht würden.

Die Reaktionen auf das Urteil des Verfassungsgerichts geben einen ernüchternden und zugleich erschreckenden Blick auf die Rechtskultur in der heutigen Ukraine frei: sie zeigen einen Staatspräsidenten, der mit der Wut eines Populisten bedenkenlos einen Bruch der Verfassung anstrebt; sie zeigen eine angeblich demokratisch und rechtsstaatlich, europäisch und westlich eingestellte Zivilgesellschaft, die aus politischer Enttäuschung, Verdacht und Misstrauen bereit ist, das wichtigste Verfassungsorgan der Garantie von Menschenrechten und Gewaltenteilung, das Verfassungsgericht, zu opfern, und sie zeigen eine hochemotionale Öffentlichkeit, die von einseitiger politischer Parteilichkeit beherrscht ist und verfassungsrechtliche Argumente ignoriert oder als belanglos beiseiteschiebt.

⁴⁵ Gnauck, Gerhard: Schmiergelder legalisiert? Scharfe Kritik an Urteil in der Ukraine, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v. 30.10.2020, S. 5; Ackeret, Markus: Selenski versucht einen Befreiungsschlag, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ) v. 05.11.2020, S. 1.

⁴⁶ Ukraine - Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the legislative situation regarding anti-corruption mechanisms following Decision No. 13-r/2020 of the Constitutional Court of Ukraine. Opinion No.1012 / 2020 vom 9.12.2020, Doc.: CDL-PI (2020)018.

IX. Die Arbeit an einem Verwaltungsverfahrensgesetz – eine unendliche Geschichte

Als ein besonders markantes Beispiel dafür, wie schwer sich die Ukraine tut, in rechtsstaatlicher Hinsicht herausragende Gesetzesvorhaben zügig und konsequent zu realisieren, kann die Arbeit an dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes der Ukraine gelten⁴⁷. Sie begann bereits Mitte der 1990er Jahre im Auftrage des Justizministeriums in einer Fachkommission, die der in der Akademie der Wissenschaften tätige Verwaltungsrechtler Prof. Vadim Borisovič Averjanov bis zu seinem Tode (2010) geleitet hat, und zwar ungefähr zusammen mit der Arbeit an einer Verwaltungsgerichtsprozessordnung. Während diese aber 10 Jahre später verabschiedet werden konnte, ist das Verwaltungsverfahrensgesetz bis heute nicht beschlossen worden.

Sehr unterschiedliche Gründe sind für die großen Verzögerungen ursächlich geworden. Bei Beginn der Arbeit an dem Entwurf verstanden die allermeisten in der ehemaligen Sowjetunion tätigen Juristen unter „allgemeinem Verwaltungsrecht“ und Verwaltungsverfahrenrecht oder, wie es hieß, unter einem „Administrativnyj Kodeks“ das Verwaltungsstrafrecht, also Ordnungswidrigkeitenrecht in bundesdeutscher Terminologie. Das war verständlich, denn ein Verwaltungsverfahrenrecht, d. h. rechtsstaatliche Vorschriften für die Kontaktverhältnisse zwischen Bürger und Verwaltung, gab es im Sowjetrecht allenfalls vereinzelt. Völlig herrschend und typisch für die traditionell repressive Ausrichtung des sowjetischen Rechtssystems war die Orientierung auf Verwaltungs*straf*recht.

Es dauerte Jahre bis die aus dem Westen kommenden Rechtsberater ihren postsowjetischen Kollegen - nicht nur in der Ukraine (!) - Gegenstand, Sinn und Zweck des Verwaltungsverfahrenrechts und dessen Unterscheidung vom Ordnungswidrigkeitenrecht verständlich machen konnten. Im Falle der Ukraine war die Unkenntnis umso erstaunlicher, als die Sowjetukraine 1927 ein Verwaltungsgesetzbuch erlassen hatte, das nicht nur so hieß, sondern diesen Namen auch verdiente⁴⁸.

Als sich ein mehr oder weniger klares Verständnis vom Gegenstand des Verwaltungsverfahrenrechts etabliert hatte, brachen alsbald zahlreiche Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich nahezu aller Komponenten des zu schaffenden Gesetzes auf: Was war unter einem Verwaltungsakt (VA) zu verstehen und wodurch unterschied er sich vom „Normativ Rechtsakt“ oder vom „Realakt“? Sollte das Gesetz nur von

⁴⁷ Der Verfasser hat im Auftrage der IRZ-Stiftung (Bonn) die Arbeit an dem Entwurf über 20 Jahre als Berater mit Gutachten und Vorträgen bis in die letzten Tage begleitet.

⁴⁸ Siehe oben Anm. 6

schriftlichen VA handeln oder auch mündliche VA einbeziehen? Welche Verfahren sollten für die Zustellung von VA gelten? Wann sollten VA in Kraft treten und unter welchen Voraussetzungen außer Kraft treten? Sollte der Widerruf rechtmäßig erlassener und unanfechtbar gewordener VA zulässig sein? Wenn ja, würde damit nicht die Tür zu willkürlichen Entscheidungen zum Nachteil des Bürgers weit geöffnet? Sollte die Rücknahme rechtswidriger begünstigender VA ebenso behandelt und geregelt werden wie die Rücknahme (Aufhebung) belastender VA? Sollte die Regelung der Nichtigkeit von VA nur mit einer allgemeinen, universellen Klausel oder nur mit konkreten Fällen oder mit beidem geregelt werden? Sollte das Gesetz außer dem VA auch verwaltungsrechtliche Verträge regeln? Sollte im Verwaltungsverfahren der Grundsatz der Amtsermittlung des Tatsachenstoffes gelten oder das Verfahren wie im Zivilprozess vom Parteibetrieb bestimmt sein? Was ist bei der Vollstreckung von VA zu beachten? Wie soll das Beschwerdeverfahren ausgestaltet sein? Soll es alternativ zur Klage beim Gericht bestehen oder grundsätzlich eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der gerichtlichen Klage sein?

Die Klärung dieser und weiterer Fragen schritt auch deswegen nur langsam voran, weil an der Arbeit am Gesetzesentwurf sehr viele Interessenten zu beteiligen waren, nicht nur staatliche Organe, sondern auch NGOs und internationale Organisationen wie die Weltbank, der Europarat, die EU und die OSZE.

Die Einigung wurde noch durch drei weitere, allgemeine Faktoren erschwert: *Erstens* war es die vor allem von Ökonomen und Wirtschaftsrechtlern vertretene Idee, anstelle eines allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes ein Gesetz über *Verwaltungsdienstleistungen* zu machen, d. h. behördliche Genehmigungen, Erlaubnisse und Konzessionen zu regeln, um Investitionsvorhaben zu erleichtern und zu beschleunigen. Da solche in der Tat wünschenswert waren, war es nicht leicht, dagegen zu argumentieren. Das rechtssystematische Hauptargument nämlich, dass ein Verwaltungsverfahrensgesetz nicht nur begünstigende, sondern auch belastende Verwaltungsakte zu regeln habe, prallte an den Investitionslobbyisten in der Regel ab.

Der *zweite Faktor* war noch schwerer zu überwinden: der Unwille von Ministerien und sonstigen staatlichen Organen, die Ermächtigungen zu freien Ermessensentscheidungen zu verlieren und gezwungen zu werden, in den administrativen Rechtsverhältnissen zu nichtstaatlichen, natürlichen und juristischen Personen gesetzlich bestimmte Verfahrensvorschriften einzuhalten und sich Verpflichtungen zu unterwerfen, die als Störung angesehen wurden.

Da die Gesetzesentwürfe den Ministerien und sonstigen Zentralbehörden zu Stellungnahmen zugeleitet wurden, musste die Arbeitsgruppe sich mit zahllosen, teils altbekannten, teils neuen Bedenken und Gegenvorschlägen auseinandersetzen.

Der *dritte Faktor* hing mit der Instabilität des Regierungssystems zusammen: sie sorgte für laufende personelle Veränderungen in den mit dem Verwaltungsverfahrenrecht befassten Zentralbehörden, zwang die neuen Amtspersonen dazu, sich in die spröde Materie einzuarbeiten und brachte auch politische Kursänderungen mit sich.

Erst der Sieg des „Euro-Majdan“ (2014) und der von ihm ausgelöste Schub reformerischer, liberaler Überzeugungen hat die vom Justizministerium geleitete Arbeit am Entwurf von ihrem toten Punkt wegbewegt und dazu geführt, dass die Arbeit am Verwaltungsverfahrensgesetz nun zügiger vorankam. Ende 2019 gelang der Durchbruch, und am 2. September 2020 wurde der Entwurf in 1. Lesung von der Verchovna Rada verabschiedet⁴⁹. Die entscheidende 2. Lesung des Entwurfs steht, wohl durch die Corona-Pandemie bedingt, zwar noch aus, aber in Kiew ist man inzwischen zuversichtlich, dass der Entwurf in überschaubarer Zeit auch diese Hürde nehmen werde. Die Zuversicht speist sich auch daraus, dass der IWF und die EU die Auszahlung von Kredittranchen unter anderem auch von der Verabschiedung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes abhängig gemacht haben.

Der in 1. Lesung verabschiedete Entwurf hat die oben aufgelisteten Streit- und Zweifelsfragen auf einem qualitativen Niveau beantwortet, das den Anforderungen des Bekenntnisses zum demokratischen Rechtsstaat in Art. 1 der Verfassung der Ukraine gerecht wird.

X. Schluss

Das Hauptkennzeichen der Rechtsentwicklung der Ukraine seit ihrer Unabhängigkeit und zugleich ihr Hauptproblem ist die Instabilität des Regierungssystems. Ursächlich dafür waren und sind ständige, rücksichtslose Machtkämpfe zwischen der Präsidialexekutive und dem Parlament oder innerhalb der zweistufigen Exekutive zwischen Staatsoberhaupt und Ministerkabinett oder zwischen Staatsoberhaupt, Regierung und Parlamentsmehrheit. Dazwischen bewegen sich vorsichtig, nicht selten unsicher und tastend die höchsten Gerichte, voran das Verfassungsgericht, und der Generalstaatsanwalt.

⁴⁹ Proekt Zakona Ukraini Pro Administrativnu Proceduru, vnositsja Kabinetom Ministriv Ukraini (D. Šmigal’).

Die häufigen und nicht selten radikalen politischen Umbrüche haben das Bild der Verfassung verdunkelt, ihre Normativität stark geschwächt und dem Ansehen der Verfassung im Volk schweren Schaden zugefügt. Zwangsläufig hat das auch die Autorität des Verfassungsgerichts nachhaltig geschwächt. Von ihrer Selbstbeschreibung in Art. 1 Verfassung als ein „demokratischer, sozialer Rechtsstaat“ ist die postsowjetische Ukraine noch immer weit entfernt.

Es ist unausweichlich, dass die Instabilität der politischen und rechtlichen Grundlagen sich nachteilig auf die Tätigkeit des Parlaments, also vor allem auf die Gesetzgebung ausgewirkt hat. Insgesamt bietet sie aber ein freundlicheres, wenngleich unausgewogenes Bild: neben beachtlichen kodifikatorischen Leistungen und Fortschritten im Sinne von Standards eines demokratischen Rechtsstaates und marktwirtschaftskonformer Regelungen im Zivil- und Wirtschaftsrecht zeigen sich staatssozialistische Traditionsbestände und schmerzliche Lücken⁵⁰.

Zu konstatieren ist immerhin, dass der „Euro-Majdan“ bzw. die über ihn an die Macht gekommenen gesellschaftlichen Kräfte eine ganze Reihe von beachtlichen Strukturreformen, namentlich in der Justiz und im Gerichtswesen und auf dem Gebiet der territorialen Selbstverwaltung bewirkt haben, nämlich die Dezentralisierung der Staatsverwaltung und die Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung.

Rechtsordnung, Rechtspraxis, Rechtswissenschaft und Rechtsbewusstsein in der Ukraine bieten ein Bild, das auch nach Ablauf von 30 Jahren noch mehr oder weniger stark von ideologischen Stereotypen, Wertvorstellungen und Alltagsgewohnheiten der Sowjetepoche beeinflusst ist. Es hat daher einen tieferen Sinn und erscheint gerechtfertigt, von einer „postsowjetischen Rechtskultur“ zu sprechen, d. h. einen Begriff zu verwenden, in dem die ein Dreivierteljahrhundert währende Sowjetepoche noch gegenwärtig ist.

⁵⁰ Siehe jetzt eine erstmalig vorliegende Gesamtdarstellung des ukrainischen Rechts, dargestellt von Hochschullehrern, die in der Ukraine, vor allem an der Universität Užgorod/Zakarpatt'e, lehren: Wieser, Bend/Lazur, Yaroslav/ Bilash, Oleksandr (Hrsg.): Einführung in das ukrainische Recht (Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Band 213), München 2020 (ca. 300 Seiten). Das Werk wurde auf einer internationalen Konferenz über 30 Jahre Entwicklung des Rechts der Ukraine, die am 4. Dezember 2020 in der Karl-Franzens-Universität Graz der Öffentlichkeit vorgestellt.

Д-р Мирослава Антонович,

доктор права, завідувачка кафедри міжнародного права Українського Вільного Університету, Мюнхен;

доцент кафедри міжнародного та європейського права Факультету правничих наук Національного університету "Києво-Могилянська академія":

„Міжнародні договори як частина законодавства України”

До проголошення в 1990 році Декларації про державний суверенітет України наша держава фактично не уклала міжнародних двосторонніх договорів, хоча й мала таке право відповідно до Конституцій УРСР та СРСР. З осені 1991 р. і особливо після референдуму 1 грудня 1991 р. за два роки 1991-1992 Україна уклала 35 міждержавних та 88 міжурядових угод. Нині половина законів, прийнятих Верховною Радою України – це закони про ратифікацію міжнародних договорів.

Відповідно до Закону „Про правонаступництво” 1991 р., Україна підтвердила свої зобов’язання за міжнародними договорами, укладеними УРСР до проголошення незалежності України та за тими міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України (ст. 6, 7)¹.

Україна, як і багато інших держав – колишніх республік СРСР, встановила принцип пріоритету міжнародного права над національним правом, хоч після прийняття Конституції України 1996 р. ця пріоритетність норм міжнародних договорів перед нормами національного законодавства України ставиться під сумнів. Згідно з ч. 2 ст. 19 Закону України “Про міжнародні договори України” 2004 р., якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору². Своє завершення це

¹ Закон „Про правонаступництво України” // ВВР. – 1991. - № 46. – Ст. 617.

² Закон України “Про міжнародні договори України” від 29 червня 2004 р. // ВВР.– 2004.– № 50.– Ст. 540.

отримало у статті 9 Конституції України, де чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, визнаються частиною національного законодавства України. Таке положення, очевидно, є дискусійним, оскільки міжнародний договір не може бути частиною законодавства, а, швидше, частиною правової системи в цілому. Разом з тим, у ч. 2 цієї статті Конституції України зазначається, що “укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України”, чим визнається верховенство Конституції над міжнародними договорами. Верховний Суд України у Постанові Пленуму № 9 1996 року витлумачив цю статтю таким чином, що “суд не може застосувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше як міжнародний договір. У той же час міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України”³.

Отже чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, повинні займати друге місце після Конституції України в ієрархії законодавчих актів України. Однак, існують спірні питання щодо місця міжнародних договорів в правовій системі України, що можна прослідкувати навіть у рішеннях Конституційного Суду України. Зокрема, в справі про тлумачення терміна «законодавство», у якій Конституційний Суд України розмістив акти законодавства у такій послідовності: закони України, міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови

³ Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму № 9 від 1 листопада 1996 р. // Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995–1998). Правові позиції щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ / Відп. редактор П.І. Шевчук. – К.: Юрінком Інтер, 1998.– С. 51.

Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень і відповідно до Конституції України і законів України⁴.

Пріоритетність норм ратифікованих Верховною Радою міжнародних договорів, що стосуються прав і свобод людини, перед нормами національного законодавства України можна обґрунтувати положенням частини першої статті 8 Конституції, яке закріплює принцип верховенства права.

Згідно зі ст. 9 Закону “Про міжнародні договори України”, ратифікація міжнародних договорів України здійснюється Верховною Радою України шляхом ухвалення спеціального Закону про ратифікацію. Як і інші закони України, закони про ратифікацію повинні бути підписані Президентом. Голова Верховної Ради України підписує ратифікаційну грамоту, яка засвідчується підписом Міністра закордонних справ України, якщо договором передбачено обмін такими грамотами.

Разом з тим, варто згадати, що Закон України “Про міжнародні договори України” передбачає й інші способи вираження згоди на обов’язковість міжнародного договору, а саме підписання, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору чи інший шлях, про який домовились сторони (ст. 8). Затвердженню підлягають міжнародні договори України, які не потребують ратифікації (ст.12), Президентом України у формі указу, Кабінетом міністрів – у формі постанови. Рішення про приєднання України до міжнародних договорів або їх прийняття приймаються: щодо договорів, які потребують ратифікації, – у формі закону України про приєднання до міжнародного договору або закону України про прийняття міжнародного договору; щодо міжнародних договорів, які укладаються від імені України, які не потребують ратифікації, – у формі указу Президента України; щодо міжнародних договорів, які укладаються

⁴ Справа про тлумачення терміна «законодавство». Рішення Конституційного Суду України № 12-рп/98 9 липн. 1998 р. // Вісник Конституційного Суду України. – 1998. – № 4. – С. 26.

від імені Уряду України, які не потребують ратифікації, – у формі постанови Кабінету міністрів України (ст. 13). Таким чином, відкритим залишається питання щодо міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких була надана не ратифікацією, а затвердженням чи іншим передбаченим законом шляхом.

Порядок укладення міжнародних договорів Україною регулюється Законом України “Про міжнародні договори України” 2004 року. Згідно зі ст. 3 міжнародні договори України укладаються від імені України – Президентом України або за його дорученням; від імені Уряду України – Кабінетом Міністрів України або за його дорученням; від імені міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних органів – міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади, державними органами⁵.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про міжнародні договори України», пропозиції щодо укладення від імені України, Уряду України міжнародних договорів України подаються відповідно Президентові України або Кабінету Міністрів України. Пропозиції щодо укладення міжнародних договорів України подаються Міністерством закордонних справ України. Інші міністерства і центральні органи державної виконавчої влади, а також Верховний Суд, Національний банк України, Генеральна прокуратура України подають пропозиції щодо укладення міжнародних договорів України разом з Міністерством закордонних справ України. Якщо у попередньому Законі «Про міжнародні договори України» 1993 р. в ст. 3.7 зазначалось, що пропозиції про укладення міжнародних договорів України, які встановлюють інші правила, ніж ті, що містяться в законодавстві України, подаються до Уряду України за погодженням з Міністерством юстиції України”, то Закон 2004 року більш детально регламентує ситуації,

⁵ Закон України “Про міжнародні договори України” від 29 червня 2004 р. // ВВР.– 2004.– № 50.– Ст. 540.

коли пропозиції торкаються укладення міжнародного договору України, який встановлює інші правила, ніж ті, що містяться в актах законодавства України – до них необхідно додавати у формі порівняльних таблиць пропозиції щодо внесення змін до відповідних актів законодавства України або пропозиції щодо прийняття нових актів законодавства України.

В цілому, можна погодитись з тими науковцями та практиками, хто вважає, що особливістю національного законодавства України, що складається з чинних міжнародних договорів, є те, що його норми не трансформуються в нові, суто національні норми, а реалізуються самостійно або діють паралельно з нормами внутрішньодержавного правового акту, прийнятого у зв'язку з імплементацією міжнародного договору в правову систему держави.

*Вільчик Т.Б., завідувачка кафедри
адвокатури Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого, доктор
юридичних наук, професор, адвокат*

НЕЗАЛЕЖНІСТЬ АДВОКАТУРИ: МІЖНАРОДНИЙ АСПЕКТ

Адвокатура має гарантії незалежності в кожній правовій демократичній державі. Основі принципи ООН щодо ролі адвокатів 1990 р., Хартія основних принципів європейської юридичної професії, Кодекс поведінки європейських адвокатів та інші міжнародні документи проголошують незалежність професії адвоката та її самоврядність визначальними цінностями. Термін «незалежність» адвокатури цілком адекватно визначено в Рекомендації (2000) 21 як «свобода здійснення професії без неналежного втручання влади» (ст.1) [1]. Хоча адвокатська діяльність в сучасному світі здійснюється за принципом самоорганізації адвокатів і адвокатських спільнот, у світі є небагато країн, де адвокати повністю саморегулюються без будь-якого нагляду, керівництва чи обмежень з інших джерел, таких як виконавча, законодавча чи судова гілки влади. В останні роки спостерігається підвищений інтерес до питання співвідношення незалежності та регулювання адвокатської професії. Крім того, стало загальноприйнятим говорити про відносно недавню тенденцію переходу від саморегулювання адвокатської професії до спільного регулювання.

Говорячи про саморегулювання адвокатської професії на основі принципу незалежності, Роберт Гордон (Gordon , 1988) відзначає, що одним з положень, які лежать в основі верховенства закону, є права адвокатів бути вільними від будь-якого впливу, що може перешкодити їм виконувати свої обов'язки [2, с.38]. На думку Еліс Вуллі (Alice Woolley, 2011), незалежність адвокатури визначається як механізм дотримання нормативних принципів, що дозволяє регулювати досягнення адвокатами нормативних цілей - виконання професійних і етичних адвокатських обов'язків [3,с.12].

А.Рагулін вказує, що оскільки адвокати виконують публічно-правову функцію з надання професійної правничої допомоги, існує необхідність забезпечення певного контролю як за адвокатською діяльністю, так і за діяльністю корпоративних органів адвокатури та адвокатських утворень, який не підриває принцип незалежності адвокатури [4,с.161]. І.С. Ярних, досліджуючи проблеми взаємодії адвокатури та держави, доводить існування теорії управління адвокатурою, визначаючи подвійну природу такого управління - корпоративну (самоврядування) і державну [5, с.111–112]. Отже, незалежність адвокатів більше, ніж свобода від втручання держави, її доцільно розглядати як один з елементів стандарту незалежності адвокатури. Обсяг реалізації такого елемента незалежності адвокатури як незалежність від держави збільшується пропорційно розширенню самоврядування адвокатури.

Незалежність адвокатури не є самоціллю. Цей привілей дається адвокатам для успішного виконання ними функцій, покладених на них державою. Виникає запитання: «хто є головним бенефіціаром професійної «незалежності» - адвокатура, адвокати, правова система чи суспільство в цілому»? Вирази, що часто використовуються - «незалежність адвокатів» і «незалежність адвокатури» - можуть свідчити, що ті, хто в першу чергу мають право на «незалежність», є або приватними адвокатами, або асоціаціями адвокатів. Однак, як і у випадку встановлення судової незалежності, самою причиною існування такої «привілеї» є виконання певної функції. У разі незалежності судової влади така функція забезпечує умови для справедливого та неупередженого вирішення конкретних справ. Виходячи з правової природи адвокатури, статусу адвоката як учасника процесу і невід'ємної частини здійснення правосуддя, першочерговим обов'язком адвоката є сприяння у здійсненні правосуддя [6,с.27]. Кінцевою метою незалежності адвокатури є досягнення такої системи судочинства, яка б належним чином сприяла дотриманню та захисту прав кожної особи.

Таким чином, головним бенефіціаром будь-якої професійної «незалежності» потенційно є кожна особа, оскільки така «незалежність» встановлюється та підтримується з метою гарантування кожному неупередженого, швидкого та доступного юридичного захисту належної якості [6]. Як зазначається у Висновках Багатосторонньої наради з питань «судової публічної політики» Ради Європи (Conclusions of the Multilateral meeting on 'judicial public policies' of the COE, Strasbourg, 2000), «незалежність повинна розглядатися не як привілей, наданий суддям, а як гарантія для громадян. Отже, незалежність та відповідальність суддів не суперечать одна одній» [7]. Тільки за таких критеріїв можна оцінити окремі ситуації «залежних» або «незалежних» корпорацій адвокатів, і лише на такому тлі зміни в національних законодавствах мають сенс.

Говорячи про співвідношення повноважень, покладених на окремі корпорації адвокатів і необхідність громадського контролю за ними, професор юридичного факультету в Загребі, член Комітету експертів з ефективності правосуддя Ален Узелак (Alan Uzelak) зазначає: чим менше повноважень у адвокатури, тим вище її шанси бути «незалежною»; чим більше прерогативи і влади, якими вона володіє, тим сильніше необхідність застосовувати певні зовнішні механізми контролю (тобто нагляду з боку державних органів - судів, міністерств юстиції) [8]. Деякою альтернативою саморегулювання є спільне регулювання або наглядове регулювання. Модель спільного регулювання передбачає, що право подачі скарг на дії адвокатів може бути поділено між різними регулюючими органами, в той час як модель нагляду може дозволяти оскаржити рішення, прийняті корпоративними органами асоціацій адвокатів, в незалежний орган. (Прикладом спільного регулювання адвокатської професії, де два або більше органів поділяють нагляд за адвокатами, є Австралія, Англія та Уельс). Вказане положення не входить в протиріччя із міжнародними стандартами, якими передбачено, що у вирішенні певних питань своєї

діяльності асоціації адвокатів не можуть виступати в якості кінцевої інстанції. Наприклад, рішення щодо дисциплінарних стягнених своїх членів, надання дозволу на здійснення адвокатської діяльності «мають підлягати перегляду незалежним і безстороннім судовим органом» [1]. У будь-якому випадку, така доктрина «субсидіарності» залишається потенційною перешкодою для претензій на ідеальну «незалежність» та «автономію» корпоративних органів професійних асоціацій адвокатів.

Незалежність адвокатури обумовлюється не тільки недопущенням недоречного впливу з боку державних структур, але й прийняттям певних рішень самими адвокатськими асоціаціями. Так, еліта адвокатської спільноти, особливо в країнах, що розвиваються, стоїть перед непротим вибором між ототожненням себе з політичною елітою країни і необхідністю реагувати на запит з боку рядових членів професії, які постійно стикаються з порушеннями закону з боку представників влади. В авторитарних державах адвокати можуть представляти і захищати інтереси владної еліти і в цьому відношенні бути продовженням правоохоронної системи (Gerber and Mendelson, 2008) [9]. Однак, у більшості випадків адвокати, навпаки, виступають на стороні опозиції. Позиція адвокатської спільноти може бути і підкреслено аполітичною, але навіть в цьому випадку вона через свою професійну діяльність здатна робити істотний вплив на суспільство (наприклад, через допомогу мало захищеним верствам населення). Як показує багато досліджень, адвокати зважаючи значимості займаного ними соціального стану та наявності у них професійних компетенцій, пов'язаних з питаннями правозастосування, часто виступають ключовими акторами соціальних реформ (наприклад, реформи державного управління в Ізраїлі, правові реформи в Китаї, регулярні політичні ініціативи в США [10]). Вплив адвокатських корпорацій на суспільні процеси, як зазначає соціолог Э. Фрейдсон (Freidson, 1988), безсумнівно пов'язаний зі ступенем їх професіоналізації, вираженої в розвитку їх автономії, компетенції, етиці,

професійної комунікації [11].

Наступним глобальним викликом незалежності адвокатури є те, що адвокати в даний момент знаходяться в авангарді боротьби з відмиванням грошей. Друга Директива по боротьбі з відмиванням грошей мала значний вплив на професійні привілеї всіх адвокатів, що працюють в Європейському співтоваристві, в результаті якої було встановлено широке обмеження гарантій права на захист, конфіденційним відносинам адвоката і клієнта [12]. Проте, багато держав-членів скористалися застереженням, викладеної в статті 6 (3) Директиви, відповідно до якого професійний привілей адвоката може бути «порушений» тільки в тому випадку, якщо адвокат не надає консультації клієнту у межах захисту або представництва інтересів клієнта. На сьогоднішній день спроби включити адвокатів в сферу дії законодавства про боротьбу з відмиванням грошей в деяких країнах призвели до того, що у адвокатів з'явилася можливість розкривати або не розкривати інформацію про те, що їх клієнт бере участь в передбачуваній діяльності по відмиванню грошей [13]. Разом з тим, багато юрисдикцій повністю прийняли рекомендації FATF і європейське співтовариство є яскравим прикладом цього. Щодо інших країн, то наприклад, американська правова система розглядає юридичні професійні привілеї як основоположні для відносин адвоката з клієнтом і тому не схильна вносити зміни в своє поточне законодавство про боротьбу з відмиванням грошей з тим, щоб включити в нього таких фахівців, як адвокати. Адвокат може розкрити інформацію, яка відноситься до представництва клієнта, в тій мірі, в якій адвокат розумно вважає це за необхідне для запобігання вчиненню клієнтом злочину або шахрайства, які з достатнім ступенем впевненості можуть привести до істотного збитку фінансовим інтересам або власності іншої особи і для чого клієнт скористався послугами юриста. [14] У Канаді вирішення даного питання фактично перетворилося у правову колізію. Закон, який зобов'язав адвокатів повідомляти про підозрілі фінансові операції клієнтів і проводити

процедуру їх ідентифікації протягом декількох років заперечувався в судах. У підсумку, в справі 2015 року «Генеральний прокурор Канади проти Федерації адвокатських об'єднань» Верховний Суд прийшов до висновку, що даний закон встановлює втручання держави у відносини юристів і їхніх клієнтів, таким чином, він підриває можливості адвокатів представляти клієнтів [15].

Відповідно до міжнародних зобов'язань України, 6.12.2019 був прийнятий Закон «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» №361-ІХ, який набув чинності 28.04.2020 [16]. Закон викликав занепокоєння науковців та практиків з точки зору, по-перше, співвідношення адвокатської таємниці та обов'язку адвокатів здійснювати фінансовий моніторинг; по-друге, дотримання принципу незалежності адвокатів та недопустимості втручання держави в їхню діяльність. Те, що згідно з Законом № 361-ІХ адвокати є суб'єктами первинного фінансового моніторингу, не заперечується українськими адвокатами. Водночас Закон має низку положень, які суперечать міжнародним стандартам в частині незалежності інституту адвокатури. Зокрема, це стосується надання контрольних функцій щодо фінансового моніторингу і можливості застосування дисциплінарних санкцій до адвокатів Міністерством юстиції, що не тільки створює загрозу незалежності адвокатури, а й суперечить як нормам Конституції України (ст.59, 131-2), так і Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яким встановлено, що дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється виключно кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури та закріплено вичерпний перелік дисциплінарних санкцій, що можуть застосовуватися до адвоката (ст.ст.33-35). Крім того, Законом № 361-ІХ установлені такі додаткові дисциплінарні санкції стосовно адвокатів, яких немає в профільному законодавстві, як письмове застереження та

«анулювання ліцензії, що дає право на заняття адвокатською діяльністю. Однак, такого поняття, як «ліцензія», в законодавство України не передбачає взагалі, що створює ще одну колізію.

Багато сучасних проблеми, що виникають у функціонуванні адвокатури, є прикладами глобальних викликів і тенденцій. Адвокатам пора створити інфраструктуру, яка дозволить регулюючим органам юристів з усього світу на постійній основі обмінюватися ідеями та інформацією один з одним, в тому числі з метою недопущення порушення міжнародних стандартів організації та діяльності цього правозахисного інституту, серед яких найважливіше місце займає стандарт незалежності.

Використана література:

1. *Рекомендация* Rec (2000) 21 О свободе осуществления профессии юриста. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_2000_21_2000_10_25.pdf
2. *Robert Gordon*, The Independence of Lawyers. (1988) 68 B.U.L. Rev. <https://cutt.ly/zgIKi8d>
3. *Alice Woolley*. Rhetoric and Realities: What Independence of the Bar Requires of Lawyer Regulation. *SSRN Electronic Journal* 4(8). June 2011. P.12.
4. *Рагулин А. В.* Трактат об Обращении 32-х, принципах, дискриминации и демократии в российской адвокатуре: монография. Москва: Евразийский научно-исследовательский институт проблем права, 2019. 584 с.
5. *Яртых И.С.* Адвокатура и власть. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. 176 с.
6. *Vilchuk T.* Duties of a lawyer to a court and to a client: foreign scientific doctrine and proposals for the legislation of Ukraine. *Russian Law Journal*. 2018; 6(4): 62-99 / Available at: <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2018-6-4-62-99>
7. *Council of Europe document ADACS/DAJ* Strasbourg mult. Concl. (2000), p. 4, §5.
8. *Alan Uzelak*. The independence of the Bars and their relationship with the public authorities / The independance of lawyers: proceedings 28th Colloquy on

European Law in co-operation with the University of Pau and [...] books.lawlegal.eu Retrieved 09, 2020.

9. Gerber T. P. and Mendelson S. E. (2008). Public Experiences of Police Violence and Corruption in Contemporary Russia: A Case of Predatory Policing? *Law and Society Review*, vol. 42, no. 1, pp. 1–44. Available at: <http://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2008.00333.x>

10. Яковлев А. А., Казун А. П., Ситкевич Д. А., Профессиональные организации как драйверы социальных изменений в развивающихся странах / *Журнал конституциональных исследований*. № 3. 2016. с. 47-71.

11. Freidson E. *Professional Powers: A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge*. Chicago, Chicago University Press. 1988.

12. Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of the European Union of 4 December 2001.

13. Costa, S. Implementing the new anti-money laundering directive in Europe: Legal and enforcement issues. The Italian Case, Paolo Baffi Centre on Central.

14. Goldstein, H.W, “Debate Over Lawyers’ Role in Anti-Money Laundering Enforcement”, *Business Crimes Bulletin*. Rule 1.6. [Confidentiality of Information, American Bar Association Model Rules of Professional Conduct](#)

15. *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*. 2015. SCC 7. Available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14639/index.do>

16. Закон України Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text>

Moratorien (im Insolvenzrecht)

Arne Engels¹

I. Einführung

Moratorien sind in der Rechtsgeschichte ein beständiges Thema. Dabei geht es im Wesentlichen darum, Zahlungen von Schuldnern an ihre Gläubiger auf Basis allgemeiner Regelungen zu verzögern und die Folgen der Nichtzahlung für die Schuldner zu vermeiden. Der nachstehende Beitrag soll einen Überblick über die bestehenden Moratorien in Deutschland und der Ukraine geben.

Moratorien im hiesigen Sinne sollen verstanden werden als Handlungen des Staates, die die Durchsetzung zwanghafter Vollstreckungen (Einzel- oder Gesamtvollstreckung) in das Vermögen des oder der Schuldner verhindern.

II. Deutsche Moratorien

Die deutschen Moratorien lassen sich in zwei Gruppen unterteilen. Die bis zum Beginn der COVID-19-Pandemie bestehenden Moratorien und die seitdem in Kraft getretenen.

1. Bis 28.02.2020

Sofern in den deutschen Gesetzen nach dem Wort Moratorium gesucht wird, findet sich nur eine Fundstelle: § 46g KWG². Hierbei handelt es sich um die Möglichkeit der Bundesregierung, Maßnahmen zur Sicherstellung der Aufrechterhaltung des Bankbetriebs einzelner Institute anzuordnen. Dazu darf sie

¹ Arne Engels ist Rechtsanwalt/Counsel bei GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Köln, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht, Geldwäschebeauftragter (TüV), zur Zeit auch tätig als International Short-Term Expert für das Projekt pravojustice.eu.

² Kreditwesengesetz (KWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), das zuletzt durch Artikel 4 Absatz 7 des Gesetzes vom 10. Juli 2020 (BGBl. I S. 1633) geändert worden ist.

die Einstellung der Zwangsvollstreckung sowie die Anordnung eines Insolvenzverfahrens für unzulässig erklären.

Häufiger sind dann schon die Moratorien, die sich praktisch aus der Anordnung des vorläufigen Insolvenzverfahrens gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO³ ergeben. Zur Sicherung des Vermögens ordnet das Gericht an, dass schon während des vorläufigen Insolvenzverfahrens Zwangsvollstreckungen unzulässig sind. Damit ist aber bereits ein Insolvenzantrag gestellt und das Moratorium keines mehr im Sinne der hiesigen Überlegungen. Es handelt sich vielmehr um eine vorbereitende Maßnahme, die die Gesamtvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ermöglichen soll.

Auch das in § 130 Abs. 3a, 3b SGB V⁴ niedergelegte Verbot der Preiserhöhungen für Medikamente, landläufig ebenfalls als Moratorium bezeichnet, passt nicht in die Definition.

Damit sind die bis Anfang 2020 geltenden Moratorien benannt. Echte Moratorien außerhalb des Insolvenzverfahrens gibt es damit nur, wenn die Bundesregierung sie im Falle des § 46g KWG anordnet.

2. Seit 01.03.2020

Set dem 01.03.2020 sind weitere Moratorien hinzugekommen. Diese befinden oder befanden sich insbesondere in dem COVInsAG⁵ sowie Art. 240 EGBGB⁶.

³ Insolvenzordnung (InsO) vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist.

⁴ Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (SGB V) (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) geändert worden ist.

⁵ COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 569), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. September 2020 (BGBl. I S. 2016) geändert worden ist. Seit dem Inkrafttreten gab es mehrere auch wesentliche Veränderungen. Diese können im Detail über die Historie der Normen über https://www.buzer.de/COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz_COVInsAG.htm nachverfolgt werden.

⁶ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994

a) COVInsAG

Das COVInsAG hat die Aussetzung der Insolvenzantragspflichten für juristische Personen geregelt. Dabei hat das Gesetz unterschiedliche Geltungsstämme, die auch zu unterschiedlichen Moratorien geführt haben. Zusammenfassend gilt folgendes: Im Zeitraum vom 01.03.2020 bis 30.09.2020 bestand keine Insolvenzantragspflicht für Schuldner in Deutschland. Seit dem 01.10.2020 müssen zahlungsunfähige Schuldner (vgl. § 17 InsO) wieder einen Insolvenzantrag stellen, für überschuldete Schuldner (vgl. § 19 InsO) ist diese Pflicht bis 31.12.2020 weiterhin ausgesetzt. Ab 01.01.2020 sollten dann neue Fassungen der InsO gelten, die die Insolvenzantragspflichten insgesamt neu regelten. Der Gesetzesentwurf hierzu⁷ befindet sich noch in Beratungen der Ausschüsse⁸.

Das COVInsAG soll nach seiner noch in Beratung befindlichen Fassung nur bis zum 31.12.2021 gelten und danach auslaufen.⁹

Gläubiger durften im Zeitraum 28.03.2020 bis 28.06.2020 keine Insolvenzanträge gegen den Schuldner stellen, sofern der Insolvenzgrund nicht schon vorher bestand (§ 3 COVInsAG). Der Anwendungsbereich dieser Norm ist aber ausgelaufen.

b) EGBGB

(BGBI. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Juli 2020 (BGBI. I S. 1643, 1870) geändert worden ist.

⁷ Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), aktuelle Fassung des Regierungsentwurfs abzufragen unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_SanInsFoG.pdf;jsessionid=AB1D38197F61F8A29441CA71DF99320F.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3 (abgerufen am 27.11.2020).

⁸ Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens siehe hier: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP19/2685/268541.html> (abgerufen am 27.11.2020).

⁹ §§ 4, 5 COVInsAG-E in der Fassung des SanInsFoG.

Im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch gab es ebenfalls inzwischen ausgelaufenen Moratorien. So durfte Mietern im Zeitraum 01.04.2020 bis 30.06.2020 trotz Nichtzahlung von Mieten, nicht gekündigt werden, wenn die Nichtzahlung auf Einschränkungen wegen der Pandemie zurückzuführen war. Die Mieten sind bis 30.06.2022 nachzuzahlen (Art. 240 §2 EGBGB).

Sogenannte Klein- und mittlere Unternehmen brauchten gemäß Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB bis 30.06.2020 keine Zahlungen für Dauerschulden zu erbringen. Auch diese Erleichterung ist ausgelaufen.

Zudem brauchten Verbraucher Kredite nicht zurückzahlen, wenn sie dies wegen der Pandemie nicht konnten (Art. 240 § 1 Abs. 1 EGBGB). Diese Erleichterung endete ebenfalls am 30.06.2020.

3. Zwischenergebnis

Damit bestehen nur noch die Erleichterungen nach dem COVInsAG zum jetzigen Zeitpunkt.

III. Ukrainische Moratorien

Auch die ukrainischen Moratorien lassen sich in die Kategorien „vor der Pandemie“ und „seit der Pandemie“ einteilen. Das EU-Projekt PravoJustice hatte sich die Mühe gemacht, die Moratorien einmal zusammenzustellen. Die vollständige Dokumentation (in englischer Sprache und im aktuell vorliegenden Stand) ist im Anschluss an den Bericht angedruckt.

1. Vor der Pandemie erlassene Moratorien

Das bereits 2002 erlassene Gesetz 2864-III¹⁰ verbietet die Vollstreckung in das Eigentum (beweglich und unbeweglich) von Unternehmen im staatlichen Eigentum (sogenannten SOE). Das Gesetz ist ohne Ablaufdatum erlassen.

¹⁰ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2864-14#Text> (abgerufen am 27.11.2020).

Im Februar 2012 wurde mit dem Gesetz 4442-VI¹¹ die staatliche ukrainische Eisenbahngesellschaft nebst ihren Tochtergesellschaften unter ein erweitertes Moratorium gestellt. Dabei wurde insbesondere ein Verkauf der, eine Vollstreckung in die oder eine Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über in den nicht kontrollierten Gebieten vorhandenen Vermögenswerten verboten. Ein Enddatum wurde nicht verfügt.

Im Jahre 2014 wurde die Vollstreckung in Grundeigentum von natürlichen Personen untersagt, sofern dieses Grundeigentum Kredite besicherte, die in Fremdwährungen aufgenommen wurden. Das diese Regelungen beinhaltende Gesetz 1304-VII¹² hätte eigentlich zwölf Monate nach Inkrafttreten des neuen Insolvenzrechts der Ukraine (Gesetz 2597-VIII)¹³ außer Kraft treten sollen. Diese Frist wurde im September 2020 mit Gesetz 895-IX¹⁴ verlängert auf 18 Monate.

Mit dem Gesetz 1414-VIII¹⁵ wurde 2016 ein Moratorium für alle Finanzinstitute erlassen. Dieses soll am 19.10.2022 auslaufen.

In SOE, die im Bereich des Kohle-Abbaus tätig sind, darf seit 2017 auf Basis des Gesetzes 2021-VIII¹⁶ nicht vollstreckt werden. Gleichzeitig dürfen keine Insolvenzverfahren eröffnet werden. Dieses Gesetz ist befristet bis 01.01.2022

Im Jahre 2018 wurde die Liste der Verbote für Insolvenzen mit dem Gesetz 2269-VIII¹⁷ um diejenigen Gesellschaften erweitert, die auf der Liste der Privatisierung stehen. Zudem darf binnen eines Jahres nach Abschluss der Privatisierung kein Insolvenzverfahren eröffnet werden.

¹¹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4442-17#Text> (abgerufen am 27.11.2020).

¹² <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1304-18#Text> (abgerufen am 27.11.2020).

¹³ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#n1755> (abgerufen am 27.11.2020).

¹⁴ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/895-20#n8> (abgerufen 27.11.2020).

¹⁵ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1414-19#Text> (abgerufen am 27.11.2020).

¹⁶ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2021-19#Text> (abgerufen am 27.11.2020).

¹⁷ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2269-19> (abgerufen am 27.11.2020).

Im selben Jahr wurde auch das Gesetz 2508-VII¹⁸ erlassen. Damit sind neue Insolvenzverfahren im Bereich der SOE „UkrOboronProm“ untersagt, ebenso Vollstreckungen in Schulden, die seitens der Unternehmensgruppe gegenüber der Russischen Föderation oder dort registrierten Unternehmen bestehen. Dieses Gesetz hat keine Befristung.

Ebenfalls mit Gesetz aus 2018 wurde die Insolvenz der SOE „Chernomornaftogaz“ bis mindestens 31.12.2022 ausgesetzt (Gesetz 399-IX).¹⁹

Mit Gesetz 145-IX²⁰ wurden 2019 die SOE für die drei Jahre vor Insolvenzen und Vollstreckungen geschützt, die auf die Aufnahme in die Liste der Privatisierungen folgen. Ausgenommen waren nur gesicherte Forderungen. Das Gesetz ist befristet bis 01.10.2022.

Noch im Projektstadium befindet sich das Gesetzesprojekt 2374²¹. Die Beratungen hierzu fanden am 17.11.2020²² statt. Mit diesem Gesetz soll ein grundsätzliches Moratorium in Bezug auf die Unternehmen geschaffen werden, die in den nicht kontrollierten Gebieten der Ukraine ihre Produktionsstätten hatten oder auf diesen Gebieten ihren Geschäften nachgegangen sind.

2. Seit Beginn der Pandemie erlassene Moratorien

Mit dem Gesetz 2276²³ wurden neue Insolvenzen für Unternehmen im staatlichen Eigentum (SOE) und Insolvenzen von Wasser- und Heizunternehmen untersagt. Bei Letzteren aber nur für Schulden, die diese ihrerseits gegenüber Lieferanten elektrischer Energie haben. Ein Ende dieses Moratoriums wurde nicht festgelegt.

¹⁸ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2508-19#Text> (abgerufen am 27.11.2020).

¹⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/399-20#Text> (abgerufen am 27.11.2020).

²⁰ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-ix#Text> (abgerufen am 27.11.2020).

²¹ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67274 (abgerufen am 27.11.2020).

²² <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-IX> (abgerufen am 27.11.2020).

²³ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67107 (abgerufen am 27.11.2020).

Mit dem Gesetz 2390²⁴ sollen die Energielieferanten vor Insolvenzen geschützt werden. Das Gesetz ist noch nicht in Kraft, wird aber auch kein Ende des Moratoriums beinhalten.

Mit dem Gesetz 3322²⁵ wurde ein umfangreiches Moratorium für alle Gesellschaften bis 90 Tage nach dem offiziellen Ende des Lockdowns in der Ukraine geschaffen. Gleichzeitig wurde die Durchführung der bisherigen Insolvenzverfahren suspendiert.

3. Zwischenergebnis

Die Ukraine hat damit Moratorien, die sich in insgesamt vier Gruppen einteilen lassen:

1. Moratorien, die SOE begünstigen
2. Moratorien, die natürliche Personen begünstigen, die Kredite zur Finanzierung von selbstgenutztem Eigentum in Fremdwährungen aufgenommen haben
3. Moratorien, die im Zusammenhang mit den nicht kontrollierten Teilen der Ukraine stehen
4. Moratorien, die im Zusammenhang mit der Pandemie erlassen wurden

IV. Stellungnahme

Die Stellungnahme ist zu unterteilen in die jeweiligen betrachteten Länder.

1. Deutschland

Die Bundesrepublik hat versucht, die Pandemie wirtschaftlich durch verschiedene Maßnahmen zu bekämpfen, die noch im Laufe des Jahres 2020 hätten wieder aufgehoben werden sollen. Ob es hierzu auch in den letzten Schritten wegen des aktuellen zweiten Lockdowns kommen wird, oder die

²⁴ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67300 (abgerufen am 27.11.2020).

²⁵ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68562 (abgerufen am 27.11.2020).

Aufhebung verschoben wird, ist zur Zeit nicht sicher. Eine Verschiebung der Aufhebung birgt jedenfalls die Gefahr, dass die bestehenden Moratorien zu einer Dauerlösung werden. An die schleichende inhaltliche Veränderung des Tatbestandes der Überschuldung (§ 19 InsO) im Zuge des zunächst ebenfalls befristeten (und letztlich entfristeten) Finanzmarktstabilisierungsgesetzes²⁶ sei in diesem Zuge erinnert.

2. Ukraine

Die Problematik mit andauernden Moratorien ist auch der Ukraine bekannt. Themen zu verschieben, statt (unpopuläre oder teure) Lösungen zu finden, ist ein politisches Mittel – zielführend ist es aber nicht. Dennoch steht die Ukraine aber auch vor besonderen Herausforderungen, die in der deutschen Lebenswirklichkeit nicht vorkommen:

a) Moratorien betreffend staatliche Unternehmen (SOE)

Der Schutz der staatseigenen Unternehmen (SOE) ist ein hausgemachtes Problem: Der Zwang Unternehmen der Daseinsfürsorge auch nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion aufrechterhalten zu müssen; aber gleichzeitig nicht die erforderlichen Finanzmittel zum Betrieb bereitzustellen oder bereitstellen zu können, führt dazu, dass eine ständig steigende Verschuldung dieser Unternehmen zwingend ist. Damit wird die Lösung des Weges er Moratorien jährlich wirtschaftlich teurer. Ein weiteres Verschieben bringt also hier keine Entlastung, sondern wird wegen der steigenden Zinslast und des zumeist fortgesetzten (unrentablen) Betriebes weitere Kosten verursachen. Dazu kommt, dass sich die staatlichen Unternehmen auch gegenseitig, im Verbund oder dem Staat Gelder schulden. Dieses Paradoxon aufzulösen ist zwingend

²⁶ Urfassung unter:

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl108s1982.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl108s1982.pdf%27%5D_1606558886356 (abgerufen am 27.11.2020).

notwendig. Im Rahmen meiner Arbeiten für das EU-Projekt Pravojustice hatte ich im Rahmen einer Veranstaltung in Lviv (Ukraine) am 15.10.2020 folgende Möglichkeiten vorgeschlagen:

- Berechnung des zur Aufhebung jeden Moratoriums erforderlichen Betrags (absolut)
- Bestimmung von Verrechnungsmöglichkeiten zur Reduzierung des berechneten Liquiditätsbedarfs
 - bilateral zwischen zwei geschützten Schuldern ($A \Rightarrow B$ und $A \Leftarrow B$)
 - multilateral zwischen Schuldern ($A \Rightarrow B \Rightarrow C [\Rightarrow \dots] \Rightarrow A$)
 - extern mit solventen Unternehmen
- Aufhebung von Moratorien in Einzelfällen zur Ermöglichung einer Privatisierung oder einer geordneten Liquidation (z.B. durch Insolvenz)
- Einschaltung externer Treuhänder zur Verwaltung der für die Abwicklung der Unternehmen erforderlichen Mittel (internationale Treuhänder?)
- Ziel: Finden von Lösungen durch Einzelfälle, die eine Standardisierung ermöglichen.

b) Moratorien betreffend Finanzierungen in Fremdwährungen

Finanzierungen in Fremdwährungen sind stets ein Problem, da Wechselkurse sich erheblich verändern können. Dies ist in der Ukraine in der Vergangenheit geschehen. Die Aufhebung gestaltet sich aktuell aber aus zwei Gründen schwierig:

1. Die betroffenen Privatleute haben zumeist ihr gesamtes Vermögen in die selbstgenutzte Immobilie gesteckt. Eine Zwangsvollstreckung wird die bestehenden sozialen Probleme weiter verschärfen. Es muss also eine Lösung gefunden werden, die diese sozialen Spannungen zumindest mindert. Dabei ist aber auch zu beachten, dass der ukrainische Staat insgesamt weniger Sozialstaat ist, als dies bei uns der Fall ist.

2. Die Kreditgeber haben die Kredite teils in den eigenen Büchern, teils aber auch verkauft. Größter Kreditgeber sind wohl die staatlichen Banken²⁷, aber auch russische Unternehmen. Damit ist eine einheitliche Lösung bei den herrschenden Rahmenbedingungen auch ein Politikum.

c) Moratorien betreffen die nicht kontrollierten Gebiete

Gerade die Situation in den nicht kontrollierten Gebieten der Ukraine braucht besondere Lösungen für die dort registrierten und operierenden Unternehmen. Ob und wie diese aufgelöst werden können, wird sich erst nach einer politischen Lösung zeigen können. Bis dahin ist die Erhaltung des Status quo wirtschaftlich schwierig aber rechtlich unabdingbar.

d) Moratorien betreffend die COVID-19-Pandemie

Die Pandemie ist ein weltweites Phänomen und weltweit wird nach Lösungen gesucht. Hier wird abzuwarten sein, wie der ukrainische Gesetzgeber die Aufhebung der entsprechenden Moratorien vornimmt.

V. Ergebnis

Die in beiden Ländern eingesetzten Moratorien verfolgen das Interesse, eingetretene Probleme des tatsächlichen Lebens einer schnellen juristischen Lösung zugänglich zu machen. Dabei ist diesen Lösungen gemeinsam, dass sie nur für eine Übergangszeit wirken sollen. Die Herausforderung, der sich die Politik zu stellen hat, ist die Aufhebung der Moratorien und der passende Zeitpunkt dafür. Die Aufhebung selbst ist alternativlos. Jedoch hängt vom Zeitpunkt ab, welche Folgen – also auch welche sozialen oder wirtschaftlichen Folgen – eintreten. Beide sind vorher sorgsam zu eruieren. Nur so kann

²⁷ Vortrag Anna Murina auf der UBA-Conference „Bankruptcy“ am 21.10.2020 in Kiew (Ukraine), Aufzeichnung verfügbar unter: <https://youtu.be/JXGaQpOINcg?t=4565> ab Zeitstempel 3:21:01, (abgerufen am 27.11.2020).

entschieden werden, ob eine einfache Aufhebung oder eine stufenweise Aufhebung erfolgen sollen.

VI. Anlage: Liste der Moratorien per 14.10.2020 (Ersteller: EU-Projekt PravoJustice)



ANNEX

MORATORIA ON BANKRUPTCY AND ENFORCEMENT

1. NEW / RECENT MORATORIA INTRODUCED IN LIGHT OF COVID-19 CRISIS

<i>No. / Date</i>	<i>Current Status in Rada</i>	<i>Beneficiary Sector / Companies</i>	<i>Type of Debt Concerned</i>	<i>Moratorium Regime / Comments</i>	<i>Sunset Date / Clause</i>
2276 5 June 2020	Signed by the President	1. SOEs and budget institutions 2. Water and heating companies	All debt Debt owed to energy (electricity) suppliers	- Disallowing new bankruptcy proceedings (including entering restructuring in bankruptcy, declaring debtor bankrupt or opening liquidation proceedings)	1. None 2. Subject to company staying on Debtor Register
2390 20 May 2020	Adopted at first reading	Electricity suppliers - SOE “Energo-rynok”	All debt	- Disallowing new bankruptcy proceedings (including entering restructuring in bankruptcy, declaring debtor bankrupt or opening liquidation proceedings) - Suspension of all open bankruptcy proceedings	None
3322 19 June 2020	Signed by the President	All companies	All debt	- Suspension of all open bankruptcy proceedings - Debtors relieved from obligation to go before court to file for bankruptcy - Dissallowing claims of secured creditors - Creditors cannot initiate bankruptcy during 90-day period after lockdown	During official lockdown and 90 days after it is over

				<p>termination with regard to debtors liability existing from 1 February 2020</p> <ul style="list-style-type: none"> - Remote creditor meetings - Bankruptcy Trustee released from liability for omissions if such omissions occur because of pandemic - Risks and costs of maintenance of debtor's property will be borne by creditors who have decided to postpone sales of liquidation of estate 	
--	--	--	--	---	--

2. MORATORIA IN EXISTENCE BEFORE COVID-19 CRISIS

2864-III (On Moratorium of Forced Sale of SOEs Assets) 5 January 2002	In effect	<p>1. All real property, equipment and equity of SOEs</p> <p>2. All companies where State owns more than 25%</p>	<p>All debt</p> <p>Exceptions:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Salaries and other payments to employees - payments to Pension Fund and Social Insurance Fund 	<ul style="list-style-type: none"> - Disallowing forced sale of real property, equipment and equity of SOEs - Disallowing enforcement on real property, equipment and equity of SOEs 	<p>None</p> <p>Until Rada adopts law which will regulate forced sale of these assets</p>
1414-VIII (On Financial Restructuring) 19 October 2016	In effect	Financial institutions	All debt	<ul style="list-style-type: none"> - Debtors relieved from obligation to satisfy any creditor claims - Disallowing forced sale of debtor's assets - Fines for non-enforcement of obligations are not imposed - Debtor cannot apply for restructuring or relief - Suspension of all open bankruptcy proceedings 	<p>19 October 2022</p> <p>Application period to one company should not exceed 180 days</p>
4442-VI (On Ukrainian Railways)	In effect	SOE Ukrainian Railways Ltd (UkrZaliznitsy	All debt	<ul style="list-style-type: none"> - Disallowing forced sale of assets of UZ subsidiaries of Donetsk and Luhansk regions in respect of which public authorities temporarily do not exercise their jurisdiction 	<p>None</p> <p>Moratorium expires</p>

23 February 2012		a, UZ) and its subsidiaries		<ul style="list-style-type: none"> - Disallowing forced sale of all debtor's property in ongoing bankruptcy proceedings - Disallowing seizure of debtor's property for purpose of enforcing court decision (concerns only debts of UZ subsidiaries of Donetsk and Luhansk regions in respect of which public authorities temporarily do not exercise their jurisdiction) 	under condition if inventory and assessment of assets of company is in place
2269-VIII (On Privatisation of State and Municipal Property) 7 March 2018	In effect	All companies where State owns more than 50%	All debt	<ul style="list-style-type: none"> - Disallowing new bankruptcy proceedings regarding companies which are on privatisation list - Disallowing new bankruptcy proceedings regarding companies that have been privatised 	None During and after one year from privatisation
2021-VIII (On Recovering Solvency of State Coal Mining Enterprises) 24 May 2017	In effect	SOEs in coal mining sector	All debt	<ul style="list-style-type: none"> - Suspension of all pending enforcement proceedings - Disallowing new bankruptcy proceedings 	1 January 2022
2508-VII (On Debt of UkrOboron Prom) 22 August 2018	In effect	SOE UkrOboronProm (UOP) and its subsidiaries	Debt owed to Russian Federation and Russian companies	<ul style="list-style-type: none"> - Suspension of all pending enforcement proceedings - Disallowing new bankruptcy proceedings 	None
399-IX (On Chornomornaftogaz) 29 December 2019	In effect	SOE Chornomornaftogaz	All debt	<ul style="list-style-type: none"> - Suspension of all pending enforcement proceedings - Disallowing new bankruptcy proceedings - Termination of pending bankruptcy proceedings 	31 December 2022
145-IX (On Repeal of Law On SOEs Which	In effect	SOEs where State owns more than 50% of shares,	All debt	<ul style="list-style-type: none"> - Suspension of all pending enforcement proceedings - Disallowing new bankruptcy proceedings 	1 October 2022

May Not Be Subject to Privatisation) 2 October 2019		except UkrOboron Prom			
1304-VII (On Enforcement against Property Provided as Collateral for Foreign Currency Loans) 3 July 2014	In effect	Natural persons	Mortgaged real property for foreign currency loans	- Disallowing enforcement against real property which is subject to moratorium	21 October 2020
3640 (On Enforcement of property provided as collateral of credits in foreign currency) 16 September 2020	Adopted, Presidents proposals incorporated	Natural persons	Mortgaged real property for foreign currency loans	- Extension of moratorium on enforcement of property provided as collateral of credits in foreign currency	18 months from date of entry into effect
2374 (On maintaining solvency of companies acting in temporary occupied territories of Donetsk and Luhansk)	Registered in Parliament in November 2019, reanimated in September 2020	All companies	All debt	- Suspension of enforcement proceedings regarding companies that have had their facilities on occupied territories or conducted their activities on these territories until 14 April 2014 - Disallowing new bankruptcy proceedings against these companies - Termination of pending bankruptcy proceedings	1 January 2022

Фурса Євген Євгенович,
кандидат юридичних наук,
Генеральне
консульство України (м.
Дюссельдорф, Німеччина),
член Німецько-українського
об'єднання юристів

**ПРО ВИЗНАННЯ НОТАРІАЛЬНОЇ ДІЇ, ВЧИНЕНОЇ У
ДИПЛОМАТИЧНОМУ ПРЕДСТАВНИЦТВІ УКРАЇНИ В АВСТРІЇ
НЕДІЙСНОЮ, І НЕ ТІЛЬКИ...**

Постановка проблеми. На жаль, українська правова система залишається не готовою до атак з боку висококваліфікованих іноземних і вітчизняних фахівців, які використовують недоліки в законодавстві та матеріально-технічному, а також інформаційно-технічному забезпеченні дипломатичних та консульських установ і судів України. Однак, не можна вважати, що всі інші державні установи готові до викликів розширення світової міграції населення, застосування норм міжнародного права в Україні, належного сприйняття та тлумачення різних правових ситуацій, в яких так чи інакше задіяний іноземний елемент.

Стан дослідження. Загалом, дослідженням питань охорони і захисту прав громадян за кордоном займалися багато українських^{1, 2, 3, 4} та іноземних^{5, 6, 7, 8} вчених, але в жодній з зазначених робіт не досліджувалося таке вузьке питання, як *посвідчення представником дипломатичного представництва України довіреності іноземного громадянина для її дії на території України*. Автором досліджувалися пов'язані з цим напрямком питання щодо оскарження відмови у вчиненні нотаріальної дії консулом або неправильним її вчиненням⁹, де були проаналізовані роботи інших вчених,

¹ Дипломатична та консульська служба [Текст]: конспект лекцій / Нац. авіац. ун-т; [уклад.] А. Д. Гулієв. - К.: НАУ-друк, 2011. - 79 с.

² Кравченко Н.П. Міжнародно-правовий аспект охорони безспірних цивільних прав у нотаріальній діяльності дипломатичних представництв [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кравченко Наталя Петрівна ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. - К., 2013. - 19 с.

³ Святун О.В. Захист прав та інтересів громадян в практиці органів зовнішніх зносин України [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Святун Олександр Володимирович ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. - К., 2011. - 225 арк.

⁴ Єделев Р. С. Поняття та способи закріплення процедури здійснення делегованого консульського захисту / Р. С. Єделев // Вісник Академії адвокатури України. - 2010. - Число 2. - С. 115-119.

⁵ Polski konsulat we Lwowie 1987 - 2012 [Text] / [zebr. i oprac. Marcin Zienierwicz; współpr. Anna Kulikowska]. - Łódź: Test, 2012. - 360 s.

⁶ Соловьев Э.Я. Основы консульского права [Текст] : учеб. пособие / Э. Я. Соловьев. - М.: Ось-89, 2005. - 159 с.

⁷ Лапин Г.Э. Консульская служба [Текст]: учеб. пособие / Г. Э. Лапин; Дипломатическая академия МИД России. Кафедра дипломатической и консульской службы. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Международные отношения, 2005. - 238 с.

⁸ Плотникова О.В. Консульские отношения и консульское право [Текст]: учеб. для студ. вузов, обучающихся по спец. "Международные отношения" и "Международное право" / О. В. Плотникова. - М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА.М, 1999. - 201 с.

⁹ Фурса Є.С. Предмет оскарження діяльності або бездіяльності консулів при вчиненні нотаріальних дій: актуальні питання // Право України.2020. № 9. С.

присвячені цій тематиці¹⁰, ¹¹. Тому акцент буде ставитися саме на неправомірності дій уповноваженої на вчинення нотаріальних дій в дипломатичному представництві особі, а також сучасних тенденціях в правовій системі України, зокрема, у судовій системі та висвітленні цих питань в засобах масової інформації.

Так, передумовою для написання цього матеріалу стала стаття відомого в Україні журналіста Юрія Котнюка «Консульське пособництво шахраям»¹², з назви якої випливає, що консули сприяють шахраям, отже стають співучасниками шахрайства і, відповідно, мають розцінюватися як злочинці. Базою для висновків цього автора стало Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 20 липня 2020 року в справі № 640/7655/20¹³. Цілком зрозуміло, що журналісти можуть в «пошуку» сильних, на їх погляд, і гучних справ значною мірою перебільшувати явище, яке мало місце. Але це не привід огульно звинувачувати всіх представників закордонних дипломатичних представництв у пособництві шахрайству.

По-перше, у названій статті йдеться про консульське пособництво шахрайству, але вчинена нотаріальна дія, законність якої ставилася під сумнів, була вчинена у дипломатичному представництві в Австрії. В рішенні Окружного адміністративного суду міста Києва йдеться про

¹⁰ Грінченко О.О. Особливості правового статусу консула при виконанні нотаріальної функції: міжнародно-правовий аспект [Текст] : дис... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Грінченко Олена Олексіївна ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. - К., 2005. - 208 с.

Доценка О.П. Оскарження відмови консула у вчиненні нотаріальної дій або її неправильного вчинення. / Цивілістична процесуальна думка №4/2-17. –С. 35-38.

¹¹ Доценка О.П. Оскарження відмови консула у вчиненні нотаріальної дій або її неправильного вчинення. / Цивілістична процесуальна думка №4/2-17. –С. 35-38.

¹² Котнюк Ю. Консульське пособництво шахраям. / Юридичний вісник України. <https://yvu.com.ua/konsulske-posobnytstvo-shahrayam/> .

¹³ Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 20 липня 2020 року в справі № 640/7655/20. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90517565> .

третього секретаря Посольства України в республіці Австрія Щикотовську О. М. та не зазначено, що вона є консулом. Отже, це перша «неточність», оскільки в назві статті не повинно застосовуватися слово «консульське».

По-друге, така гучна назва статті не відповідає змісту рішення Окружного адміністративного суду міста Києва, який не розглядав шахрайство і в рішенні нічого не сказано про кваліфікацію дій будь-якої особи як про кримінальний злочин. Отже, це вже не перебільшення, а некомпетентність журналіста. В рішенні суду основний акцент поставлений на тому, що уповноважена особа дипломатичного представництва не мала права вчиняти нотаріальну дію за зверненням представника іноземної юридичної особи. Але, на нашу думку, це не правильна констатація обмеження повноважень на вчинення консульських (нотаріальних) дій, яка не знайшла свого обґрунтування в рішенні суду. Так, судом перерахована значна кількість нормативних актів і зроблено висновок: «Тобто, нормами чинного законодавства, яке є спеціальним для застосування до спірних правовідносин, передбачено, що консул забезпечує реалізацію наданих законодавством прав *саме громадян та юридичних осіб України*». Але у перерахованих судом нормативних актах відсутні імперативні норми щодо заборони вчинення консулом нотаріальних дій в інтересах іноземних суб'єктів, як фізичних, так і юридичних осіб.

По-третє, в Рішенні суд зробив висновки, які взаємно виключають один одного. Суд ухвалив рішення; «Довіреність... визнати недійсною, але «в іншій частині адміністративного позову відмовити». Виходить, що правопорушення мало місце і довіреність, посвідчена третім секретарем Посольства, є незаконною, але ніхто в цьому не винен. Із аналізу такої «схем» можна зробити висновок, що відчужене на підставі довіреності майно, мабуть, повернеться у власність попереднього власника, а постраждає лише новий власник, який його придбав на підставі посвідченої довіреності. Чудова «схема», але в такій ситуації відчувається не

«консульське пособництво шахряям», а суддівське, що не складно довести. Так, з рішення випливає: «При цьому, на думку представника відповідача, визнання протиправним та скасування нотаріальної дії Посольства України в Республіці Австрія щодо посвідчення довіреності від 19 березня 2015 року, термін дії якої закінчився, не дозволить ефективно захистити та відновити права позивача, а тому не відповідає завданням адміністративного судочинства». Отже, із цього висновку суду можна зробити висновок, що визнання довіреності і нотаріальних дій з її посвідчення недійсними не відновить прав «постраждалої» особи.

Більше того, така «схема» через визнання незаконними дій третього секретаря Посольства України в республіці Австрія має метою обійти строк позовної давності в три роки, оскільки в рішенні фіксується незаконність дій і, одночасно, визнання довіреності недійсною. Проте до участі в справі не залучені ті особи, які є новими власниками майна, оскільки вони не брали участі в її посвідченні. Але ж право на розпорядження власністю на підставі довіреності було реалізоване. Отже, і спір набуває іншого змісту, оскільки необхідно залучати до участі у справі й інших осіб, права яких будуть порушені на підставі скасування довіреності. По-суті, спір набуватиме господарського, а не адміністративного характеру, оскільки його сутність зводиться до повернення майна у власність попереднього власника, а не формальна претензія до діяльності уповноваженої особи дипломатичного представництва. Саме такий поворот справи й намагалися застерегти заінтересовані особи, звертаючись до адміністративного суду.

Тому слід погодитися з правовою позицією Міністерства закордонних справ України (надалі- Міністерство), яке обмежене у праві заявляти у справі про вплив позовної давності (ч. 3 ст. 267 ЦК України) за посвідченими в довіреності матеріальним повноваженням, оскільки воно і уповноважені ним особи не були стороною матеріальних відносин і право

вимоги позивача до Міністерства стосується лише питання про незаконність дій уповноваженої ним посадової особи.

Але кодексом адміністративного судочинства передбачені строки звернення до суду і максимальний строк складає шість місяців (ст. 122 КАСУ), тому вимога позивача щодо незаконності посвідченої 19 березня 2015 року довіреності могла бути заявлена лише до 2016 року, а не у 2020 році. На цьому, на нашу думку, можна було б поставити крапку в аналізі рішення суду на предмет його законності.

В той же час, наведений аналіз однієї зі справ адміністративного судочинства разом з публікацією в засобах масової інформації, яка лише надає гучності проаналізованому нами рішенню, свідчить про безадресність інформації і намагання «перевести» відповідальність з однієї посадової особи на іншу. Автор не намагається захистити «честь мундиру», оскільки працює у консульській службі Міністерства закордонних справ України, а хоче розібратися в фабулі цієї справи та об'єктивно проаналізувати, ті проблемні питання, які стосуються судового вирішення цієї справи в межах визначених «координат» - сучасного законодавства України, до якого входять не тільки згадані в рішенні суду нормативні акти, а й міжнародні.

Так, формальне право на звернення іноземця (фізичної та юридичної особи) до дипломатичного представництва або консульської установи України за кордоном слід, на нашу думку, шукати в правовій підставі діяльності дипломатичного представництва України в Австрійській Республіці. Згідно Протоколу про встановлення дипломатичних відносин між Україною і Австрійською Республікою, що датований 24.01.1992 роком, правові основи його діяльності конкретно не зафіксовані¹⁴, тому має застосовуватися Віденська конвенція про дипломатичні зносини¹⁵. В ч. 2 ст.

¹⁴ Протокол про встановлення дипломатичних відносин між Україною і Австрійською Республікою https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/040_002#Text.

¹⁵ Віденська конвенція про дипломатичні зносини

З цієї Конвенції встановлено, що дипломатичне представництво, безумовно, виконує й консульські функції. Отже, це положення зумовлює, що відносини між дипломатичним представництвом та особами, які до нього звертаються за вчиненням нотаріальної дії з посвідчення довіреності, регламентуються Віденською конвенцією про консульські зносини¹⁶, яка встановлює повноваження консульських установ, зокрема, з вчинення нотаріальних дій.

Буквальний аналіз положень статті 5 останньої Конвенції надає нам можливість сприймати діяльність консульської установи в певному спрямуванні, а саме: викладемо, буквально, українською мовою і порівняємо декілька пунктів цієї норми:

e) надання допомоги і сприяння громадянам (фізичним і юридичним особам) *держави, що представляється;*

f) виконання *обов'язків нотаріусів*, реєстратора актів громадянського стану та інших подібних обов'язків, а також виконання деяких функцій адміністративного характеру, *за умови, що в цьому випадку ніщо не суперечитиме законам і правилам держави перебування;*

g) охорона інтересів громадян (фізичних и юридичних осіб) держави, що представляється у випадку спадковості "mortis causa" на території держави перебування у відповідності до законів і правил держави перебування ...;

Як не важко помітити з буквального аналізу п. f) ст. 5 Віденської конвенції про консульські зносини консул України на території іноземної держави виконує функції нотаріуса. До такого сприйняття функції консула спонукає відсутність будь-яких застережень, що його діяльність

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_048?find=1&text=%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%83%D0%BB%D1%8C#w1_1 .

¹⁶ Віденська конвенція про консульські зносини

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_047?find=1&text=%D0%BD%D0%BE%D1%82%D0%B0%D1%80#w1_1 .

обмежується виключно зверненнями громадян (фізичних и юридичних осіб) держави, яка представляється, як це зроблено в інших пунктах ст. 5.

Як бачимо, у даній нормі Віденської конвенції має місце застереження щодо повноважень консула-нотаріуса при виконанні ним обов'язку з вчинення нотаріальної дії, щоб *«ніщо не суперечило законам і правилам держави перебування»*.

Отже, звернення іноземного громадянина, а саме: громадянина Ізраїлю на території Австрійської Республіки за вчиненням нотаріальної відбувалося, фактично, до консула і він не мав будь-яких обмежень і заборон на посвідчення довіреності, *яка мала діяти на території України*, а не на території Австрійської республіки. Якби посвідчення довіреності посадовою особою дипломатичного представництва суперечило законодавству Австрійської республіки, то позов мав би пред'являтися до суду цієї країни. *Отже, посвідчення консулом України довіреності від імені іноземного громадянина на території Австрії не заборонене і не суперечить інтересам цієї країни.*

В той же час, положення законодавства України не тільки прямо не заперечують можливість консула України вчиняти нотаріальні дії щодо іноземців, а навпаки (у даному випадку) суперечили б Віденській конвенції про консульські зносини, духу права та інтересам суспільства. Крім того, при визнанні обмеження прав іноземних суб'єктів (фізичних та юридичних осіб) на реалізацію своїх інтересів в Україні ми поставимо під сумнів політику держави на євроінтеграцію і будемо наполягати на власній ізоляції, закриватимемо шляхи до інвестування в Україну. Тому варто визнати, що українські дипломатичні установи, насамперед, спрямовують свою діяльність на охорону і захист прав та інтересів власних громадян, *але й сприяють охороні і захисту прав інтересів громадян іноземних держав в Україні шляхом вчинення нотаріальних дій*. Наведені ж в рішенні Окружного адміністративного суду міста Києва нормативні акти в жодній

мірі не встановлюють заборону консульським установам України і їх посадовим особам вчиняти нотаріальні дії щодо прав та інтересів іноземних громадян та юридичних осіб, зокрема, на території України.

Щодо можливості іноземного громадянина, який на законних підставах перебуває в Україні, звертатися до нотаріуса України, це положення так само не викликає заперечень відповідно до ст. 26 Конституції України. Якщо розглянути консульську установу як таку, що надає нотаріальні послуги за кордоном, то аналогія з державною нотаріальною конторою буде доречна, тому складно уявити, що державний нотаріус відмовлятиме в наданні нотаріальних послуг іноземному громадянину, який на законних підставах перебуває на території України. З цього положення випливає, що і до консулів України за кордоном за вчиненням нотаріальних дій можуть звертатися іноземні громадяни і це положення вважається доведеним.

Буквально проаналізуємо частину Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва щодо: «Заявлені позовні вимоги обґрунтовані тим, що нотаріальні дії Посольства України в Республіці Австрія щодо посвідчення довіреності від імені юридичної особи нерезидента України є незаконними та такими, що не породжують юридичних наслідків та підлягають скасуванню».

Не маючи відомостей про те, що слугувало безпосередньою підставою для кваліфікації юридичної особи такою, що не є резидентом України, а також які документи були надані для підтвердження повноважень представника юридичної особи, не будемо ці обставини докладно коментувати. Але в той же час, слід звернути увагу на деяку «некоректність» рішення суду, оскільки у вступній частині рішення суд позивача зазначив, буквально, так: «Alpha Commerce Brands GmbH (Альфа Коммерс Брендз ГМБХ) (вул. Горлівська, 124/4, Київ, 02091), а у резолютивній частині рішення (Альфа Коммерс Брендз ГМБХ) (FN 315480 t, Thimiggasse 66, Wien,

1180), тобто юридичні адреси однієї й тієї ж самої юридичної особи не збігаються і це факт.

Отже, проблемне питання полягає в тому, що іноземний громадянин має потенційні можливості бути не тільки представником іноземної юридичної особи, яка має власність в Україні, а й одночасно бути власником майна (його частини), яке знаходиться на території України. Отже, рішення Окружного адміністративного суду міста Києва входить в суперечність з державною політикою України, яку озвучив Президент України, коли запрошував іноземних інвесторів і обіцяв всіляке сприяння в розвитку їх бізнесу. Тому рішення Окружного адміністративного суду міста Києва несе в собі політичну загрозу, оскільки відлякуватиме потенційних інвесторів, зокрема, й тим, що через п'ять років у нашій державі можуть бути переглянуті нотаріально посвідчені документи. Таке рішення суду разом з гучними публікаціями на цю тему наносить істотний удар не тільки по стабільності нотаріально посвідчених актів, а й по доказовій силі права власності на будь-які об'єкти в Україні, включаючи, нерухомість, підприємства тощо. При цьому, не зважаючи на те, що в справі задіяний іноземний елемент, справа набуває міжнародного звучання, вона розглядається судом за правилами спрощеного провадження...?

Отже, така судова «схема» визнання недійсними довіреностей, статутних документів тощо може в наступному набути широкого застосування в судовій практиці, але сам факт ухвалення судового рішення про визнання довіреності недійсною, який був закамуфльований під визнання протиправними та скасування нотаріальних дій, не породить юридичних наслідків, оскільки таке рішення не можна безпосередньо реалізувати в примусовому порядку через те, що воно нікого ні до чого, реально, не зобов'язує. Його можна визнати лише першим кроком у «боротьбі» за власність «Alpha Commerce Brands GmbH», який необхідно буде реалізовувати шляхом пред'явлення претензій (позовів) до реального

власника майна і відповідне рішення суду набуде ознак доказу незаконності договору, але не підставою переводу права власності на майно. Тому підстав для хвилювання в потенційних інвесторів небагато – розглядуване рішення суду не призводить до втрати власності!

В той же час, оскарження дій третього секретаря Посольства України в республіці Австрія і визнання Окружним адміністративним судом міста Києва вчиненої нотаріальної дії щодо іноземця незаконною – це реальний удар по повноваженнях консулів і правам та інтересам іноземних громадян та юридичних осіб, оскільки розголос щодо такого рішення миттєво поширився серед працівників консульських установ і тепер навряд чи хтось з них буде вчиняти такі нотаріальні дії. Але ж така допомога іноземним фізичним та юридичним особам шляхом посвідчення довіреностей та вчинення інших нотаріальних є об'єктивно необхідною.

Тому розглянемо це питання методом від супротивного. Чи може іноземний громадянин управляти своєю власністю або іншими інтересами та правами в Україні, перебуваючи за кордоном. Так, він має право посвідчити довіреність в будь-якого іноземного нотаріуса *або консула України* і передати її на Україну, але вона має пройти консульську легалізацію повну або спрощену. Україна та Австрійська республіка приєдналися до Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів¹⁷. Але автор одразу хоче застерегти що назва цієї Конвенції не відповідає її змісту, оскільки «апостилювання» це спрощений вид легалізації, а не скасування умов легалізації взагалі, про що вже зазначали деякі автори¹⁸. Якщо ж іноземний громадянин звернеться безпосередньо до консульської установи України в іноземній державі, то

¹⁷ Конвенція, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_082#Text.

¹⁸ Гуть Н.Ю. посвідчення нотаріусами документів для дії за кордоном та їх визнання // Автореф. канд. юрид наук (12.00.02) К.,2014. С.6,12.

наступна консульська легалізація не потрібна. Отже, дане положення, об'єктивно, прискорює реалізацію його прав на території України. Припустимо, що іноземний громадянин має право на спадщину, що відкрилася на території України, то йому потрібно передати заяву про прийняття спадщини за місцем відкриття спадкової справи, а потім реалізувати свої права спадкоємця особисто або передати повноваження на її прийняття іншій особі на підставі довіреності. Виникає риторичне питання, а навіщо створювати перешкоди іноземцям, які мають намір реалізувати свої права та інтереси в Україні, адже значна частина з таких іноземців – це вихідці з України? Тому варто сприяти їм у зв'язках з Україною і доводити, що Батьківщина піклується про їх інтереси і сприяє їм в реалізації їхніх прав.

Таким чином, автор вважає, що надання нотаріальних послуг в консульських установах України за кордоном має розвиватися відповідно до потреб громадян України, які не завжди з власної волі опинилися за кордоном, а також іноземним громадянам, які бажають підтримувати зв'язки в нашій державі, а також реалізувати свої інтереси в Україні.

Але тут має місце також істотна проблема, яка виникає у діяльності консульських установ, яка пов'язана з доступом до відповідних реєстрів, зокрема, до Спадкового реєстру, Реєстру довіреностей тощо. Якщо ж надавати такий доступ консулам і вимагати вчинення ними нотаріальних дій відповідно до встановленої нотаріальної процедури, то це вимагатиме від останніх більших зусиль і витрат часу, а це має призвести до збільшення кількості персоналу консульських установ, що неминуче потягне збільшення фінансування таких установ... В той же час, консульські установи в результаті своєї діяльності приносять дохід в державний бюджет, а при запровадженні додаткових консульських послуг такий дохід збільшуватиметься... Однак, підготовка консульських працівників при їх ротатії має включати певні навчальні курси з підготовки консулів до

виконання ними обов'язків нотаріуса, тобто вчинення нотаріальних дій, оскільки така діяльність вимагає глибоких знань в галузі права зокрема, не тільки національного, а й міжнародного та іноземного. Наділення консулів повноваженнями по роботі з електронними реєстрами щодо вчинення нотаріальних дій потягне збільшення часу на їх підготовку та більших фінансових витрат. Все це цілком зрозуміло, але як позитивні моменти, так і певні ризики у консульській діяльності мають об'єктивно зважуватися перед запровадженням того чи іншого заходу.

Однак, не варто забувати й про те, що держава, згідно п. f) ст. 5 Віденської конвенції про консульські зносини, взяла на себе безумовне зобов'язання забезпечувати виконання обов'язків нотаріусів і, звернемо увагу, реєстраторів актів громадянського стану тощо. А виконання таких повноважень, у сучасних умовах, потребує доступу уповноважених представників консульських установ до реєстрів з метою перевірки достовірності наданих громадянами відомостей та документів, а також необхідності безпосереднього внесення відомостей до реєстрів, а не передачі зареєстрованих нотаріальних актів через Міністерство закордонних справ. Ще гіршою ситуацією є випадки, коли наприклад, при посвідченні заповіту заява про внесення відомостей до Спадкового реєстру про посвідчення консулом заповіту дається на руки самому заповідачу.

Тому автор вважає, що після проаналізованого рішення Окружного адміністративного суду міста Києва мають бути внесені зміни до відповідного законодавства на щодо суб'єктного складу осіб, які можуть звертатися до консула за вчиненням нотаріальних дій зокрема, іноземних фізичних та юридичних осіб країни перебування консула, громадян третьої держави, які перебувають (проживають), знаходяться у державі перебування консула, зокрема, й щодо майна, яке знаходиться в Україні, їхніх прав, обов'язків, інтересів щодо нього. І це не зважаючи на те, що в рішенні Окружного адміністративного суду міста Києва не наведено жодної

норми, яка б прямо забороняла або опосередковано не рекомендувала консулам вчиняти нотаріальні дії щодо іноземців. Така судова практика вже сьогодні негативно сприймається фахівцями, оскільки кожен з них може потенційно опинитися на місці третього секретаря Посольства, яка стала «без вини винувата».

В той же час, помилки в діяльності консульських установ України за кордоном можуть мати місце, але для їх застереження варто посилити вимоги до кандидатів на посаду консула з вчинення нотаріальних дій та конкретизувати їх повноваження з урахуванням вимог законодавства країни перебування, про що автором неодноразово наголошувалось¹⁹. Розглядувана ж нами справа лише зайве підтвердження наявності проблем в діяльності консульських установ за кордоном, які поступово мають вирішуватися на законодавчому рівні.

¹⁹ Фурса С.Є. Вчинення консулом нотаріальних дій щодо спадкування майна // Автореф. канд. юрид. наук (12.00.03). К, 2015. 19с.

Фурса Світлана Ярославівна,

доктор юридичних наук, професор кафедри нотаріального,

виконавчого

процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою,

заслужений юрист України.

Фурса Євген Іванович,

кандидат юридичних наук, професор кафедри міжнародного,

цивільного та комерційного права Київського національного торговельно-

економічного університету

ПОГЛЯД ВЧЕНИХ-ОЧЕВИДЦІВ НА СУЧАСНЕ УКРАЇНСЬКЕ ПРАВО І ЙОГО ПЕРСПЕКТИВИ

Як кожній професійній людині дуже би хотілося пишатися тими здобутками нашої держави, до яких ти маєш відношення як громадян, який зробив правильний вибір і обрав достойне керівництво державою, так і вчений, який приклав багато зусиль до створення надійної та ефективної правової системи. Однак, будучи реальними науковцями, які займаються проблемами нотаріального, виконавчого і цивільного процесів, а також деякою мірою проблемами цивільного, зокрема, спадкового та сімейного права, доводиться не рапортувати і пропагувати ті досягнення, які Україна отримала за останні роки у цих галузях, а про реальні речі, що відбуваються в державі і до яких ми як вчені маємо певне відношення.

Сьогодні у нашій державі йдеться про необхідність розроблення *Стратегічного плану законопроектної роботи Верховної Ради України* і визначення у ньому першочергових законопроектів, які мають, насамперед, бути прийняті та передбачати провідні концепції розвитку держави. Так, заступник Голови Верховної Ради України на перше місце в законопроектній роботі ставить внесення змін до Конституції України,

потім визначає необхідність реформатування Цивільного кодексу, Кримінального кодексу, Кодексу про адміністративні правопорушення і Кодексу про адміністративні делікти¹. Але така стратегічна мета нині лише сформована, а от щодо тактики її реалізації, то практика вже нині, не говорячи про перспективу, свідчить про протилежне.

На жаль, **сучасне українське право** відрізняється хаотичним і непрогнозованим рухом, оскільки важко назвати розвитком ті кардинальні зміни, які мають місце в нашій правовій системі. Під словом «розвиток» завжди розуміють позитивні, прогресивні зміни і хоча розвиток не завжди починається з поліпшення якості життя населення, але він повинен мати близькі і далекі перспективи або хоч якісь результати, що дозволять говорити про правильно обраний шлях, а не блукання у темряві. Коли ж Програми розвитку України на близькі і далекі перспективи не має, то стає очевидним пuste перетасовування законопроектів, прийняття важливих законів, але в такому змісті, що вони не будуть виконуватися і мати спланованих результатів. Прикладом такого «перетасування» нормативних актів є нині питання про необхідність включення до Цивільного кодексу України окремої книги «Сімейне право». 11 листопада 2020р. у Національній асоціації адвокатів України відбулось фахове обговорення вченими та адвокатами данного питання.² Погоджуємось із думкою більшості учасників обговорення та вважаємо такий крок не продуманим та недоцільним і ось чому. Попередній Кодекс законів про шлюб та сім'ю УРСР був введений у дію **20.06.1969 № 2006-VII** та діяв як **самостійний нормативний акт до 10.11.2002 року, тобто до вступу у дію Сімейного кодексу України. Загалом кодекс, які регламентує сімейні відносини як**

¹ Рощенко О. Стефанчук оголосив новації для Ради і план на найближчий час / Українська правда <https://www.pravda.com.ua/news/2020/02/3/7239236/> .

² Серед адвокатів та науковців домінує думка про необхідність збереження Сімейного кодексу України як окремого законодавчого акту // <http://unba.org.ua> .

самостійний нормативний акт фактично діє 51 рік . Остання редакція Сімейного кодексу України як самостійного нормативного акту, заслуговує на увагу та відповідає як інтересам українського народу, так і міжнародним стандартам, але суспільні відносини, зокрема, сімейні постійно змінюються, тому потребується лише вдосконалення певних норм Сімейного кодексу України та узгодження його із Цивільним кодексом України, бо включення його у останній нормативний акт ніяких істотних змін не зазнає а навпаки зробить цей акт громіздким. Заслуговує на увагу той титанічний труд, який приклали у свій час українські вчені Ромовська З.В. Шевченко Я.М., та ін. до розробки Сімейного кодексу України, а головне виокремлення предмету, методу, суб'єктів, правовідносин на принципів даної галузі правової науки, які є специфічними порівняно із цивільним правом. Тому виникає риторичне питання, а для чого це робити? ... Навпаки, треба вченим та практиками прикладати максимум зусиль на вдосконалення норм Сімейного кодексу України, враховуючи при цьому практику ЄСПЛ та регламенти ЄС. Автори знайомі із багатьма сімейними кодексами інших зарубіжних країн і український кодекс сімейного права їм не уступає по систематизації та наповненості нормами, які, у більшості випадків, повно регламентують ті чи інші питання.

Тому в світлі теми даного симпозіуму «Реформи українського законодавства: сучасний розвиток» наведемо ще декілька прикладів, які можуть бути певною мірою дисонансом на фоні інших виступів, але вони нададуть більше барв про перспективи нашої держави у реформування нашого українського законодавства, ніж просте перераховування їх кількості.

Так, колишній Президент України Петро Порошенко нарахував у власний здобуток 144 реформи, але фахівці прекрасно розуміють, що впровадження такої кількості реформ навіть в п'ять років неможливе або, *наприклад*, такі реформи пов'язуються із внесенням дрібних змін до

законодавства без розробки стратегії та тактики таких змін і узгодження між собою певних нормативних актів, які мають до даних питань безпосереднє відношення.

На скільки нашу державу наблизило закріплення в Конституції України положення про європейський та євроатлантичний курс держави, *якщо зміни до законодавства вносяться дуже швидко, але безсистемно і майже нічого не робиться для реалізації таких змін.*

Так, в ст. 1 Конституції України вже встановлено, що Україна *є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава.* Але давайте це питання більш докладно проаналізуємо шляхом звернення до Житлового кодексу УРСР (надалі-ЖК УРСР), який введений в дію ще Постановою Верховної Ради Української радянської соціалістичної республіки від 01.01.1984р.³ (нині лише існує проєкт Житлового кодексу України 01.04.2008 № 2307)⁴. Так, у Преамбулі ЖК УРСР зазначено ; *«Втілюючи в життя ленінські ідеї побудови комуністичного суспільства і здійснюючи курс на підвищення матеріального та культурного рівня життя народу, Радянська держава послідовно реалізує розроблену Комуністичною партією програму житлового будівництва.»*⁵. Отже, чи вступить Україна до Євросоюзу та Євроатлантичного альянсу з такими гаслами, якщо в нашій країні до сих пір будується комунізм і наведена цитата, взята з *чинного* Житлового кодексу Української РСР (надалі – ЖК УРСР), має місце і нині у чинному нормативному акті суверенної і незалежної, правової держави.

Тобто до сих пір Україна в Житловому кодексі УРСР йменується як радянська соціалістична республіка в складі Радянського союзу і це через

³ Постанова Верховної Ради Української радянської соціалістичної республіки від 01.01.1984р. «Про введення в дію Житлового кодексу Української РСР //

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5465-10#Text> .

⁴ Проєкт Житлового кодексу України від 01.04.2008 № 2307 //<https://ips.ligazakon.net/document/JF1S300A> .

⁵ Житловий кодекс Української РСР// [https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/5464-10#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5464-10#Text) .

тридцять років після проголошення її незалежності, абсолютної зміни курсу розвитку держави. Отже, зазначене вище положення ЖК УРСР ставить під сумнів суверенність і незалежність нашої держави, яка про це заявляє, але в офіційних документах, що регламентують життя суспільства, існують й такі факти.

Тепер розглянемо це ж положення під іншим кутом зору. Існує Закон України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки»⁶, положення якого прямо суперечать наведеній Преамбулі ЖК УРСР. Отже, один нормативний акт суперечить іншому та на це ні хто не звертає уваги, але ж закони є обов'язковими до виконання...

Тому думаємо, що коментарі тут зайві, але висновок очевидний, *що при розробці проекту Стратегічного плану законопроектної роботи Верховної Ради України системний аналіз сучасного законодавства на предмет його реформування не проводиться.*

Під системним аналізом законодавства мається на увазі необхідність визначення тих нормативних актів, які суперечать іншим, тому до них мають бути першочергово внесені зміни, що зумовлює необхідність їх удосконалення та узгодження між собою. Має бути сформований перелік функціональних законодавчих актів, які регламентують діяльність тих чи інших державних органів, діяльність яких потребує реформування в стислі строки, оскільки від наслідків їх діяльності залежать питання державного значення.

У науці вся інформація систематизується за галузями, досліджується вченими, потім диференціюється за більш вузькими напрямками і ці

⁶ Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки. Закон України від 9 квітня 2015 року № 317-VIII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/317-19#Text> .

напрями досліджують іншими науковцями, а потім їх дослідження інтегруються в загальну скарбничку – інтелектуальний потенціал і цей науковий досвід передається в економіку, виробництво, навчальні заклади тощо. Коли ж законодавство в Україні формується непрофесіоналами, які намагаються швидкими темпами заробити собі прихильність виборців, то й виникають «на швидку» зроблені законопроекти, які не проходять достатнього обговорення, конструктивно-критичної оцінки фахівцями і потім приймаються Верховною Радою, де так само поспіхом вносяться правки до законопроекту, які можуть змінювати зміст і спрямованість самої ідеї законопроекту.

Скільки за тридцять років існування української держави було створено законів, переформатовано кодексів, внесено поправок, проголошено і відзвітовано про реформування правової системи, але концептуальні проблеми законодавства залишаються і нині. Правова система України лише поверхнево «очищається» і демонструються успіхи - прийняття величезної кількості нормативних актів. Скільки раз в нашій державі проводили реформу судочинства, а тепер знову будуть проводити нову. Доходить до повного абсурду, коли в державі паралельно існують два Верховних суди. Коли через невдоволення рішенням Конституційного Суду України збираються розпустити його склад, то тут коментарі знов таки зайві⁷...

Це тільки *глобальні проблеми* законотворення в Україні, які переліченими фактами не вичерпуються. Наведемо приклад власної участі в публічному обговоренні законопроекту «Про нотаріат». Так, на обговорення висувалося, якщо не помиляємося 7 законопроектів, цілком зрозуміло, що фахівці намагалися висловити свої міркування щодо поліпшення їх концепцій та змісту конкретних норм, але кожен

⁷ Розпуск КСУ- крок до можливого правового колапсу// <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/3127102-rozpusk-ksu-za-krok-do-mozlivogo-pravovogo-kolapsu.html> .

законопроект після критичних зауважень зникав і з'являвся, абсолютно, новий законопроект із власними недоліками. Отже, фахівці дарма втрачали час, оскільки як розробники, так і ті, хто брав участь у його обговоренні та аналізі не отримали позитивного результату – вдосконаленого і виваженого Закону. Дотепер в Україні діє Закон «Про нотаріат» без концептуального його перегляду, а до його змісту вносять фрагментарні зміни. Але ж він об'єктивно застарів, оскільки у 2004 році були введені в дію нові базові матеріальні нормативні акти, а саме: Цивільний, Сімейний та інші кодекси і закони. А це вимагає концептуального перегляду порядку діяльності нотаріусів на законодавчому рівні.

На жаль, в Україні не цінується кропітка наукова та законотворча робота, а робляться спроби поспіхом все реформувати і публічно відзвітувати. Тут можна позаздрити нашим західним партнерам, які з обережністю і шаную відносяться до власного законодавства, цінують і бережуть традиції власних народів, тому не поспішають концептуально переформатовувати цивільне, сімейне законодавство тощо. За наявними в Україні відомостями положення цивільного законодавства у Франції беруть витоки з кодексу Наполеона, а у Німеччині істотно воно не переглядалося приблизно з 1901 року, що є свідченням сталості законодавства у цих країнах.

Очевидно, що українська влада сприймає реформу як прийняття чергового закону або іншого нормативного акту. Але це не реформа, оскільки прийняття будь-якого важливого нормативного акту має бути виваженим та після його впровадження в дію мають проводитися спостереження за його виконанням і застосуванням, виявлення і усунення його недоліків та паралельно аналіз позитивних і негативних результатів від його впровадження. Зокрема, в нашій країні створена система органів для боротьби з корупцією у вищих ешелонах влади, але реальних результатів жоден орган не дає. Тут проблема в законодавстві чи у виконанні

уповноваженими особами своїх обов'язків? Чи потрібно створювати додатковий орган, який з самого верху спостерігатиме за виконанням законодавства та діяльністю, зокрема, Національного агентства з питань запобігання корупції, Національного антикорупційного бюро (надалі НАБУ), Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, Вищого антикорупційного суду. Доходить до того, що голову НАБУ засуджують за корупційне правопорушення, а він залишається на посаді. Як пояснити такий факт громадянам – недоліками у законодавстві чи відсутністю державної влади? Навіщо держава вкладає в діяльність цих органів мільярди гривень, а в результаті ніякої реальної діяльності ці органи не здійснюють. Якщо в нашій державі корупція у вищих ешелонах влади подолана, то за елементарною логікою хоча б кількісний склад цих установ має бути зменшений або вони мають бути реорганізовані.

Варто вже визнати очевидні речі, що реформа законодавства не повинна бути швидкою і безсистемною, а реформовані закони втілюються в життя посадовими особами і громадянами, оскільки будь-який закон «самотужки» не діє. Не можна кожному Президенту починати реформувати все навколо, оскільки це нереально здійснити і довести до логічного завершення протягом незначного терміну для процесу реформ у 5 років, а потрібно спочатку визначитися з першочерговими завданнями і проблемами та на їх подолання спрямувати діяльність найліпших спеціалістів.

На жаль, це одне з найважливіших проблемних питань в Україні, оскільки спостерігаючи за кадровими призначеннями можна помітити негативні тенденції, що фахівці не бажають йти у владу, оскільки, по-перше, це тимчасова робота, максимум від виборів до виборів, а можливо й скоріше, по-друге, останнім часом до влади рвуться випадкові і життєво та професійно малодосвідчені кандидати, які в силу некомпетентності не відчують відповідальності і готові братися за будь-яку роботу, головне завдання яких отримати посаду. Тому до створюваних всіляких комітетів з

будь-яких питань реформування потрапляють активісти, це відносно новий термін в українській лексиці, який означає активну з будь-яких питань особу, але недосвідчену людину. Тому питання реформування і створення відповідних законопроектів в Україні доволі часто опиняється в «руках» не фахівців, а це призводить до непрогнозованих і не завжди продуманих рішень. Назвемо лише один *приклад*, коли запозичувався іноземний досвід щодо письмового виду провадження в цивільній справі і до Цивільного процесуального кодексу України вносилися зміни, але концепція цивільного судочинства стала абсолютно алогічною, оскільки тепер наказне провадження втратило свій сенс, оскільки при виході з цього провадження потрібно знову звертатися до суду в порядку іншого провадження. Тобто іноземний досвід був запозичений, але впроваджений неякісно.

Сприймаючи право як синтез прогресивних наукових розробок, гіпотез, концепцій і їх відтворення в законодавстві, а також застосування на практиці, можна вважати, що *українське право розбалансоване, оскільки наука йде своїм шляхом, а законотворчість і практика застосування законодавства своїм*. В цій тезі не має жодної політичної складової, а лише констатація факту.

Останнє концептуальне зауваження. В сучасному українському законотворенні відсутня системність в сприйнятті, систематизації і виробленні ідей з його вдосконалення, що має прояв в тому, що найбільше недоліки законодавства виявляються в судочинстві, де воно застосовується з різних позицій. Отже, ця інформація потребує аналізу і вироблення пропозицій з удосконалення тих норм, при застосуванні яких були виявлені проблеми. Що відбувається в системі сучасного судоустрою: проблеми аналізуються, узагальнюються і Верховним судом розробляються постанови з застосування судами тих чи інших норм законодавства, які стають обов'язковими для судів нижчих інстанцій, по суті прецедентами, як в англійській правовій системі. Недоліки такої системи в Україні в тому, що

пересічні громадяни, як правило, не знають про них і для них вони необов'язкові, а фахівці не можуть отримати доступ до першоджерела – позовних заяв та відзивів на них, інших матеріалів справи, тому не можуть виправляти помилки в своїх правових позиціях з першоджерела. Більше того, правові позиції Верховного суду змінюються, оскільки не всі адвокати працюють за шаблоном. Тому замість відомчого, суддівського аналізу такої практики, має застосовуватися узагальнення і вироблення пропозицій з удосконалення законодавства.

Не будемо зловживати увагою слухачів і демонструвати окремі недоліки сучасного українського законотворення на прикладах викладення окремих норм.

В той же час, сподіваємось, що спільними зусиллями Центру східноєвропейського права в Австрії та Німецько-українського об'єднання юристів вдасться достукатися до органів української влади, щоб процес законотворення набув системного і виваженого характеру.

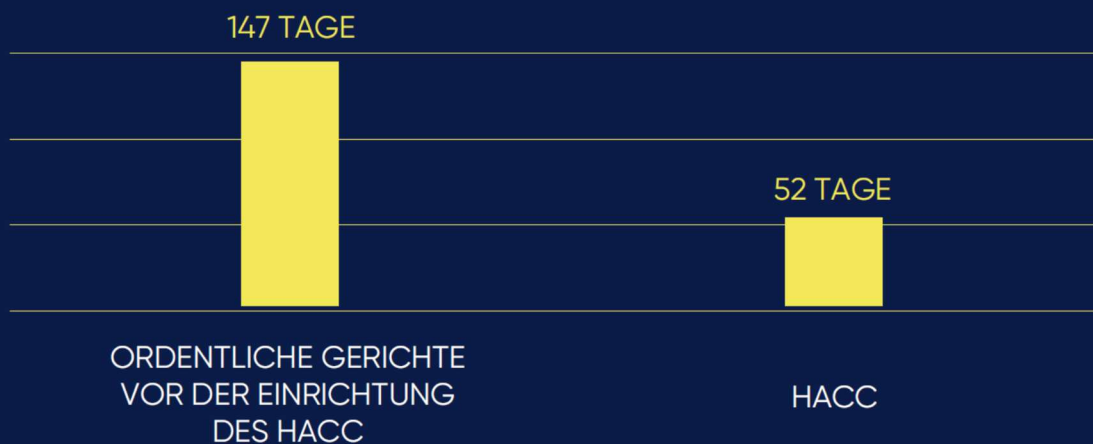
Einrichtung und Arbeit des Obersten Antikorruptionsgerichts¹ im Rahmen der Gerichtsreform der Ukraine

Markiian HALABALA
Richter am HACC, K.R.W.²

¹Nachfolgend „HACC“ genannt (Abkürzung aus dem Englischen für „High Anti-Corruption Court“)

²Kandidat der Rechtswissenschaften (vgl. Doctor iuris)

DURCHSCHNITTliche DAUER DER DURCHFÜHRUNG DES VORBEREITENDEN GERICHTSVERFAHRENS



UMFANG DER UNTERSUCHTEN MATERIALIEN IN EINEM JAHR ARBEIT DES HACC AN KOMPLEXEN AUFSEHENERREGENDEN FÄLLEN



10 von 300
Ordnern untersucht

Im Verfahren über die
Anklage des ehem.
Abgeordneten des
Parlaments



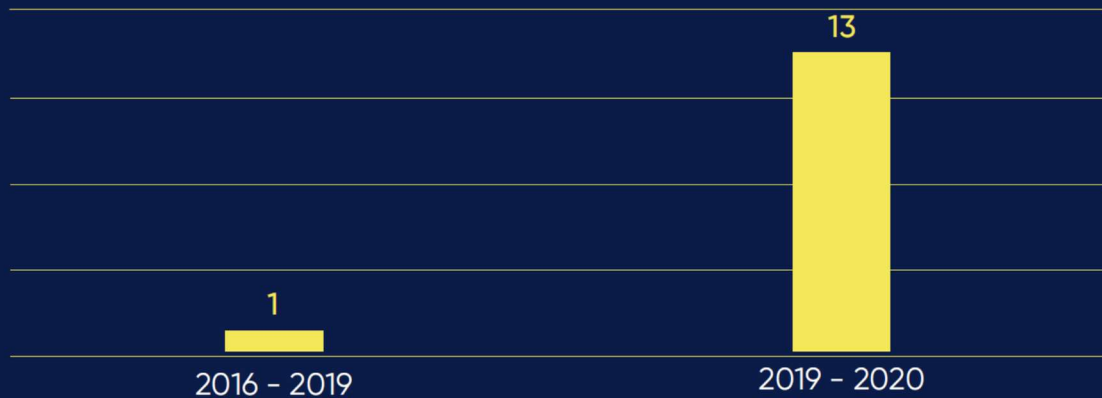
45 von 200
Ordnern untersucht

Im Verfahren über die
Anklage des ehem.
Leiters des staatlichen
Finanzdienstes der Ukraine



170 von 500
Ordnern untersucht

Im Verfahren über die
Anklage des ehem.
Abgeordneten des
Parlaments

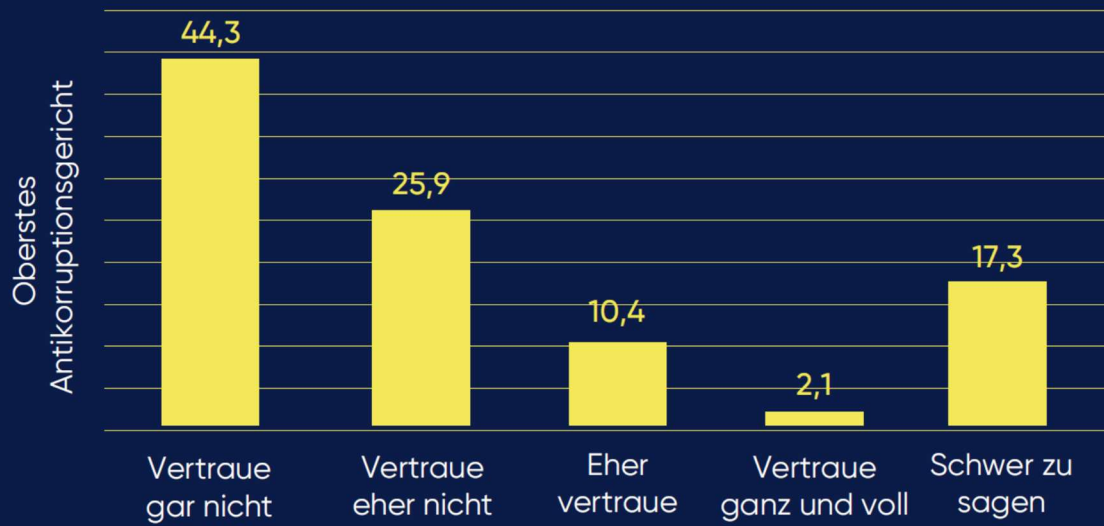


Die Anzahl der Urteile
in den Sachen des NABU³,
die von den ordentlichen
Gerichten beschlossen wurden

Die Anzahl der Urteile
in den Sachen des NABU,
die von HACC in einem
Jahr beschlossen wurden

³das Nationale Antikorruptionsbüro der Ukraine

ERGEBNISSE DER ALLUKRAINISCHEN UMFRAGE (NOVEMBER 2020)



STETER
TROPFEN
HÖHLT
DEN STEIN

Deutscher Text

**Anerkennung und Vollstreckung
deutscher Urteile in der Ukraine**

Isaienko Oleksandr

PhD, Rechtsanwalt,

Ukrainisches Juristisches Büro

Mitglied der Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung /DUJV/

E-mail: legoffice1@gmail.com

Tel.: [+38 098 468 33 78](tel:+380984683378),

[+38 044 227 08 98](tel:+380442270898)

Die Fragen der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen ausländischer Gerichte, u.a. deutscher Gerichte, ist derzeit in der Ukraine sehr aktuell, weil die Beziehungen zwischen unseren Staaten sich auf allen Ebenen, insbesondere im wirtschaftlichen und sozialen Bereich, heute vertiefen. Dies gilt auch für Fragen des Eigentums- und Investitionsschutzes, Fragen im Bereich von Familienbeziehungen, für Erbrechtsthemen usw.

Die Schlüsselwörter: ein System eines Verfahrensrechts, ein ausländisches Gerichtsurteil, die Prozedur die Anerkennung und Vollstreckung die ausländischen Gerichtsurteilen.

Ein ausländisches Gerichtsurteil wirkt unmittelbar nur auf dem Gebiet des ausländischen Staats. Das gilt sowohl in Deutschland als auch in der Ukraine. Daher ist die Zwangsvollstreckung eines ausländischen Urteiles in der Ukraine nur möglich, wenn dieses Urteil von einem zuständigen ukrainischen Gericht anerkannt und für vollstreckbar erklärt worden ist.

Nach Artikel 81 Teil 1 des ukrainischen Gesetzes "Über das internationale Privatrecht" können Urteile ausländischer Gerichte in Zivil-, Arbeits-, Familien- und Handelssachen und die Urteile ausländischer Gerichte in Strafsachen

hinsichtlich Schadensersatzes in der Ukraine anerkannt und vollstreckt werden. Dies gilt auch für die Entscheidungen ausländischer Schiedsgerichte sowie anderer Behörde ausländischer Staaten aus diesen Bereichen. Voraussetzung ist, dass die Entscheidungen, außer den im zweiten Teil dieses Artikels vorgesehenen Fällen, in Rechtskraft erwachsen sind.

In Artikel 82 Teil 1 des ukrainischen Gesetzes "Über das internationale Privatrecht" ist ebenfalls festgelegt, dass die Anerkennung und Vollstreckung ausländische Urteile in der Ukraine sich nach dem ukrainischen Recht richtet.

Das ukrainische Gesetz vom 3. Oktober 2017 "Über Änderungen in der ukrainischen Wirtschafts-, Zivil-, Strafprozessordnung und in anderen Rechtsakten" hat wesentliche Änderungen im Gerichtsverfahren vorgenommen. Diese betreffen auch die Fälle der Anerkennung und der Vollstreckbarerklärung ausländischer Gerichtsurteile in der Ukraine.

Danach kann das Urteil eines ausländischen Gerichts in der Ukraine aus zwei Gründen anerkannt und vollstreckt werden:

- Regeln zur Anerkennung und die Vollstreckung sind in einem internationalen Abkommen enthalten, das die Ukraine abgeschlossen hat;
- Es gilt das Gegenseitigkeitsprinzip.

Zwischen der Ukraine und Deutschland existiert kein solches internationales Abkommen, deshalb greift man in unserem Fall auf das Gegenseitigkeitsprinzip zurück. Hängt die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils eines ausländischen Gerichts vom Gegenseitigkeitsprinzip ab, so wird nach Artikel 462 Absatz 2 der ukrainischen Zivilprozessordnung angenommen, dass das Prinzip gilt, sofern nichts anderes nachgewiesen wird. Damit gilt zwischen der Ukraine und Deutschland das Gegenseitigkeitsprinzip; es wird von ukrainischen und deutschen Gerichten angewandt.

Das Verfahren und die Mechanismen für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsurteile in der Ukraine sind im Abschnitt IX Kapitel 1 und 2 der ukrainischen Zivilprozessordnung geregelt.

Kapitel 1 des Abschnitts IX der ukrainischen Zivilprozessordnung regelt die Fragen der Anerkennung und Vollstreckung des Urteils eines ausländischen Gerichts in der Ukraine. Anerkennung bedeutet, dass das ausländische Urteil in der Ukraine nach ukrainischem Recht Rechtskraft erlangt. Die Vollstreckung ein ausländisches Urteil bedeutet seine Durchsetzung. Dazu werden im Vollstreckungsverfahren gegenüber dem Schuldner notfalls Maßnahmen des staatlichen Zwangs angewandt.

Nach Artikel 463 Absatz 1 der ukrainischen Zivilprozessordnung muss das Urteil eines ausländischen Gerichts innerhalb von drei Jahren ab dem Tag, an dem es Rechtskraft erlangt hat, zur Vollstreckung in der Ukraine vorgelegt werden. Eine Ausnahme gilt für Urteile über wiederkehrende Zahlungen; diese können während der gesamten Laufzeit zur Vollstreckung für die letzten drei Jahren genutzt werden.

Nach der allgemeinen Vorschrift in Artikel 464 der ukrainischen Zivilprozessordnung ist der Antrag auf Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils vor dem ukrainischen Gericht am registrierten Wohnsitz des Schuldner, oder - wenn kein Wohnsitz in der Ukraine besteht - vor dem Gericht am Belegenheitsort von Vermögenswerten des Schuldners einzureichen. Der Antrag kann nach Artikel 465 der ukrainischen Zivilprozessordnung vom Antragsteller selbst oder von einem Vertreter vorgelegt werden.

Artikel 466 der ukrainischen Zivilprozessordnung enthält Anforderungen an den Antrag auf Anerkennung und eine Vollstreckung eines ausländischen Urteils in der Ukraine. Diese muss die folgenden Bestandteile enthalten:

- 1) der Namen des Antragstellers, seinen Wohnsitz (Aufenthaltsort) oder Standort;
- 2) der Namen des Schuldners, seinen Wohnsitz, Aufenthaltsort oder den Standort von Vermögen in der Ukraine;
- 3) die Gründe für den Antrag.

Das Gericht kann über Maßnahmen zur Sicherung der Klage entscheiden. Es kann etwa einen Arrest des schuldnerischen Vermögens anordnen.

Nach Artikel 466 Absatz 3 der ukrainischen Zivilprozessordnung sind dem Antrag auf Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines deutschen Urteils folgende Unterlagen beizufügen:

- 1) eine amtlich beglaubigte Kopie des ausländischen (etwa deutschen) Urteils;
- 2) Rechtskraftvermerk bzw. offizielle Urkunde, welche die Rechtskraft des ausländischen (deutschen) Urteils belegt (falls sich dies nicht aus dem Urteil ergibt);
- 3) Nachweis darüber, dass eine Partei, die an der Gerichtsverfahren nicht teilgenommen hat, über Termin und Ort der Gerichtssitzung informiert wurde;
- 4) falls das Urteil schon vorher vollstreckt wurde, ein Nachweis, in welchem Umfang bzw. ab welchem Datum das ausländische Urteil zur Vollstreckung vorlegt wird;
- 5) eine Vollmacht des Vertreters, wenn dieser den Antrag einreicht;
- 6) eine amtlich beglaubigte ukrainische Übersetzung dieser Unterlagen.

Alle Unterlagen müssen im Original oder in einer amtlich beglaubigten Kopie vorgelegt werden, jeweils mit einer Apostille bzw. einer Überlegalisierung. Außerdem ist ein Nachweis über die Bezahlung der Gerichtsgebühr vorzulegen. Die Gerichtsgebühr ist nach Artikel 4 Teil 2 Punkt 17 des ukrainischen Gesetzes «Über die Gerichtsgebühr» zu entrichten.

Die Verhandlung des Antrags zur Anerkennung und Vollstreckung eines Urteils eines ausländischen (deutschen) Gerichts wird nach Artikel 467 der ukrainischen Zivilprozessordnung vom Richter in öffentlicher Sitzung geführt. Der Schuldner wird über Zeitpunkt und Ort informiert; er hat daher Zeit, seine Einwendungen vorzubringen. Die Verhandlung des Antrags kann verschoben werden.

Nach Artikel 468 Absatz 2 der ukrainischen Zivilprozessordnung gibt es folgende Gründe für eine Ablehnung des Antrags:

- 1) wenn das Urteil des ausländischen (deutschen) Gerichts nicht in Rechtskraft erwachsen ist;

- 2) wenn die Partei, zu deren Lasten das ausländische (deutsche) Urteil ergangen ist, keine Möglichkeit hatte, am Verfahren teilzunehmen, weil sie nicht rechtzeitig und ordnungsgemäß informiert wurde;
- 3) wenn das Urteil in einem Fall getroffen wurde, der in die ausschließliche Zuständigkeit eines ukrainischen Gerichts oder einer anderen Behörde in der Ukraine fällt;
- 4) wenn ein in Rechtskraft erwachsenes Urteil eines ukrainischen Gerichts vorliegt, das früher in einem Streit zwischen denselben Parteien zu demselben Gegenstand ergangen ist, oder falls vor dem Verfahren vor dem ausländischen (deutschen) Gericht ein Verfahren zwischen denselben Parteien zu demselben Gegenstand und aus demselben Grund vor einem ukrainischen Gericht eröffnet wurde;
- 5) wenn die Frist zur Vorlage des ausländischen (deutschen) Urteils zur Anerkennung und Vollstreckung in der Ukraine versäumt wurde;
- 6) wenn der Streitgegenstand nach ukrainischem Recht nicht verhandelt werden kann;
- 7) wenn die Vollstreckung des ausländischen (deutschen) Urteils die Interessen der Ukraine bedroht;
- 8) falls in der Ukraine schon vorher ein ausländisches (deutsches) Urteil in einem Rechtsstreit zwischen denselben Parteien über denselben Gegenstand aus demselben Grund anerkannt und für vollstreckbar erklärt worden ist;
- 19) in anderen vom ukrainischem Recht vorgesehenen Fällen.

Nach den Ergebnissen des Gerichtsverfahrens fasst das ukrainische Gericht einen Beschluss, gegen den eine Berufung möglich ist. Wird der Antrag angenommen hat und erlangt dieser Beschluss Rechtskraft, stellt das Gericht einen Vollstreckungstitel aus. Die Vollstreckung richtet sich nach dem ukrainischen Gesetz «Über Vollstreckungsverfahren». Dies bildet die letzte Etappe des Verfahrens zur Anerkennung und Vollstreckung von Urteile ausländischer Gerichte, einschließlich deutscher Gerichte.

Zum Schlusss. Dieser Weg ist eine Alternative zur Einreichung einer Klage vor ukrainischen Gerichten. Das Verfahren sieht einfach aus und sollte nicht länger als 2 Monate dauern. Aber die Praxis zeigt, dass der durchschnittliche Zeitraum zwischen der Einreichung des Antrags bei Gericht und dem Beschluss des zuständigen ukrainischen Gerichts oft mehr als 6 Monate beträgt. Denn derzeit reicht die Zahl der Richter an ukrainischen Gerichte nicht aus; was ein großes Problem darstellt.

Unseres Erachtens gibt es in der Ukraine die Notwendigkeit die Teilung die Kompetenz die Gerichten, die die Anträgen auf der Anerkennung und Vollstreckung die Urteilen ausländischer Gerichte, u.a. deutscher Gerichte, verhandeln werden. Zum Beispiel, die Verfahrnung über die Anerkennung und Vollstreckung ausländische Gerichtsurteile, u.a. deutscher Gerichte, im Bereich das Wirtschaftsrecht, einschließlich des Insolvenzrechts, muss im zuständigen Ukrainerwirtschaftsgericht verhandeln werden.

Auch unserer Meinung nach existiert die Notwendigkeit die Durchsetzung die Besondere Familienkompetenz für die Richtern oder das System die Familiengerichte, weil solche Verfahrungen im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen ausländischer Gerichte, u.a. deutscher Gerichte, in der Ukraine die Mehrheit sind. Zum Beispiel, in Deutschland haben die Familiengerichte nur die Zuständigkeit für das Verhandeln die Antrage über die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen ausländischer Gerichte im Bereich dem Familienrecht.

Unseres Erachtens solche Veränderungen werden die Qualität und die Fristen das Verhandeln die Anträgen auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländische Gerichtserteile, u.a. deutscher Gerichte, verbessern.

Liste der gebrauchten Quellen

1. Die Verfassung der Ukraine / Offizieller Text; Verabschiedeter auf der fünften Sitzung der Werchowna Rada der Ukraine am 28. Juni 1996: Offizielle Veröffentlichung. Mit Änderungen zum 20. Mai 2020/
<http://zakon.rada.gov.ua>.
2. Das ukrainische Gesetz "Über das internationale Privatrecht" / Offizieller Text; Verabschiedeter der Werchowna Rada der Ukraine am 23. Juni 2005: Offizielle Veröffentlichung. Mit Änderungen und Ergänzungen zum 20. Mai 2020/
<http://zakon.rada.gov.ua>.
3. Das ukrainische Gesetz "Über Änderungen in der ukrainischen Wirtschafts-, Zivil-, Strafprozessordnung und in anderen Rechtsakten" / Offizieller Text; Verabschiedeter der Werchowna Rada der Ukraine am 3. Oktober 2017: Offizielle Veröffentlichung. Mit Änderungen und Ergänzungen zum 20. Mai 2020/
<http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Die ukrainische Zivilprozessordnung / Offizieller Text; Verabschiedeter der Werchowna Rada der Ukraine am 18. März 2004: Offizielle Veröffentlichung. Mit Änderungen und Ergänzungen zum 20. Mai 2020/
<http://zakon.rada.gov.ua>.
5. Das ukrainische Gesetze «Über die Gerichtsgebühr» / Offizieller Text; Verabschiedeter der Werchowna Rada der Ukraine am 8. Juli 2011: Offizielle Veröffentlichung. Mit Änderungen und Ergänzungen zum 20. Mai 2020/
<http://zakon.rada.gov.ua>.
6. Das ukrainische Gesetz «Über Vollstreckungsverfahren» / Offizieller Text; Verabschiedeter der Werchowna Rada der Ukraine am 21. April 1999: Offizielle Veröffentlichung. Mit Änderungen und Ergänzungen zum 20. Mai 2020/
<http://zakon.rada.gov.ua>.

Ukrainischer Text

**Визнання та виконання
німецьких судових рішень в Україні**

Ісаєнко Олександр Васильович

PhD, Адвокат,

Українське юридичне бюро,

член Німецько-Українського об'єднання правників /DUJV/,

E-mail: legoffice1@gmail.com

Tel.: [+38 098 468 33 78](tel:+380984683378),

[+38 044 227 08 98](tel:+380442270898)

Питання визнання та виконання на території України рішень іноземних судів, в тому числі ухвалених німецькими судами являться дуже актуальним, оскільки на сьогодні поглиблюються відносини між нашими державам на всіх рівнях, перш за все у сфері економічних і соціальних відносин. Так питання захисту власності та інвестицій, питання в сфері сімейних відносин, спадкове правовідносини, тощо.

Ключові слова: система процесуального права, іноземне судове рішення, порядок визнання та виконання іноземного судового рішення.

Дія судового рішення ухваленого на території іноземної держави, в тому числі Німеччини обмежується лише межами цієї держави і його обов'язкове виконання за кордоном можливе лише у разі визнання та виконання даного рішення іноземним уповноваженим органом судової влади.

Згідно з ч.1 [ст. 81 Закону України "Про міжнародне приватне право"](#), в Україні можуть бути визнані та виконані рішення іноземних судів у справах, що виникають з цивільних, трудових, сімейних та господарських правовідносин, вироки іноземних судів у кримінальних провадженнях у частині, що стосується відшкодування шкоди та заподіяних збитків, а також рішення іноземних арбітражів та інших органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних і господарських справ, що набрали законної сили, крім випадків, передбачених частиною другою цієї статті.

Частиною 1 [статті 82 Закону України "Про міжнародне приватне право"](#) встановлено, що визнання та виконання рішень, визначених у [статті 81 цього Закону](#), здійснюється у порядку, встановленому законом України.

Так, Законом України від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» внесено істотні зміни до процесуальних кодексів, які спрямовані на вдосконалення порядку регламентації судових процедур, в тому числі в частині врегулювання процесуальних питань пов'язаних з визнанням та виконанням іноземних судових рішень на території України.

Так, за загальним правилом рішення іноземних судів можуть визнаватись та виконуватись на території України з двох підстав:

- таке визнання та виконання передбачено міжнародною угодою, згода на обов'язковість якої надана Верховною Радою України;
- або за принципом взаємності.

Оскільки, між Україною та Німеччиною відсутня міжнародна угода, яка регулює ці правовідносини, тому в такому випадку діє принцип взаємності. При цьому, відповідно до частини 2 статті 462 Цивільного процесуального кодексу України у разі якщо визнання та виконання рішення іноземного

суду залежить від принципу взаємності, вважається, що він існує, оскільки не доведено інше. При цьому, між Україною та Німеччиною існує принцип взаємності та українські і німецькі суди його застосовують.

Зокрема, процедура та механізми визнання та виконання рішення іноземних судів урегульовані розділом IX главами 1 та 2 Цивільного процесуального кодексу України.

Так, глава 1 розділу IX Цивільного процесуального кодексу України регулює питання визнання та звернення до виконання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню.

Визнання рішення іноземного суду означає поширення законної сили рішення іноземного суду на територію України в порядку, встановленому законом.

Виконання ж іноземного рішення означає реалізацію його шляхом застосування до боржника заходів державного примусу у виконавчому провадженні.

Далі, відповідно до частини 1 статті 463 Цивільного процесуального кодексу України рішення іноземного суду може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні протягом трьох років з дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів, яке може бути пред'явлено до примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки.

При цьому, за загальним правилом встановленим статтею 464 Цивільного процесуального кодексу України клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення німецького суду подається до українського суду за місцем реєстрації його проживання, а у випадку відсутності реєстрації місця проживання, за місцем знаходження його майна. Таке клопотання згідно статті 465 Цивільного процесуального кодексу України може бути подано стягувачем, або його представником.

В статті 466 Цивільного процесуального кодексу України визначені вимоги до клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду.

Так, Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду подається у письмовій формі і повинно містити:

- 1) ім'я (найменування) особи, що подає клопотання, зазначення її місця проживання (перебування) або місцезнаходження;
- 2) ім'я (найменування) боржника, зазначення його місця проживання (перебування), його місцезнаходження чи місцезнаходження його майна в Україні;
- 3) мотиви подання клопотання.

Суд за заявою особи, яка подає клопотання може вижити заходів забезпечення позову.

Відповідно до частини 3 статті 466 Цивільного процесуального кодексу України до клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення німецького суду додаються такі документи:

- 1) засвідчена в установленому порядку копія рішення німецького суду;
- 2) офіційний документ про те, що рішення німецького суду набрало законної сили (якщо це не зазначено в самому рішенні);
- 3) документ, який засвідчує, що сторона яка не брала участі в судовому процесі, була належним чином повідомлена про дату, час і місце розгляду справи. При цьому слід зупинитися на цій вимозі, так повідомлення про дату, час і місце розгляду справи, буде оцінюватись українським судом з огляду на вимоги до такого повідомлення за законодавством Німеччини. Тому заявнику, рекомендовано заздалегідь підготувати такий документ.
- 4) документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення німецького суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше);
- 5) документ, що посвідчує повноваження представника (якщо клопотання подається представником);

б) засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою.

При цьому, до клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення німецького суду згідно з п.) 17 частини 2 статті 4 Закону України «Про судовий збір» додається документ про сплату судового збору в розмірі - 0, 1 розміру мінімальної заробітної плати в Україні.

Розгляд клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду згідно з статтею 467 Цивільного процесуального кодексу України здійснюється суддею одноосібно у відкритому судовому засіданні, з повідомленням боржника по час та місце розгляду клопотання. Боржникові надається час для подачі своїх заперечень. Розгляд клопотання може бути відкладений.

При цьому, відповідно до частини 2 статті 468 Цивільного процесуального кодексу України підстави для відмови у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення німецького суду, наступні:

- 1) якщо рішення німецького суду, не набрало законної сили;
- 2) якщо сторона, стосовно якої постановлено рішення німецького суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином і вчасно повідомлено про розгляд справи;
- 3) якщо рішення ухвалене у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України;
- 4) якщо раніше ухвалене рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того самого предмета і на тих самих підставах, що набрало законної сили, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі між тими самими сторонами, з того самого предмета і на тих самих підставах, яка порушена до часу відкриття провадження у справі в іноземному суді;

- 5) якщо пропущено строк пред'явлення рішення німецького суду до примусового виконання в Україні;
- 6) якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;
- 7) якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України;
- 8) якщо раніше в Україні було визнано та надано дозвіл на виконання рішення суду іноземної держави у спорі між тими самими сторонами, з того самого предмета і на тих самих підставах, що і рішення, що запитується до виконання.
- 9) в інших випадках, встановлених законами України.

По результатам розгляду судом клопотання постановляється ухвала, яка може бути оскаржена.

У випадку задоволення клопотання і набрання ухвалою законної сили, суд видає виконавчий лист, який пред'являється до виконання у порядку визначеному Законом України «Про виконавче провадження», що є завершальним етапом процедури визнання та виконання рішень іноземних судів, в тому числі німецьких судів.

Висновок. Процедура виглядає досить простою та не повинна тривати довше 2-х місяців. Однак, як показує практика, середній строк від направлення клопотання на розгляд до прийняття компетентним судом рішення по суті складає більше 6-ти місяців, оскільки на сьогодні в Україні суддівський корпус не повністю укомплектований суддями, що є великою проблемою. При цьому, на погляд автора, в Україні існує необхідність запровадження розділення компетенції судів щодо розгляду клопотань про визнання та виконання іноземних судових рішень на території України. Зокрема, клопотання про надання дозволу про примусове виконання рішень іноземних судів, які винесені в сфері господарських правовідносин, з питань банкрутства підприємницьких товариств, тощо, повинно розглядатись компетентними господарськими судами України.

Також, на погляд автора, існує необхідність запровадження спеціальної сімейної спеціалізації суддів або системи судів, оскільки на таку категорію справ припадає значний відсоток розгляду клопотань про визнання та надання дозволу про примусове виконання рішень іноземних судів, так наприклад в Німеччині саме сімейні суди мають повноваження щодо визнання та виконання іноземних судових рішень у сімейних справах.

На думку автора, такі зміни, підвищать якість та строки розгляду клопотань про визнання та виконання рішень іноземних судів.

Список використаних джерел

1. Конституція України. / Офіційний текст; прийнятий на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р.: Офіційне видання. Із змінами внесеними станом на 20 травня 2020 року / <http://zakon.rada.gov.ua>.
2. Закон України "Про міжнародне приватне право" / Офіційний текст; прийнятий Верховною Радою України 23 червня 2005 р.: Офіційне видання. Із змінами та доповненнями станом на 20 травня 2020 року / <http://zakon.rada.gov.ua>.
3. Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» / Офіційний текст; прийнятий Верховною Радою України 3 жовтня 2017 р.: Офіційне видання. Станом на 20 травня 2020 року / <http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Цивільний процесуальний кодекс України / Офіційний текст; прийнятий Верховною Радою України 18 березня 2004 р.: Офіційне видання. Із змінами та доповненнями станом на 20 травня 2020 року / <http://zakon.rada.gov.ua>.

5. Закон України «Про судовий збір» / Офіційний текст; прийнятий Верховною Радою України 8 липня 2011 р.: Офіційне видання. Із змінами та доповненнями станом на 20 травня 2020 року / <http://zakon.rada.gov.ua>.
6. Закон України «Про виконавче провадження» / Офіційний текст; прийнятий Верховною Радою України 21 квітня 1999 р.: Офіційне видання. Із змінами та доповненнями станом на 20 травня 2020 року / <http://zakon.rada.gov.ua>.

Russischer Text

**Признание и исполнение
немецких судебных решений в Украине**

Исаенко Александр Васильевич

PhD, Адвокат,

Украинское юридическое бюро,

член Немецко-Украинского объединения юристов /DUJV/,

E-mail: legoffice1@gmail.com

Tel.: [+38 098 468 33 78](tel:+380984683378),

[+38 044 227 08 98](tel:+380442270898)

Вопросы признания и исполнения на территории Украины решений иностранных судов, в том числе вынесенных немецкими судами являются очень актуальными, поскольку сейчас углубляются отношения между нашими странами на всех уровнях, прежде всего в сфере экономических и социальных отношений. Так, вопросы защиты собственности и инвестиций, вопросы в сфере семейных отношений, наследственные правоотношение, и т.д..

Ключевые слова: система процессуального права, иностранное судебное решение, порядок признания и исполнения иностранного судебного решения.

Действие судебного решения вынесенного на территории иностранного государства, в том числе Германии, ограничивается лишь границами этого государства и его обязательное исполнение за пределами этого государства,

возможно только в случае признания и исполнения этого решения иностранным уполномоченным органом судебной власти.

Согласно ч.1 [ст. 81 Закона Украины "О международном частном праве"](#), в Украине могут быть признаны и исполнены решения иностранных судов в делах, которые вытекают с гражданских, трудовых, семейных и хозяйственных правоотношений, приговоры иностранных судов в уголовных производствах в части, что касается возмещения ущерба и нанесённых убытков, а также решения иностранных арбитражей и других органов иностранных государств, к компетенции каких относится рассмотрение гражданских и хозяйственных дел, что набрали законной силы, кроме случаев, предусмотренных частью второй этой статьи.

Частью 1 Закона Украины "О международном частном праве" установлено, что признание и исполнение решений, определённых в [статье 81 этого Закона](#), осуществляется в порядке, установленном законом Украины.

Так, Законом Украины от 3 октября 2017 года № 2147-VIII «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и другие законодательные акты» внесены существенные изменения в процессуальные кодексы, которые нацелены на усовершенствования порядка регламентации судебных процедур, в тому числе в части урегулирования процессуальных вопросов связанных с признанием и исполнением иностранных судебных решений на территории Украины.

В частности, за общим правилом решения иностранных судов могут признаваться и исполняться на территории Украины с двух оснований:

- если признание и исполнение предусмотрено международным договором, согласие на обязательность которого дал Верховный Совет Украины;
- или по принципу взаимности.

Так как, между Украиной и Германией отсутствует международный договор, который регулирует эти правоотношения, поэтому в таком случае действует принцип взаимности. При это, согласно части 2 статьи 462 Гражданского процессуального кодексу Украины в случае если признание и исполнение решения иностранного суда зависит от принципа взаимности, считается, что он существует, поскольку не доказано другое. При этом, между Украиной и Германией есть принцип взаимности, поэтому украинские и немецкие суды его применяют.

В частности, процедура и механизмы признания и исполнения решений иностранных судов урегулированы разделом IX главами 1 и 2 Гражданского процессуального кодекса Украины.

Так, глава 1 раздела IX Гражданского процессуального кодекса Украины регулирует вопросы признания и обращения к исполнению решения иностранного суда, которое подлежит принудительному исполнению.

Признание решения иностранного суда означает распространение законной силы решения иностранного суда на территорию Украины в порядке установленном законом.

Исполнение иностранного судебного решения означает реализацию его путём применения к должнику мер государственного принуждения в исполнительном производстве.

Далее, согласно части 1 статьи 463 Гражданского процессуального кодекса Украины решение иностранного суда может быть предъявлено к принудительному исполнению в Украине на протяжении трёх лет с дня получения им законной силы, за исключением решения о взыскании периодических платежей, которое может быть предъявлено к принудительному исполнению на протяжении всего срока проведения взыскания с погашением задолженности за последние три года.

При этом, за общим правилом установленным статьёй 464 Гражданского процессуального кодекса Украины ходатайство о дачи разрешения на

принудительное исполнение решения немецкого суда подаётся в украинский суд за местом регистрации его проживания, а в случае отсутствия регистрации места проживания, за местом нахождения его имущества. Такое ходатайство согласно статьи 465 Гражданского процессуального кодекса Украины может быть подано взыскателем, либо его представителем.

В статье 466 Гражданского процессуального кодекса Украины определены требования к ходатайству о дачи разрешения на принудительное исполнения решения иностранного суда.

Так, ходатайство о дачи разрешения на принудительное исполнение решения иностранного суда подаётся в письменной форме и должно содержать:

- 1) имя (наименование) лица, что подаёт ходатайство, указать его место проживания (пребывания) или местонахождения;
- 2) имя (наименование) должника, указания его места проживания (пребывания), его местонахождения или местонахождения его имущества в Украине;
- 3) мотив подачи ходатайств.

Суд за заявлением лица, которое подаёт ходатайства может применить меры обеспечения иска.

Согласно части 2 статьи 466 имя (наименование) Гражданского процессуального кодекса Украины к ходатайству о предоставлении разрешение на принудительное исполнение исполнения решения немецкого суда прилагаются такие документы:

- 1) засвидетельствованная в установленном порядке копия решения немецкого суда;
- 2) официальный документ о том, что решение немецкого суда набрало законной силы (если это не указано в самом решении);

3) документ, который свидетельствует, что сторона которая не брала участия в судебном процессе, была надлежащим образом уведомлена о времени и месте рассмотрения дела. При этом, необходимо остановиться на этом требовании, так уведомление о дате, времени и месте рассмотрения дела, будет оцениваться украинским судом с учётом требований к такому уведомлению согласно законодательству Германии. Поэтому, заявителю рекомендуется заранее подготовить такой документ.

4) документ, который определяет, в какой части или с какого времени решение немецкого суда подлежит исполнению (если оно уже исполнялось ранее);

5) документ, свидетельствующий о полномочиях представителя (если ходатайство подаётся представителем);

6) удостоверенный согласно законодательства перевод додающихся документов на украинский язык.

При этом, к ходатайству о дачи разрешения на принудительное исполнение решения немецкого суда согласно с п. 17) части 2 статьи 4 Закона Украины «О судебном сборе» прилагается документ о уплате судебного сбора в сумме – 0, 1 размера минимальной заработной платы в Украине.

Рассмотрение ходатайства о дачи разрешения о дачи разрешения на принудительное исполнение решение иностранного суда согласно с статьёй 467 Гражданского процессуального кодекса Украины осуществляется судьёй единолично в открытом судебном заседании, с уведомлением должника о времени и месте рассмотрения ходатайства. Должнику предоставляется время для подачи своих возражений. Рассмотрение ходатайства может быть отложено.

При этом, согласно с частью 2 статьи 468 Гражданского процессуального кодекса Украины основания для отказа в удовлетворении ходатайства о дачи разрешения на принудительное исполнение решения немецкого суда, следующие:

- 1) если решение немецкого суда, не вступило в законную силу;
- 2) если сторона, касательно которой вынесено решение немецкого суда, была лишена возможности принять участие в судебном процессе в следствии того, что ей не было надлежащим образом и своевременно сообщено о рассмотрении дела;
- 3) если решение вынесено в деле, рассмотрение которого принадлежит исключительно к компетенции суда или другого уполномоченного согласно к закону органа Украины;
- 4) если ранее вынесено решение суда Украины в споре между теми же самими сторонами, с того самого предмета и на тех самых основаниях, что вступило в законную силу, или если в производстве суда Украины есть дело в споре между теми же самими сторонами, с того самого предмета и на тех самых основаниях, какое открыто до момента открытия производства в деле в иностранном суде;
- 5) если пропущен срок предъявления решения немецкого суда к принудительному исполнению в Украине;
- 6) если предмет спора согласно законов Украины не подлежит судебному рассмотрению;
- 7) если исполнение решения угрожало бы интересам Украины;
- 8) если ранее в Украине было признано и выдано разрешение на исполнение решения суда иностранного государства в споре между теми самими сторонами, с того самого предмета и на тех самых основаниях, что и решение, которое запрашивается к исполнению.
- 9) в других случаях, установленных законами Украины.

В результате рассмотрения судом ходатайства выносятся определение, которое может быть обжаловано.

В случае удовлетворения ходатайства и вступления определения суда в законную силу, суд выдаёт исполнительный лист, который предъявляется к исполнению в порядке определённом Законом Украины «О

исполнительном производстве», что является заключительным этапом процедуры признания и исполнения решений иностранных судов, в тому числе немецких судов.

Заключение. Процедура выглядит достаточно простой и не должна длиться более 2-х месяцев. Однако, как показывает практика, средний срок от направления ходатайства в суд на рассмотрение и до принятия компетентным судом решения по сути составляет более 6-ти месяцев, это происходит по причине того, что в настоящее время в Украине судейский корпус не полностью укомплектован судьями, что является большой проблемой. При этом, на взгляд автора, в Украине существует необходимость внедрения разделения компетенции судов, касательно рассмотрения ходатайств о признании и исполнении иностранных судебных решений на территории Украины. Так, ходатайства о дачи разрешения о принудительном исполнении решения иностранных судов, вынесенных в сфере хозяйственных правоотношений, по вопросам несостоятельности, и т.п., должны рассматриваться компетентными хозяйственными судами Украины.

Также, на взгляд автора, необходимо внедрение специальной семейной специализации судей или системы судов, поскольку на такую категория дел приходится значительная часть рассмотрения ходатайств о признании и дачи разрешения о принудительном исполнении решений иностранных судов, например в Германии именно семейным судам подведомственны дела о рассмотрении ходатайств о признании и дачи разрешения о принудительном исполнении решений иностранных судов в семейных делах.

На взгляд автора, такие изменения, улучшат качество и сроки рассмотрения ходатайств о признании и дачи разрешения о принудительном исполнении решений иностранных судов.

Список использованных источников

1. Конституция Украины. / Официальный текст; принятый на пятой сессии Верховного Совета Украины 28 июня 1996 г.: Официальное издание. Из изменениями по состоянию на 20 мая 2020 года / <http://zakon.rada.gov.ua>.
2. Закон Украины "О международном частном права" / Официальный текст; принятый Верховным Советом Украины 23 июня 2005 г.: Официальное издание. Из изменениями и дополнениями по состоянию на 20 мая 2020 года / <http://zakon.rada.gov.ua>.
3. Закон Украины «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и другие законодательные акты» / Официальный текст; принятый Верховным Советом Украины 3 октября 2017 г.: Официальное издание. По состоянию на 20 мая 2020 года / <http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Гражданский процессуальный кодекс Украины / Официальный текст; принятый Верховным Советом Украины 18 марта 2004 г.: Официальное издание. Из изменениями и дополнениями по состоянию на 20 мая 2020 года / <http://zakon.rada.gov.ua>.
5. Закон Украины «О судебном сборе» / Официальный текст; принятый Верховным Советом Украины 8 июля 2011 г.: Официальное издание. Из изменениями и дополнениями по состоянию на 20 мая 2020 года / <http://zakon.rada.gov.ua>.
6. Закон України «Про виконавче провадження» / Офіційний текст; прийнятий Верховною Радою України 21 квітня 1999 р.: Офіційне видання. Из змінами та доповненнями станом на 20 травня 2020 року / <http://zakon.rada.gov.ua>.

УМОВИ ТА ЧИННИКИ ФОРМУВАННЯ ОСОБЛИВОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА У СИСТЕМІ ПРАВА СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

*д.ю.н., доц. Т.О. Карабін,
завідувач кафедри адміністративного, фінансового
та інформаційного права
Ужгородського національного університету*

Правова реформа, здійснення якої продовжується на даний час у сучасній Україні, має декілька напрямків. Крім змістовного оновлення законодавства у відповідності до новітніх вимог, оновленого підходу потребує і питання систематизації законодавства, питання формального групування положень законодавства або і самих законодавчих актів у інститути, підгалузі, галузі права і законодавства. Однією із галузей українського права, в якій поєдналися елементи реформування змістовного та формального – є фундаментальна галузь адміністративного права.

Змістовного реформування торкнулося багато позицій. В першу чергу, це питання творення власного переліку принципів. Ще не так давно галузь адміністративного права послуговувалася принципами науки державного управління, не маючи власних, саме правових основ та саме правових базових вихідних положень. Першим на це питання звернув увагу академік д.ю.н., проф. В.Б. Авер'янов¹, який запропонував та обґрунтував особливості застосування принципу верховенства права у адміністративному праві.

¹ Авер'янов В.Б. Актуальні завдання реформування адміністративного права. Право України. 1999. № 8. С. 8-11; Авер'янов В. Б. Методологічні засади реформування українського адміністративного права. Правова держава: Щорічник наукових праць. 2001. Вип. 12. С. 292-300; Авер'янов В. Б. Принцип верховенства права у сфері виконавчої влади. Право України. 2010. №3. С. 72-78.

Пізніше галузь адміністративного права доповнилася новими інститутами, піддалися оновленню існуючі. Так, законодавче втілення ідей людиноцентризму у адміністративному праві (які так само були започатковані проф. Авер'яновим) дало поштовх до розвитку галузі і появи нових інститутів адміністративного права. Мова йде про інститут адміністративних послуг, інститут адміністративної процедури, інститут інструментів публічного адміністрування. Суттєвого оновлення зазнали правові інститути, що регулюють відносини публічної служби, адміністративної відповідальності, інститут загальних засад галузі та інші. Всі з перелічених інститутів (і не тільки перелічені) продовжують розвиватися під впливом змін законодавчого регулювання та напрацювання відповідної судової практики адміністративними судами.

Стосовно питання реформування системи адміністративного права, як внутрішньої її будови, то тут варто відмітити, що радянський підхід до галузі як такої, що регулює державне управління, зумовив і підхід до формування її структури. Так зване «управлінське право» складалося із двох частин: загальної частини адміністративного права та особливої частини адміністративного права. При цьому у структуру особливої частини адміністративного права традиційно включалися наступні чотири частини: державне управління у сфері економічної діяльності держави, державне управління у сфері соціально-гуманітарної діяльності держави, державне управління у сфері адміністративно-політичної діяльності держави, а також міжгалузеве управління.

Зміни у розумінні завдань, що стоять перед галуззю адміністративного права, а також предмету її регулювання викинули на поверхню і абсолютну хибність підходу щодо визначення частин адміністративного права як сфер державного управління. Тому у сучасних наукових та навчальних матеріалах із дисципліни при аналізі системи адміністративного права (слідуючи прикладу більшості європейських країн)

виокремлюється не загальна та особлива частини, а загальне та особливе адміністративне право².

Звісно це питання не тільки назви. Тут основне питання не у тому, чи це є особлива частина, чи особливе адміністративне право. Стрижневим є питання підходу до визначення змістовного наповнення та структури другої частини галузі адміністративного права. І якщо ми відійшли від розуміння адміністративного права як галузі яка обслуговує апарат управління, а натомість забезпечує захист прав у процесі такого управління, то звісно, що друга частина цієї галузі теж не може регулювати державне управління у окремих сферах.

Питання зміни назви з'явилося не тільки тому, що це відповідає світовим трендам. Питання зміни назви постало на порядок денний тому, що надати старому поняттю нового значення є завданням непростим, а у даному випадку також недоцільним. Наповнення того самого поняття іншим змістом призведе до плутанини та суперечностей, які і без того мають місце в даному питанні. Свідченням останнього може бути, зокрема і те, що окремі підручники з адміністративного права крім загального та особливого адміністративного права включають також і спеціальне адміністративне право³. При цьому загальне та особливе адміністративне право розглядається у відповідності до європейського традиційного розуміння, а до спеціального адміністративного права включаються питання публічного адміністрування в окремих сферах суспільних відносини (тобто ця частина відображає традиційний радянський підхід).

² Загальне адміністративне право: підручник. [Гриценко І.С., Мельник Р.С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І. С. Гриценка. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 568с.

³ Адміністративне право України. Повний курс: підручник / Галуцько В., Діхтєвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. Третє видання. Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС, 2020, 584 с.

Ми можемо припустити, що така ситуація із другою частиною адміністративного права склалася тому, що законодавство не в усіх сферах є достатньо розробленим, і правове регулювання відповідних сфер здійснено нерівномірно. Тому, звісно, зручніше і «візуально привабливіше» нормативний масив скомпонувати у три-чотири широкі групи без виокремлення специфічних сфер суспільних відносин. Проте виникають сумніви у корисності такого підходу з точки зору потреб правозастосування, правотворення та зрештою і розвитку самої галузі адміністративного права.

Питання систематизації норм права загалом не є новим питанням у правничій науці. Але його актуалізація останнім часом є відчутною. Наукові заходи, що присвячені різним питанням та проблемам правової дійсності часто торкаються і питань систематизації. Це зумовлено тим, що традиційний догматичний підхід про поділ права на галузі, підгалузі та інститути права не завжди може бути застосованим. Із швидкою зміною та появою нових суспільних відносин, із виникненням нових комплексних предметів регулювання, які вимагають використання положень законодавства, що належать до різних галузей права, різниця між галузями стає не такою суттєвою та значимою. Так, зокрема, д.ю.н., проф. Олександр Баранов порівняв сучасні суспільні відносини, які потребують правового регулювання із організмом людини, що потребує лікарського втручання⁴. Він відзначив, що як лікування окремого органу чи стану організму часто потребує втручання лікарів різної спеціалізації, так само і суспільні відносини стають предметом регулювання положень не однієї, а декількох галузей права.

Тут варто підтримати позицію проф. О.Баранова і доповнити, що такий підхід, на нашу думку, він є більш корисним для суспільних відносин,

⁴ Із дискусії, що відбувалася на міжнародній науково-практичній конференції «Економічні свободи та інституції: правове регулювання та ефективність» (22-23 жовтня 2020 року, м. Ужгород).

для практики правозастосування, оскільки в його основу ставиться потреба особи (фізичної чи юридичної) та суспільства в цілому, а не догматичні положення стосовно предмету та методу правового регулювання тієї чи іншої галузі. Думається, що у даному питанні вже давно слід було використовувати прагматичний, а не догматичний підхід.

Разом із тим «червоною лінією» у питанні компонування положень законодавства у ті чи інші системні утворення (наприклад, їх можна назвати «комплексними інститутами законодавства») є незмінний поділ права на приватне та публічне. Саме цей критерій має бути сталим та визначальним. Це, звісно, зумовлено практичними чинниками. І правозастосування, і правосуддя спираються на відмежування приватного і публічного права як таких, що забезпечують різні види інтересу: в одному випадку публічного, у іншому – приватного.

Свідченням цього є напрацьована практика судовими органами. Зокрема, рішення Верховного Суду у адміністративних справах починаючи із 2018 року відображають позицію суду, що неправильним є поширення юрисдикції адміністративних судів на той чи інший спір тільки тому, що відповідачем у справі є суб'єкт владних повноважень, а предмет перегляду – його акт індивідуальної дії⁵. Визначальною ознакою адміністративної справи є суть (зміст, характер) спору. Публічно-правовий спір, на який поширюється юрисдикція адміністративних судів, є спором між учасниками публічно-правових відносин і стосується саме цих відносин. А приватноправові відносини вирізняються наявністю майнового чи немайнового, особистого інтересу учасника. Також голова Вищого адміністративного суду у своїх виступах звертає увагу, що у положеннях Кодексу адміністративного судочинства, що діють із 2018 року, була

⁵ Справа No. 815/6945/16, 27.06. 2018; Справа No. 396/2550/17. 14.03.2018; Справа No. 805/4506 /16-а . 05.06. 2018.

здійснена відмова від суб'єктного критерію при визначенні підсудності, а на даний час закладено лише предметний критерій (ст. 20)⁶.

Щодо правозастосування, то чітке відмежування публічного права від приватного і навпаки є важливим при необхідності застосування принципів права, оскільки їх перелік та зміст суттєво відрізняється у публічному та приватному праві.

Таким чином, узагальнюючи сказане у відношенні до побудови системи особливого адміністративного права, варто відмітити наступне.

По-перше, доцільно послуговуватися терміном «особливе адміністративне право» для позначення другої частини цієї галузі.

По-друге, структуру особливого адміністративного права повинні складати окремі сукупності законодавства, що застосовуються, виходячи з положень загального адміністративного права.

По-третє, критерієм виділення в особливому адміністративному праві окремої частини (підгалузі чи інституту) законодавства є наявність виокремленого предмету суспільної дійсності, що підпадає під регулювання нормами публічного права та підлягає захисту в спосіб, передбачений законодавством для сфери публічно-правових відносин (у порядку адміністративного судочинства).

Складним і дискусійним залишається питання про конкретне наповнення змісту особливого адміністративного права. В новітніх підручниках з адміністративного права відмічається, що зміст особливого адміністративного права утворюють адміністративно-господарське право, муніципальне право, поліцейське право, службове право, адміністративно-

⁶ Новий кодекс адміністративного судочинства: позиція суддів Верховного Суду з проблемних питань. https://ukrainepravo.com/judicial_truth/divine_law/noviy-kodeks-administrativnogo-sudochinstva-pozitsiya-suddiv-verkhovnogo-sudu-z-problemnikh-pitan .

деліктне право, адміністративно-будівельне право, адміністративно-телекомунікаційне право, атомне право, право соціального забезпечення, право охорони навколишнього природного середовища тощо⁷. Вказується, що цей перелік не є вичерпним, а розвиток суспільних відносин буде призводити до появи нових структурних елементів особливого адміністративного права.

На даний момент і у рамках цієї доповіді на конференції не ставиться завдання щодо визначення вичерпного переліку сукупностей законодавства, що повинні становити зміст особливого адміністративного права. Це є неможливим і передчасним. Важливим є започаткування і підтримання обговорення питань щодо змістовного наповнення особливого адміністративного права. І не тільки фахівцями у сфері адміністративного права. Адже означені питання стосуються представників різних галузей права: і господарського, і земельного, і екологічного, і муніципального, і багатьох інших.

В рамках цієї доповіді хотілося б тільки звернути увагу на наступне: формування повноцінного особливого адміністративного права у системі права сучасної України залежить не тільки від законодавця, що в результаті своєї правотворчої діяльності продукує належний законодавчий масив, який може і повинен створити основу особливого адміністративного права. Доля особливого адміністративного права також залежить і від нас із вами, коли ми у рамках подібних дискусійних майданчиків генеруємо ідеї і спільне бачення формування і напрямків розвитку важливої частини системи права сучасної України – особливого адміністративного права.

⁷ Загальне адміністративне право: підручник. [Гриценко І.С., Мельник Р.С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І. С. Гриценка. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 72-73 с.

Лазур Ярослав
доктор юридичних наук, професор,
декан юридичного факультету
Ужгородського національного університету

Децентралізація публічного адміністрування в Україні: крок до належного урядування чи втрата інституційної спроможності держави?

Ідея європеїзації діяльності публічної адміністрації в Україні, що має місце останні десятиліття, є важливим елементом загальносистемних трансформацій в нашій державі та однією з ключових умов успіху всіх інших реформ, які впроваджуються: фінансової, судової, медичної, освіти тощо. В даному контексті найбільш затребуваним з точки зору суспільного запиту є так званий напрям «децентралізації» публічної адміністрації.

Серед ключових політико-правових документів, які активізували даний напрям реформ, було б доречно виділити насамперед ратифіковану Угоду про Асоціацію України та ЄС, положення якої відповідно до основоположних європейських актів в сфері підтримки місцевого самоврядування та регіональної політики буквально пронизані положеннями щодо спроможності «місцевих урядів». В продовження наявного проєвропейського вектору ключові позиції децентралізації були окреслені Президентом та Урядом України в 2014 році, а відповідні програмні засади даної реформи були задекларовані в схваленій на рівні Кабінету Міністрів України Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні. Хоча, на нашу думку, відхід від парламентської моделі схвалення подібного роду фундаментальних програмних документів був однією з ключових помилок тодішньої влади. За своїм змістом даний документ мав аргументований характер: зокрема, цілком прийнятною та легітимною його метою було задекларовано

визначення напрямів, механізмів і строків формування ефективного місцевого самоврядування та територіальної організації влади для створення і підтримки повноцінного життєвого середовища для громадян, надання високоякісних та доступних публічних послуг, становлення інститутів прямого народовладдя, задоволення інтересів громадян в усіх сферах життєдіяльності на відповідній території, узгодження інтересів держави та територіальних громад.

Важливо відмітити, що з перших днів активізації реформи децентралізації в професійному середовищі цілком аргументовано панувало безапеляційне розуміння, що для успішної реалізації такого роду державотворчих процесів базисною передумовою є необхідність внесення відповідних змін до Конституції України. Однак, відсутність політичного консенсусу, ряд системних помилок в самій процедурі напрацювання відповідних ініціатив унеможливили реалізацію даного наміру і таким чином зумовили впровадження «децентралізації» в рамках суперечливого з позицій ідеології відповідних реформ існуючого конституційного поля. Лаконічно кажучи, очевидними проблемами в даному розумінні стали відсутність належного конституційного закріплення і як наслідок конституційного захисту правової та інституційної спроможності системи публічної влади реалізовувати процес децентралізації. Активно започаткований всупереч наявному конституційному вакууму законодавчий процес втілення децентралізації в практичну площину скоріше створив умови для порушення принципу правової визначеності, створив певну безсистемність та плутанину в законодавчому закріпленні правосуб'єктності існуючої та згодом реформованої системи місцевого самоврядування, так само як і місцевих органів виконавчої влади. Свідченням цьому є ряд переважно аргументованих подань до Конституційного суду України на предмет неконституційності прийнятих впродовж останніх років актів в сфері децентралізації. Не свідчать на користь існуючого стану справ і численна неоднозначна судова практика публічно-правових спорів в даній сфері.

Ці обставини, поряд із значними позитивами, роблять спробу законодавця щодо заміни системної конституційної реформи місцевого врядування не до кінця успішною. Принаймні динамічні кроки на ординарному законодавчому рівні надати системності даному процесу не можуть розглядатися як такі, що в повній мірі задовольняють потреби суспільства. Так, закріплення детермінант децентралізації Законами «Про добровільне об'єднання територіальних громад», «Про основи регіональної політики», «Про співробітництво територіальних громадян», змінами в Податковий та Бюджетний кодекси, та іншими змінами у спеціальному законодавстві (не зважаючи на ситуативний позитивний ефект в окремих практиках самоврядування, в першу викликаний певним зростанням дохідної частини місцевих бюджетів) на моє переконання, аж ніяк не можуть бути свідченням системного прогресу і стабільного успіху щодо розвитку і тим більше досягнення цілей відповідної реформи.

У зв'язку з окресленою проблемою, спробуємо дати відповідь, які ж принципи, і яка доктрина могла б бути застосована в Україні в якості ціннісного орієнтира для подальшого розвитку місцевого самоврядування та збалансованості системи публічного адміністрування як в горизонтальній так і вертикальній площині? На основі яких орієнтирів необхідно обрати і відповідно застосувати оптимальний комплекс методів децентралізації з поміж широко напрацьованої світовою практикою та доктриною каталогом, зокрема системно поєднати найкращий досвід застосування деконцентрації та деволюції, чи то делегування повноважень?

Щоб спробувати знайти відповідь на це питання пропоную знову звернутися до політико-правового документу, можливість звернення до якого не повній мірі, на моє переконання, використовується суб'єктами провадження реформи публічної адміністрації. А саме, хотілося б ще раз згадати, що одним із ключових рушіїв реформування публічної адміністрації останніх років виступили положення саме Угоди про асоціацію України та ЄС. Так у політичній частині асоціації, зокрема у ст. 4, де мова йде про цілі політико-правового діалогу, чітко

прослідковується пряма прив'язка європейських демократичних принципів відносно впровадження західних цінностей у систему вітчизняного врядування. А саме, аналізуючи, саме сучасний стан справ варто зосередити увагу саме на частині Е) пункті 4 статті даної угоди, який стосується зміцнення поваги до демократичних принципів, верховенства права та доброго врядування, прав людини та основоположних свобод, у тому числі прав осіб, які належать до національних меншин, недискримінації осіб, які належать до меншин, і поваги до різноманітності, а також внесок у консолідацію внутрішніх політичних реформ. Переконаний, що фундаментальну змістовну цінність даного положення Угоди, так само як взаємопроникаючу цілісність та системність всіх його складових зайвий раз доводити нема потреби. Тому за браком допустимих обсягів викладу матеріалу, дозволю виокремити трохи більше уваги саме для категорії «good governance» - врядування, або часто вживане в європейських джерелах поняття «good administration» - управління, які на моє переконання в умовах демократичного суспільства в своєму змісті багато в чому тотожні, хоча в окремих варіаціях відмінні між собою. Однак, пропоную цю тему залишити для окремих дискусій та використовувати змістовне розуміння цих принципів як частини цілісної категорії, яка пронизує практично більшість сучасних джерел, що встановлюють ціннісні орієнтири для прибічників вагомої частини сучасних успішних європейських теорій і практик публічного врядування. На моє переконання саме їх зміст на даний момент визначає концепцію Європейського адміністративного простору, яка стосується стандартів і процедурних вимог, спрямованих на захист прав громадян в адміністративних органах, і таким чином на практиці часто призначена служити моделлю для адміністративних реформ «новим демократіям» Східної Європи та країнам-кандидатам у члени ЄС.

Оминаючи огляд значної кількості як нормативних так доктринальних джерел, які в значній мірі по різному, доповнюють каталог елементів системи принципів «good governance» та «good administration», вважаємо за можливе припустити що позицій децентралізації змістовне наповнення поняття «good

governance» надала Резолюція Комісії з прав людини ООН 2000/64 «Роль належного врядування у забезпеченні прав людини». Де нею було окреслено ключові атрибути належного врядування такі як: прозорість, відповідальність, підзвітність, участь та чутливість до потреб людей. Напевно в розвиток цієї європейської правової позиції органи Європейського Союзу, у своїй правотворчості роблять акцент на відповідності публічного адміністрування у країнах учасниках критеріям: відкритості, участі, підконтрольності, ефективності, пропорційності та субсидіарності і. т. д. Хоча у пізніших джерелах цей перелік видозмінюється. До нього включаються демократизація, захист прав людини, зміцнення законності та підвищення якості правосуддя, підвищення ролі громадянського суспільства, реформування державного управління та децентралізація.

Звичайно в межах даного виступу складно приділити увагу аналізу всього обсягу законодавчих новел та практики їх застосування в частині існуючого стану провадження децентралізації на предмет їх ревалентності принципам належного врядування. Дозволю собі зосередитись тільки на деяких невідповідностях.

Так, оминаючи відповідні цитування Закону «Про добровільне об'єднання територіальних громад» виглядає сумнівна позиція законодавця, якою фактично пропонується вирішувати питання об'єднання територіальних громад без одночасного вирішення питань адміністративно-територіального устрою, який хоч і не може бути беззмінним, однак саме в його основі закладена система функціонування система публічної адміністрації, включно з освітньою, медичною інфраструктурою життєдіяльності громад в державі. Більше того, вважаємо за допустиме стверджувати про відсутність достатнього конституційного підґрунтя для відмежування територіальної основи місцевого самоврядування від законодавчо закріпленого адміністративно-територіального устрою. Крім того, така ситуація як мінімум призвела до значної диспропорції в питаннях спроможності територіальних громад, неефективності її органів, в

багатьох сферах віднесених з урахуванням законодавчих змін до їх виключної компетенції. Водночас значною мірою, і тому є численні приклади, в процесі реформування порушено принцип субсидіарності, оскільки система виконавчої влади, так само як і інші державні інституції та інфраструктура залишається діяти в системі нереформованого законодавчим органом адміністративно-територіального устрою.

Не менш значущою виявилася проблема, пов'язана з відсутністю правової визначеності стосовно законодавчого закріплення повноважень районних та обласних рад, функцій центральних та вищого органу виконавчої влади в процесі децентралізації. Дана ситуація значною мірою і в багатьох випадках «атакувала», і продовжує знаходитись в «конфлікті» з принципами верховенства права, зокрема дотримання принципу законності в діях суб'єктів владних повноважень.

Як показує практика, не витримують критики і ряд положень стосовно обмеження окремих повноважень здійснення права власності органами самоврядування, які представляють об'єднані інтереси територіальних громад, практика застосування земельного законодавства. З позицій принципу повсюдності та ефективності, так само як і принципу рівності, не витримує критики і наявність спеціальних механізмів фінансового стимулювання життєдіяльності виключно тих громад, що «добровільно» були утворені у відповідності до схваленого Урядом плану об'єднання громад, що також призвело і призводить до ряду публічно-правових конфліктів. Не знайшли законодавчого закріплення і механізми забезпечення відкритого та ефективного контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування в частині забезпечення прав і свобод громадян, зокрема відсутність чіткого переліку контрольних повноважень місцевих органів виконавчої влади в цьому контексті, чи то в майбутньому - префектів.

Серед прикінцевих думок, хотілося б звернути увагу, що з поміж різних причин допущених помилок в процесі децентралізації влади в Україні, окремою групою є часто поспішний і не до кінця продуманий трансфер зарубіжного права.

А точніше часто «сліпе» копіювання положень іноземного законодавства, яке з різних причин не придатне для застосування в правовій системі нашої держави.

Враховуючи вищенаведене, та ряд інших думок, які за браком обмежених обсягів не були відображені в доповіді, хотілося б зробити наступні узагальнюючі виступ висновки. Суспільна підтримка і ряд зроблених правових кроків в напрямку децентралізації є суттєвим кроком України на шляху модернізації системи публічного врядування. Однак, низький рівень відповідності принципам конституціоналізму, зокрема відсутності належних змін та доповнень до тексту Конституції України, поспішність та відсутність консолідованої державотворчої професійної позиції щодо необхідності системного комплексного підходу до законодавчої реформи в даній сфері в значній мірі містить загрози для знецінення суспільних зусиль на шляху розбудови публічного врядування. Натомість, з урахуванням зазначених положень спробуємо з упевненістю констатувати, що сутність реформи публічної адміністрації, яка, наразі, реалізується в Україні мала б бути направлена на імплементацію, і можливе відповідне нормативне закріплення, кращих прикладів європейського законодавчого поля, що в значній мірі виражається через добре відому в європейського праві систему принципів «good governance» адаптованих до об'єктивних особливостей національної правової системи.

Список використаних джерел

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011/page
2. Commission of Human Rights resolution 2000/64/ The role of good governance in the promotion of human rights. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/>

3. Ricq, Ch. 2006: Handbook of transfrontier co-operation, Strasbourg (Council of Europe), Geneva, 201p.

4. Draft Handbook on Promoting Good Governance in EC Development and Co-operation. - European Commission. – 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ec.europa.eu/europeaid/what/governancedemocracy/documents/fi>

5. Draft_handbook_gg_en.pdf. 123 Thierry Tanquerel. Good administration at the service of good governance: safeguarding individual rights and implementing democratic decisions // European Conference 29-30 November 2007. – Strasbourg [Електронний ресурс].– Режим доступу: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/conferences>

6. Публічне урядування, права людини і демократія: регіональний зріз євроінтеграції: монографія / [Т.О. Карабін, Я.В. Лазур, М.В. Менджул, Трачук П.А. та ін.]; за заг. ред. М.В. Савчина. – Ужгород: вид-во УжНУ «Говерла», 2015. – 320 с.

Москвич Лідія, доктор юридичних наук, професор, завідувача кафедрою судоустрою та прокурорської діяльності, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого (м. Харків)

ІНСТИТУЦІЙНІ ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

2020 рік став не лише роком всемірної пандемії, а й роком «конституційної кризи» та колапсу у судовій системі, що, вочевидь, свідчить про кадрові, фінансові, інституційні системні проблеми судової політики. Розглянемо причини деяких докладніше.

По-перше, зміни до Конституції України 2016 р., нова редакція Закону України «Про Конституційний Суд України» заклали правові основи до формування нової доктрини правового статусу цього Суду. Фактично, нормативні документи виключили Конституційний Суд України із системи органів судової влади, створили підґрунтя для формування окремої системи державних органів контролю (зокрема, конституційного). Разом із тим, внесені зміни фактично зруйнували механізм стримувань і противаг, хоча і перший «дзвіночок» пролунав восени 2018 р., коли було звільнено голову КСУ С. Шевчука і в наступному національними судами йому було відмовлено в захисті конституційного права на працю. Далі, в 2020 р., Конституційний Суд України, прийняв досить неоднозначне рішення № 13-р/2020 у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу, чим ініціював стан протистояння між Конституційним Судом України та іншими державними органами й суспільством. Фактично КСУ у зазначеному рішенні вдався до доктрини «абсолютної незалежності гілок державної влади», повністю знехтуючи механізмом стримувань та противаг, як ключового елементу доктрини розподілу влад. Зокрема, в п.2 свого

рішення КСУ висловлюється наступним чином: «Конституційна система поділу державної влади означає, що кожній із гілок влади притаманна своя система (структура) суб'єктів, інститутів, засобів, форм та методів правління (здійснення влади)...» і далі до традиційної тріади гілок державної влади вводить і «органи конституційного контролю», при цьому робить висновок, що виключно останні поряд з органами судової влади мають гарантії незалежності. Складно зрозуміти мотиви КСУ саме до такого підходу, адже, по-перше, ст.6 Конституції України визнає поділ державної влади виключно на три гілки – виконавчу, законодавчу і судову (жодних окремо сформованих органів чи їх систем не передбачено), при цьому акцентуючи на їх паритетності; по-друге, національною конституційною доктриною, окрім КСУ, до системи органів конституційного контролю відноситься ще й ряд суто політичних інститутів. То невже всі ці органи наділені гарантіями незалежності судової влади? Відповідь здається очевидною. На нашу думку, своїм рішенням КСУ створив не лише конституційну, а й інституційну кризу, зокрема в частині розуміння системи органів судової влади: КСУ – орган судової влади чи ні? Якщо ні, то складно пояснити повноваження КСУ щодо перегляду матеріалів судової справи за конституційною скаргою. Якщо так, то чому на суддів КСУ не розповсюджуються стандарти єдності правового статусу суддів? Вочевидь, назріла проблема конструктивних інституційних змін щодо статусу КСУ, зокрема, першим кроком може бути внесення відповідних змін до Конституції України, визнати специфічний статус органу конституційного контролю. Але ми розуміємо, що основна складність полягає в тому, що якщо зміни до розділів 2 та 12 Конституції України (де є згадка про Конституційний Суд України) можливі законом, що приймається парламентом, проте зміни до розділу 13 Конституції України (де також є згадка про Конституційний Суд України), можливі лише шляхом референдуму, а це не швидкий процес, організація і проведення якого є під

сумнівом, особливо в умовах пандемії. Тому, мабуть єдиний вихід з «конституційної кризи» є метод політичного конструктивного діалогу та компромісу між центральними органами влади.

По-друге, існування з юридичної точки зору двох найвищих судових інституцій – Верховного Суду і Верховного Суду України. В 2020 році (після більш ніж 3-х років початку роботи нового Верховного Суду) КСУ нарешті визнав, що ліквідувати Верховний Суд України неможливо, і що він «продовжує діяти під назвою „Верховний Суд“» (п.7 Рішення КСУ від 18 лютого 2020 року № 2-р/2020). Крім того, КСУ дійшов висновку, що судді Верховного Суду України мають продовжувати здійснювати свої повноваження як судді Верховного Суду і виключення щодо них процедури переведення (п.13 згаданого рішення). Проте таке рішення КСУ досі залишається декларативним, адже у голови Верховного Суду є виключний перелік підстав для видання наказу про зарахування до штату суду та допуску до здійснення правосуддя і рішення КСУ серед них немає. Отже, в сучасній Україні є частина суддів Верховного Суду України, які не здійснюють правосуддя, але отримують доволі значну для українських реалій суддівську винагороду. Дещо подібна ситуація і з вищими спеціалізованими судами, які знаходяться на етапі ліквідації – доля суддів цих судів є досі невирішеною, знов таки через інституційні проблеми – понад рік не функціонує Вища кваліфікаційна комісія суддів України, що унеможлиблює вирішення питання про перевід суддів цих судів, а отже вони продовжують перебувати в статусі судді відповідного вищого спеціалізованого суду та отримувати суддівську винагороду не здійснюючи при цьому правосуддя.

По-третє, створення нових вищих спеціалізованих судів. Законом 2016 р. передбачено створення двох вищих спеціалізованих судів – Вищого антикорупційного суду та Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Початок роботи останнього заблоковано знов таки через відсутність в країні

діючої Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, а от Вищий антикорупційний суд вже почав свою роботу. Проте на даний час в Конституційному Суді України відкрито провадження щодо конституційності утворення Вищого антикорупційного суду, і треба зазначити, що доводи заявників по деяким пунктам є доволі аргументованими.

По-четверте, фактична бездіяльність на даний момент Вищої кваліфікаційної комісії суддів України викликало сильніший кадровий «голод» в судовій системі, яка на даний момент налічує близька 40% вакантних місць, що тягне значне збільшення навантаження на діючих суддів. Вже розроблено законопроект, яким планується «розблокувати» роботу цього органу, законопроект навіть пройшов експертизу у Венеційській комісії, проте вітчизняний законодавець досі не прийняв цей закон. Одне із найбільш спірних положень – доречність чи недоречність допуску іноземного елемента до складу конкурсної комісії з формування ВККСУ. Одні вважають таку пропозицію такою, що порушує Конституцію України, суверенітет і незалежність України, принцип народовладдя, допускаючи до формування органу влади іноземців. Інші – що жодних порушень немає, адже участь іноземців у здійсненні правосуддя є елементом конструкції гібридного суду, що вважається прийнятною практикою, особливо в перехідні періоди. На наш погляд, в цьому плані варто звернути увагу на те, що принцип державного суверенітету еволюціонує, про що свідчить широка міжнародна інтеграція, а також значна увага міжнародного співтовариства до прав людини. Як приклад, можна навести рішення ЄСПЛ «Maktouf and Damjanovic v Bosnia», де ставилося під сумнів не участь міжнародних експертів у доборі суддів, а навіть більш серйозна річ – наявність міжнародних суддів у національному суді і Суд констатує, що *«жодних причин сумніватися в їхній незалежності від політичних органів Боснії і Герцеговини, а також від сторін по справі,*

немає. Їхнє призначення якраз і було мотивоване бажанням, зокрема, посилювати прояв незалежності палатами з розгляду військових злочинів Державного суду (з огляду на існуючу етнічну упередженість та ворожість серед населення в цілому в післявоєнний період), а також відновити довіру суспільства до вітчизняної судової системи». Тому вважаємо, що більшу увагу в зазначеному законі слід приділити не тому: залучати чи не залучати міжнародних експертів до складу конкурсної комісії, а запобіжникам, які виключають потрапляння до її складу осіб з сумнівною репутацією (адже негативний кейс мав місце при формуванні Громадської ради міжнародних експертів, що брала участь у доборі суддів Вищого антикорупційного суду). Як констатував ЄСПЛ в тій же справі «Maktouf and Damjanovic v Bosnia», *«те, що дані судді (іноземці – поясн. наше Л.М.) були відряджені з числа професійних суддів у своїх країнах, становило додаткову гарантію від зовнішнього тиску»*. Лише формування конкурсної комісії з добору членів ВККСУ, як незалежного, компетентного, з високим рівнем доброчесності її членів стане запорукою формування Вищої кваліфікаційної комісії суддів України нового зразка, легітимність рішень якої буде значною, а отже сприятиме підвищенню довіри до суддів та судової влади загалом.

Ніколенко Людмила Миколаївна
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри юридичних дисциплін
Донецького юридичного інституту МВС України
(м. Маріуполь, Україна)

СУДОВА РЕФОРМА: РЕАЛІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВА

Судова реформа, яка триває з 2016 року стала наймасштабнішою за роки незалежної України. Метою реформи є забезпечення незалежності, підвищення рівня довіри та публічної підзвітності судової влади. Протягом реформи було внесено зміни до Конституції, переформатовано судоустрій, в тому числі створено новий Верховний Суд та два вищі спеціалізованих суду – Вищий суд з питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд; оновлено процесуальне законодавство тощо. Але на цьому влада не планує зупинитися та анонсовано наступне перезавантаження судової реформи. Президент України запропонував законопроект №3711 «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності Верховного Суду та органів суддівського врядування», який передбачає зміни щодо: структури та ролі Вищої ради правосуддя; складу та статусу Вищої кваліфікаційної комісії суддів; створення конкурсної комісії для відбору членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів; скасування раніше запровадженого скорочення складу Верховного Суду до 100 суддів; інтеграцію суддів Верховного Суду України до Верховного Суду, а також дисциплінарне провадження. Але, таке реформування не вирішує нагальні проблеми українського судочинства. Україна залишається одним з лідерів за чисельністю звернень її громадян до ЄСПЛ за захистом порушених прав. Зберігається низький рівень довіри суспільства до судової системи в Україні, що нівелює реалізацію закріпленого в Конституції України право громадян на

судовий захист. На підставі здійсненого аналізу, можна констатувати відсутність стратегічного планування та уявлення про майбутню ефективну та працюючу модель судової системи. Реформа повинна бути спрямована на удосконалення судової системи шляхом виокремлення існуючих проблем з метою їх вирішення.

Одним із аспектів реформування судоустрою та судочинства є забезпечення права на звернення до суду. Ефективність звернення до суду залежить від наявності умов та гарантій, які забезпечують відсутність перешкод у реалізації права звернення до суду. Наявність будь-яких перешкод зводитиме нанівець як принципи справедливості та верховенства права, так і власне самі права і свободи людини. Серед найважливіших таких умов та гарантій, слід виокремити, принцип доступу до правосуддя.

Доступ до правосуддя включає: по-перше, можливість, яка гарантована державою, будь-якої зацікавленої особи звернутися до суду; по-друге, визначений законодавством механізм захисту прав та інтересів; по-третє, судовий розгляд протягом розумного строку та виконання судового рішення.

Доступ до правосуддя забезпечується визначеними складовими, які можна поділити на організаційну складову, що включає зручну територіальну побудову системи судів, достатню кількість кваліфікованих суддів, організаційне забезпечення функціонування судів, а також функціональну, що спрямована на дотримання строків провадження та процедури розгляду справи, порядок розгляду, виконання рішення тощо.

На теперішній час держава не може гарантувати доступ до правосуддя всім особам, які потребують судового захисту. Стосовно територіальної складової доступу до правосуддя, то в результаті озброєного конфлікту на сході країни виникли проблеми щодо захисту прав та інтересів осіб, які знаходяться на окупованій території. Для такої категорії, в деяких випадках, відсутня можливість отримати захист своїх прав у зв'язку з труднощами, пов'язаними з доступом до судів, розташованих на територіях, підконтрольних уряду України, в тому числі із-за втрати або знищення

матеріалів справ до або під час процесу переміщення або зміни територіальної підсудності. Вирішенням цього питання може бути надання права участі у судовому розгляді за допомогою online-зв'язку.

У зв'язку з відсутністю достатньої кількості суддів та великою кількістю справ на їх розгляді актуальним залишається питання стосовно розгляду справи у розумні строки. Відповідно до статистичної інформації, за минулий рік рівень укомплектованості суддями місцевих та апеляційних судів усіх спеціалізацій становив від 45% (в апеляційних та окружних судах) до 69% (у господарських апеляційних судах). Кадровий дефіцит фактично паралізував роботу тих судів, у яких за штатом було передбачено невелику кількість суддівських посад (3-5). У таких судах була відсутня можливість утворювати колегії для розгляду справ, формувати новий склад суду після задоволення відводів (самовідводів), повернення справ на новий розгляд тощо [1].

Щодо функціональної складової доступу до правосуддя, то слід звернути увагу на те, що процесуальні кодекси, в умовах все ж таки впровадження прогресивних інститутів, зберегли надмірну урегульованість положень, пов'язаних з вимогами до змісту позовної заяви, подання доказів, забезпечення позову та інших процесуальних інститутів.

З метою прискорення розгляду справи в процесуальних кодексах передбачено спрощене позовне провадження. Застосування спрощеного позовного провадження позитивно вплинуло на реалізацію доступу до правосуддя. Мета спрощеного позовного провадження спрямована на пришвидшення вирішення певних категорій справ завдяки спрощенню основних складових частин процесу, не знижуючи рівень юридичних гарантій. Спрощене провадження визначає роль суду через більш просту процедуру, що здійснюється за рахунок оптимізації етапів та строків судового провадження, порядку притягнення учасників процесу та зменшення кількості процесуальних дій.

Електронне правосуддя стало позитивним кроком щодо забезпечення та реалізації доступу до правосуддя в сучасних умовах. Запровадження та функціонування електронного правосуддя в діяльність судів виправдовується, особливо в умовах карантину. За чотири місяці карантинних обмежень за допомогою електронного сервісу вже проведено більше 20 тисяч судових засідань поза межами суду, а всього в ньому зареєстровано близько 14 тисяч користувачів.

У Рекомендація Rec (2001) 2 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо побудови та перебудови судових систем та правової інформації в економічний спосіб зазначено, що сучасні інформаційні технології стали незамінним засобом у сфері здійснення правосуддя і що вони таким чином сприяють ефективному управлінню державою, яке необхідне для нормального функціонування демократії. При цьому значне число країн серед європейських держав здійснюють реорганізацію чи заміну як систем адміністративно-організаційної підтримки судів, так і комп'ютеризованих систем юридичної інформації [2].

У майбутньому за допомогою впровадження в Україні єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи буде здійснюватися не лише облік заяв, скарг та інших документів, які надійшли до суду та які були направлені судом, здійснюватися розподіл справ, а також: обмін документами (надсилання та отримання документів) в електронній формі між судами, між судом та учасниками судового процесу, між учасниками судового процесу; направлення судових рішень та інших процесуальних документів учасникам судового процесу на їхні офіційні електронні адреси, вчинення інших процесуальних дії в електронній формі. Але, система електронного правосуддя не може запрацювати у повному обсязі, у зв'язку з відсутністю не тільки належного фінансування, а також технічних можливостей, в тому числі пов'язаних з гарантованим та надійним Інтернет

покриттям всієї території України. Крім того, актуалізується питання законодавчого забезпечення функціонування електронного правосуддя.

Впровадження проекту «Електронний суд» потребує великих фінансових ресурсів, які у державі, на теперішній час, відсутні. Але впровадження електронного правосуддя зарекомендувало себе з позитивного боку, тому слід розглянути інші можливості використання електронних ресурсів в інших країнах. Наприклад, у Китаї при розгляді судових справ використовують популярний в країні інтернет-месенджер WeChat; у Великій Британії використовується «живий зв'язок» за допомогою Skype і Facetime та планується впровадження «мобільних судів» з онлайн-доступом до таких судів в громадських центрах, і навіть в школах і університетах [3]. В той же час, практично всі країни зберігають розгляд справ за допомогою паперових носіїв, за винятком Сінгапуру, де судочинство повністю здійснюється за допомогою електронного правосуддя. Тому, реалізація «Електронного суду» може здійснюватися за допомогою різних технологій, але за умови визначення такого механізму у законодавстві. Для подальшого розвитку інформаційно-телекомунікаційних технологій у судовій системі необхідно визначити концепцію розвитку електронного правосуддя, яка б враховувала нормотворчу діяльність, правозастосування, фінансові, матеріальні, кадрові питання та можливості програмного забезпечення. Впровадження електронного правосуддя забезпечить доступ до суду всіх зацікавлених осіб, розгляд справ у розумні строки та ухвалення справедливого судового рішення.

Проведений огляд дозволяє зробити висновок, що запропоновані реформи абсолютно не враховують і не вирішують ті проблеми, які стоять перед українською судовою системою. Першочерговими завданнями держави в процесі реформування судової системи є формування чіткого, якісного та зрозумілого процесуального законодавства, забезпечення його стабільності, а також побудова судової системи країни з метою

забезпечення справедливого та ефективного розгляду судових спорів, в тому числі за допомогою положень, які вже використовуються в інших країнах. Саме ці напрямки повинні стати пріоритетними для влади на найближчі роки, що дозволить відновити довіру з боку суспільства та іноземних інвесторів.

Література:

1. Правосуддя в Україні: загрози реалізації права на доступ. *Офіційний сайт. Національна асоціація адвокатів України. рада адвокатів Київської області*. URL: <https://radako.com.ua/news/pravosuddya-v-ukrayini-zagrozi-realizaciyi-prava-na-dostup>
2. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства, Київ, 2015. 708 с.
3. Голубєва Н.Ю. Електронне правосуддя: Україна і світовий досвід впровадження. *Loyer*. URL: <https://loyer.com.ua/uk/elektronne-pravosuddya-ukrayina-i-svitovij-dosvid-vprovadzhennya/>

Борис Поляков,
судья Северного апелляционного
хозяйственного суда, д.ю.н., профессор

Особенности процедуры неплатежеспособности физических лиц в Украине

Несмотря на прошедший год со дня вступления в силу Кодекса Украины по процедурам банкротства (далее КпоПБ) и попытки законодателя исправить, содержащиеся в нем ошибки кодификационный акт все ещё остаётся для правоприменительных органов достаточно сложным для осмысления. К сожалению, кодекс создаёт немалые трудности для граждан в защите ими своих прав не только в качестве должника, но и кредитора.

Наиболее проблемно ощущалось применение положений 4 Книги КпоПБ где речь идёт о неплатежеспособности физических лиц.

Практически все нормы этой книги нужно применять устраняя коллизии, содержащихся в них самих либо в статьях других книг кодекса.

Следует заметить, что такой процесс суд осуществляет практически сразу, с момента получения заявления должника.

Все это вызывает сложности для участников процесса и приводит к неоднозначной судебной практике.

Проблемы с основаниями открытия дел о неплатежеспособности.

Статья 115 КпоПБ, которая регулирует вопрос открытия дела о неплатежеспособности физического лица содержит 4 основания для открытия такого дела.

Это когда: 1) долг составляет 30 размеров минимальной заработной платы; 2) должник не осуществляет более двух месяцев платежей по кредитам; 3). отсутствует у должника имущество; 4) имеют место другие обстоятельства, свидетельствующие о невозможности исполнения в будущем должником денежных обязательств.

Исходя из содержания нормы нельзя точно сказать, что для открытия дела о неплатежеспособности необходимо наличие всех четырёх условий или достаточно только одного. И надо сказать, что судебная практика в этом вопросе также неоднозначна.

Иными словами, мы видим наличие смысловой коллизии в самой норме.

И для её разрешения нужно проводить толкование всех перечисленных условий.

Для начала обратимся к последнему основанию. Оно говорит о невозможности исполнения в будущем денежного обязательства. И законодатель называет это условие угрозой неплатежеспособности.

В статье 8 КпоПБ, относящейся как к юридическим так и физическим лицам, которая также не лишена коллизии, говорится, что дело банкротстве открывается судом по заявлению должника также в случае угрозы его неплатежеспособности.

Иными словами, угроза неплатежеспособности является самостоятельным основанием для открытия дела о банкротстве (неплатежеспособности) и реализуется исключительно по инициативе должника.

Таким образом, уже толкование только статей 8 и 115 КпоПБ показывает, что для открытия дела о несостоятельности нет необходимости использовать все четыре вышеперечисленных условий.

И следовательно должнику достаточно иметь лишь одно основание, подпадающее под признаки, перечисленные в статье 115 КпоПБ.

Проблемы, связанные с принятием заявлений об открытии дел о неплатежеспособности

В статье 116 КпоПБ где речь идёт о требованиях к заявлению об открытии дела о неплатежеспособности физических лиц предусматривается обязанность прикладывать к этому заявлению доказательства авансирования вознаграждения арбитражному управляющему.

Практически все граждане должники не выполняют эту обязанность, считая, что государство в месте с судебным сбором так же должны освобождать их от оплаты вознаграждения арбитражному управляющему.

В такой ситуации, суд, казалось бы руководствуясь положениями процессуального закона (ст. 174 ХПК) должен был бы дать должнику время на устранения этого недостатка в заявлении. Ну а дальше, в случае невыполнения должником требования суда, вернуть заявление об открытии дела о неплатежеспособности.

Вопросы оставления без движения, возврат или отказ от приема указанного заявления не предусмотрены книгой 4 КпоПБ и регулируются в соответствии со ст 113 соответствующими положениям, относящимися для юридических лиц, т.е. ст. ст. 37, 38.

Так вот, согласно части 3 статьи 37 КпоПБ оставление без движения заявления об открытии дела о банкротстве юридических и следовательно дел о неплатежеспособности физических лиц (далее дела о банкротстве (неплатежеспособности)) осуществляется судом по основаниям,

предусмотренным ст. 174 ХПК с учётом особенностей, предусмотренных КпоПБ.

Только вот таких особенностей КпоПБ нам даёт, к сожалению только одну.

Она связана лишь с полномочиями лица, которое подписало само заявление об открытии дела о банкротстве. И именно за этот недостаток суд может вернуть такое заявление (часть 1 статьи 38 КпоПБ).

За другие недостатки в заявлении об открытии дела о банкротстве (неплатежеспособности) статья 38 КпоПБ вообще не даёт право суду на возврат такого заявления.

А как же быть с авансированием вознаграждения арбитражного управляющего?

Нельзя же суду оставлять без последствий такую ситуацию. Иначе в будущем дело о неплатежеспособности просто не сможет двигаться дальше.

Может все таки, отказать в приёме заявления? Как-никак, часть 1 статьи 37 КпоПБ как раз предусматривает отказ в приеме такого заявления когда производство по делу о банкротстве должника в соответствии с кодексом не допускается.

В принципе, так и поступают некоторые суды при наступлении аналогичной ситуации.

На наш взгляд, в рассматриваемой ситуации имеет место коллизия между частью 3 статьи 37, частью 1 статьи 38 КпоПБ. И такая коллизия должна решаться путём толкования частей 1-4 статьи 174 ХПК и соответственно статьи 116 КпоПБ.

Так вот, в частях 1-4 статьи 174 ХПК говорится, что если исковое заявление не соответствует требованиям, то оно оставляется судом без движения. При этом истец должен в определенный срок устранить недостатки в заявлении. И в случае невыполнения истцом такой обязанности в установленный срок суд возвращает указанное заявление.

В нашем случае, требования к заявлению об открытии дела о неплатежеспособности содержится в статье 116 КпоПБ.

И следовательно, разрешая вот такую коллизию суд вправе вернуть указанное заявление должника - физического лица, если в нем отсутствуют доказательства авансирования вознаграждения арбитражному управляющему.

Проблемы обжалования гражданами судебных актов по делам о неплатежеспособности

Статья 255 ХПК предусматривает возможность обжалование процессуальных решений по делам о банкротстве (неплатежеспособности) в случаях предусмотренных Законом о банкротстве.

Если на юридических лиц находящихся в санации Закон о банкротстве ещё как то распространяется, а вот для физических лиц такая формулировка не совсем оправдана.

С 21.10.2020 года на старые дела физических лиц-предпринимателей и на новые дела всех категорий граждан - должников действуют правила КпоПБ.

Но это ещё не все. В самом КпоПБ, если внимательно прочитать его статью 9, за исключением постановления о признании должника банкротом и введении процедуры погашения долгов, мы не найдём больше ни одного судебного акта по делам о неплатежеспособности, который подлежит обжалованию.

В то же время, несмотря на название статьи 9 КпоПБ "Обжалование судебных решений в процедуре банкротства", в ней почему то содержится судебное решение по делу о неплатежеспособности физического лица.

Случайно попал такой вид судебного акта в норму кодекса или нет придётся теперь решать судьям, а не разработчикам кодекса. Говоря юридическим языком, именно правоприменительный орган скажет, описка это или такая же коллизия в статье 9 КпоПБ, что и в статье 255 ХПК.

Дело в том, что согласно статье 6 КпоПБ именно в отношении физического лица, а не юридического вводится процедура погашения долгов одновременно с признанием должника банкротом.

Обращает на себя внимание и тот факт, что статья 8 КпоПБ которая регулирует юрисдикцию, подсудность и основания открытия дел о банкротстве, также как и статья 9 не видит разницу между юридическими и физическими лицами. Согласно этой норме, для тех и других лиц открываются дела под одним общим названием - дела о банкротстве.

Так, согласно части 1 статьи 8 КпоПБ дела о банкротстве рассматриваются хозяйственными судами по местонахождению должника - юридического лица, ФИЗИЧЕСКОГО ЛИЦА или ФИЗИЧЕСКОГО ЛИЦА - ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ (выделено Б. П).

Из приведённого видно о наличие коллизии между статьями, которые регулируют общий и специальный порядок рассмотрения дел о банкротстве и неплатежеспособности. Это статьи 6, 8, 9, 113 КпоПБ.

Такую коллизию следует решать путём комплексного (системного) толкования указанных норм.

И как следует после такого толкования статья 9 КпоПБ все же относится как к юридическим так и физическим лицам. В связи с чем граждане не лишены права на обжалование судебных актов по делам по их неплатежеспособности.

Другое дело, что процессуальные акты по делам о неплатёжеспособности имеют некоторые различия от судебных решений по делам о банкротстве.

Такое различие связано с разным названием судебных процедур и арбитражных управляющих. Это обстоятельство влияет только лишь на порядок кассационного обжалования. Если жалобы на открытие и закрытие дел о неплатежеспособности и на рассмотрения требований кредиторов ещё можно как то увязать с широким толкованием законодателем понятия дела о банкротстве, то вот с постановлением о признании должника банкротом и введении процедуры погашения долгов возникают проблемы.

Дело в том, что этот акт прямо указан в части 2 статьи 9 КпоПБ как подлежащий апелляционному обжалованию. В тоже время его нет среди актов подлежащих пересмотру в порядке кассации.

Проблемы с закрытием дела о неплатежеспособности

Наиболее остро коллизия проявляется в статье 90 КпоПБ. Эта статья регулирует основания, порядок и последствия закрытия дела о банкротстве.

Она также применяется и в отношении дел о неплатежеспособности граждан с учётом особенностей книги четвёртой КпоПБ.

Так вот, если внимательно посмотреть на порядок закрытия дела в случаях утверждения отчёта ликвидатора и необращения в суд кредиторов, то видим очень комическую картину. Согласно части 2 статьи 90 КпоПБ закрытие дела в случае утверждения отчёта ликвидатора можно сделать до признания должника банкротом, а вот в случае необращения кредиторов в суд - после.

Получается так, что суд ещё не признав должника банкротом и не назначив ликвидатора по КпоПБ может по указанной норме закрыть дело. Но суд это естественно не сделает так как для этого нет указанных обстоятельств.

А вот в случае с необращением в дело кредиторов суд вообще никогда не сможет закрыть дело.

Парадокс состоит в том, что если кредиторы после истечения установленного срока не обратились в суд, то дело о банкротстве (неплатежеспособности) не может двигаться дальше. Без кредиторов нельзя вводит процедуры санации (реструктуризации) или ликвидации (погашение долгов). Именно кредиторы решают дальнейшую судьбу должника.

Такая проблема возникла вследствие, мягко говоря, " неудачного копирования " разработчиками кодекса статьи 83 Закона о банкротстве. В результате чего, кое-где сдвинулись цифры и получилась правовая коллизия.

Для того, чтобы разрешать эту коллизию судам теперь в судебных решениях приходится системно толковать статью 90 КпоПБ с разделами 2, 3, 4 Книги третьей КпоПБ.

Но на этом история со статьёй 90 КпоПБ, к сожалению, не заканчивается.

Дело в том, что последствия необращения в суд кредиторов влечёт по части 4 статьи 90 КпоПБ погашение их требований. Эта мера отсутствовала в статье 83 Закона о банкротстве и является своего рода новеллой кодекса. Наверняка законодатель преследовал цель сделать процедуру банкротства более привлекательной для должников и таким образом стимулировать рост дел.

Хотя на самом деле, отсутствие кредиторов в деле говорит вовсе не о финансовом оздоровлении должника, а об отсутствии конкуренции между требованиями кредиторов (конкурса) и о необходимости решать вопросы неплатежеспособности не через процедуру банкротства, а через призму исполнительного производства. Но никоим образом не погашать требования необратившихся в дело о банкротстве кредиторов. Именно на таком принципе до кодекса держался Закон о банкротстве.

Так вот, несмотря на то, что с 21.10.2019 года должен был заработать веб-портал судебной власти Украины, однако на самом деле его за целый год так и не сделали. Исключительно через этот веб-портал должно осуществляться обнародование сведений об открытии дел о банкротстве (неплатежеспособности). Именно через него кредиторы должны "черпать" эти сведения и потом через суд заявлять свои требования к должнику.

В связи с отсутствием такого веб-портала суды, по-старинке, вынуждены обнародовать сведения об открытии дела о банкротстве на веб-сайте, находящегося на ликвидации Высшего хозяйственного суда Украины в соответствии с Положением о порядке официального обнародования сведений о деле о банкротстве, которое утвердил ВГСУ еще 17.12.2013. Только вот это положение было рассчитано на Закон о банкротстве. Однако с выходом КпоПБ утратил силу не только сам Закон о банкротстве, но и все нормативные акты, выданные на его исполнение.

Если банки как крупные кредиторы ещё как-то знают о существовании указанного веб-сайта, то физические лица-кредиторы - вряд ли.

И если должник - физическое лицо имеет только граждан-кредиторов, то у него есть шансы избавиться от всех долгов при помощи вот такой путаницы в источнике обнародования. Правда потом, ЕСПЧ будет завалена исками обманутых кредиторов за которые будет уже отвечать государство Украина.

Для устранения описок, разночтений, нестыковок, которые содержатся в КпоПБ необходимо сделать новую редакцию Кодекса, в которой скоординировать все его элементы, уточнить и раскрыть содержание терминов.

Пенсійна реформа як фактор економічного розвитку України

Рошканюк Вадим Михайлович,
зав. кафедри господарського права
юридичного факультету
Ужгородського національного університету

Вже більше двох десятиліть в Україні тривають правові реформи ефективність яких є меншою, ніж очікування суспільства. На превеликий жаль, ми є свідками того, що незважаючи на політичні декларації на зразок «жити по-новому», усі політичні сили, що приходять до влади рано чи пізно стають героями корупційних скандалів. Ідея швидкого збагачення за рахунок політичних козирів настільки в'їлася у свідомість можновладців, що здається дуже проблематичним злам цієї корупційної системи, яка формувалася майже три десятиліття. Цим часом Україна швидко втратила економічний потенціал, стратегічні економічні можливості, і що найбільш прикро людські ресурси, опинившись на рівні нерозвинутих африканських країн. Зрозуміло, що в таких реаліях Україна гостро потребує переосмислення стратегії економічного і політичного розвитку. Навіть, якщо формально імплементувати усі директиви ЄС, без реального економічного наповнення перспективи членства України в ЄС будуть марними. Адже Україна повинна розглядатися як потужний партнер, а не як дотаційна територія.

Щодо подолання кризових явищ в економіці, а відповідно і в соціальній сфері, не потрібно вигадувати велосипед, а потрібно грамотно переймати досвід тих країн ЄС, які успішно реалізують поставлені стратегічні завдання. Якщо говорити про досвід, наприклад, Німеччини то модель реформування соціальної сфери відома з часів Бісмарка і може розглядатися як модельна. Ідею побудови соціальної і правової держави, закріплена у статті 1 Конституції України не можливо реалізувати без потужного

економічного сектору. Відповідно, без нової економічної стратегії України, лише прийняттям нових соціальних законів прогрес буде мінімальним.

Від першого законодавчого кроку по реформуванню соціального страхування минуло більше двадцяти років. Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» закладено підвалини створення накопичувальної системи пенсійного страхування. Реальне запровадження цієї системи надасть можливість акумулювати щорічно десятки мільярдів гривень. В багатьох країнах кошти накопичувальних пенсійних фондів є одним з вагомих джерел довгострокового інвестування. Запровадження такого досвіду дало б можливість інвестувати значні фінансові ресурси в стратегічні економічні проекти України без зовнішніх запозичень.

Розглянемо потенційну ефективність запровадження накопичувальної системи у поєднанні з економічною стратегією. Наприклад, за один рік в накопичувальній системі може акумулюватись 30-60 млрд. грн. (1-2 млрд. євро) із тенденцією до зростання цієї суми. Цієї суми достатньо для побудови сміттєпереробних заводів у кожній області. Близько 6% території України зайнято сміттєзвалищами. За один рік можна вирішити цю проблему власними силами без зовнішніх запозичень. Ми маємо у підсумку робочі місця на десятиліття, поповнення бюджету, транспортну логістику, тощо. Очевидно, що такий підхід є прикладом ефективної економічної стратегії, яка в тому числі сприяє і вирішенню питання щодо підвищення соціальних стандартів, адже прибуток від діяльності сміттєпереробної галузі буде враховано у складі інвестиційного доходу накопичувальної системи і в кінцевому рахунку пенсіонери отримають додатково до існуючих пенсій реальні гроші, так як це відбувається в розвинутих країнах.

До нової економічної стратегії повинні бути включені такі пункти, як енергетична незалежність держави, ринок землі, автомобілебудування, космічна та авіаційна галузь, військова промисловість, тощо. Закон України

«Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» досить велику увагу приділив правовій регламентації пасивних операцій. Натомість, акцент мав би бути зроблений на економічні проекти, які мають багаторічну перспективу.

На даному етапі більша частина електроенергії генерується на атомних станціях, побудованих за часів СРСР. Їх термін експлуатації близько 50 років і він неминуче збігає. Не потрібно бути футурологом, щоб зрозуміти, що з розвитком цивілізації потреба в електроенергії буде тільки зростати. Наразі існуюча енергосистема – це корупційна машина по збагаченню декількох олігархічних сімей, відомих кожному українцю. Але чи відповідають такі реалії економічній стратегії? Відповідь є очевидною. Виробіток електроенергії на існуючих АЕС не має віддаленої перспективи. Чи потрібно інвестувати кошти в побудову нових АЕС є дискусійним. Досвід Чорнобильської трагедії і Фукусіми свідчать не на користь такого шляху. Неправильне поводження з ядерними матеріалами може обернутися трагедією для усього людства. Можливим виходом для атомної енергетики є вивчення питання по побудові реакторів, в яких можуть використовуватися хімічні елементи із швидким терміном періоду напіврозпаду, такі як торій, дейтерій і трітій, що є більш безпечним, порівняно з ураном і плутонієм. В даному напрямку потрібні консолідовані зусилля групи країн. Це може бути і в рамках ЄС-Україна, оскільки обі дві сторони мають серйозний досвід в атомній енергетиці.

Паралельно з цими дослідженнями мають проводитися дослідження і розробки екологічних джерел видобутку електроенергії. Мається на увазі і вдосконалення існуючих, наприклад сонячні панелі є витратними, мають низький ККД, займають велику площу. Відповідно слід збільшити наукоємність існуючих екологічних способів видобутку електроенергії, як вітрогенераторів, сонячних панелей, гідросистем, тощо. На правах наукової гіпотези зазначу, що слід було б більш ретельно переглянути існуючі

патенти і корисні моделі, які вже знайшли своє втілення в існуючих електрогенеруючих установках. Повторити досліди і вже зібрані одиничні моделі генераторів не є дуже витратим. Не потрібно великих коштів, щоб повторити досліди Серла, Клема, Шаубергера, Тесли та інших талановитих винахідників. Ми на порядок більше втрачаємо від корупційних схем на будівництві доріг чи державних закупівлях за один бюджетний рік, ніж потрібно було б витратити на наукові розробку в енергетичній галузі. При чому, це потрібно робити швидко, в межах 5-10 років. І інвестувати фінансові ресурси в перспективні проекти. Це було б вигідно і Україні і Європі на фоні стрімкого азійського економічного підйому. Збільшення об'єму електрогенерації, здешевлення її собівартості є чинником економічного росту (зменшення собівартості енергоносіїв завжди тягне за собою зменшення собівартості товарів, робіт, послуг і призводить до більш швидкого обігу фінансових ресурсів, оскільки населення починає більше купляти) і зменшує енергозалежність України від російського газу, що є стратегічно важливим для нашої країни.

Реалізація проектів в сфері енергетики могла б дати поштовх до розвитку автомобільної галузі, а саме екологічного електротранспорту. Наприклад, у Білорусії практично вирішено питання запуску у серійне виробництво легкового електротранспорту. В Україні це лише перспективні плани. Тенденції світового автомобілебудування свідчать про стабільне зростання сегменту електротранспорту. Вигідність інвестування фінансових ресурсів, у тому числі пенсійних активів є очевидною. Паралельно може розвиватися індустрія переобладнання в першу чергу громадського транспорту на електротягу. На сьогоднішній день витрати електротранспорту на 1 км шляху приблизно в 4-5 разів є нижчими за традиційне паливо. Це призведе як до здешевшення проїзду у населених пунктах, так і до суттєвого покращення екології.

До перспективних напрямів інвестування слід віднести і аерокосмічну галузь. У першу чергу – це формування парку маломоторної та середньомоторної авіації. В Україні майже відсутнє міжобласне авіа сполучення, відсутні вітчизняні лоукостери. Ця незайнята економічна ніше може бути забезпечена вітчизняними АНами. Це і розвиток вітчизняного авіабудування, і нові робочі місця і покращення внутрідержавного сполучення, логістики, тощо. Аналогічно щодо відносно короткого закордонного авіасполучення в радіусі 500 км. Наприклад, для такого міста як Ужгород лоукостери на напрямки Будапешт, Бухарест, Вена, Варшава, Братіслава будуть користуватися стабільним попитом. Це також незайнята економічна ніша, яку може заповнити вітчизняний АН.

Перспективним напрямом є також розвиток космічної техніки. Наприклад, виведення на орбіту супутників або космічних челноків з Літака АН 224 «Мрія» є набагато дешевшим, ніж використання ракет епохи Фон Брауна і Корольова.

Ідея вкладення пенсійних активів у земельні сертифікати не знайшла своє втілення. Однак, інвестування у агро холдінги є досить перспективним. Більшість українців до сих пір проти земельної реформи і відкритого ринку землі, оскільки мають побоювання що це буде використано для розкрадання земельних ресурсів. Якщо би населення було впевнено в тому, що їхні заощадження будуть дійсно інвестовані в земельний бізнес і вони будуть отримувати свій інвестиційний дохід від результатів господарської діяльності у аграрній сфері, то акценти суспільної думки могли б бути зміщені у сторону земельної реформи.

Це лише окремі і далеко не вичерпні напрями потенційного інвестування. Але для повноцінної реалізації вищезгаданих ідей потрібно реальне завершення реформ соціального страхування і, зокрема, пенсійної реформи. Для її законодавчого завершення потрібно скасувати окремі пункти перехідних положень Закону України «Про загальнообов'язкове

державне пенсійне страхування», внести зміни до розділу «гарантії » і негайно вводити їх в дію разом з новою продуманою економічною стратегією.

Список посилань:

1. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони

[http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/00_Ukraine-EU_Association_Agreement_\(body\).pdf](http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/00_Ukraine-EU_Association_Agreement_(body).pdf), http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_a11)

2. "Проблеми реформування пенсійної системи України в контексті впливу права ЄС на право України" Рошканюк В. М., тези доповіді /режим доступу/
<https://www.dujv.de/archiv-%D0%B0%D1%80%D1%85%D1%96%D0%B2/>.

3. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 9 липня 2003 року № 1058-IV (за станом на 11 березня 2013 року) [електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 49-51. – Ст. 376. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1058-15>

Руденко Оксана Валеріївна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри Європейського права
та порівняльного правознавства
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича

ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ В СВІТЛІ СУЧАСНИХ ТЕНДЕНЦІЙ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОЗАДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Цивільно-правові зобов'язання у більшості європейських країн традиційно поділяють на дві групи, залежно від підстав їх виникнення. У першу групу вони відносять договірні, а в другу – позадоговірні зобов'язання. Договірні зобов'язання можна чітко визначити як цивільно-правові зобов'язання, підставою яких є договір, що ж до визначення позадоговірних зобов'язань, то воно унеможлиблюється тим, що підстав виникнення таких зобов'язань безліч, і всі вони є різноплановими.

У багатьох країнах система позадоговірних зобов'язань, охоплює декілька груп, зокрема: зобов'язання, що виникають внаслідок ведення чужих справ без доручення – *negotiorum gestio* (в українському праві вони мають назву «вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без доручення» – глава 79 ЦК), зобов'язання із безпідставного збагачення – *condictio sine causa* (в українському праві вони мають назву «набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» – глава 83 ЦК, ст. 51 Закону про міжнародне приватне право), переддоговірну відповідальність (*culpa in contrahendo*). У законодавстві деяких країн до позадоговірних зобов'язань зараховують також недобросовісну конкуренцію (Австрія), дифамацію (Велика Британія) та деякі інші види зобов'язань. В ЦК України передбачені норми ще таких видів

позадовірних зобов'язань як публічна обіцянка винагороди (глава 78 ЦК), рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (глава 80 ЦК), створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи (глава 81 ЦК).

Зобов'язання з безпідставного збагачення згадуються ще римським правом, де вони охоплювалися поняттям *condictio sine causa* (зобов'язання повернення переданого без належної підстави). В Римській республіці існували окремі види спеціальних позовів, що передбачали певні типові випадки неправомірного збагачення, а саме: позов про повернення неналежно сплаченого, позов про повернення наданого, мета якого не була досягнута, збагачення в очікуванні майбутньої ганебної або неправомірної обставини, вимога повернення вкраденого та повернення отриманого на незаконних підставах.

Наразі зазначені положення закріплені в главі 83 Цивільного кодексу України, за якою особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала (ст. 1212 ЦК).

Безумовно, інститут римського права *condictio sine causa* суттєво відрізняється від сучасних кондиційних зобов'язань, норми щодо яких закріплені у чинному законодавстві країн світу. При рецепції норм римського права в більшості держав було збережено лише один з вище зазначених видів позовів – загальний позов про повернення переданого без належної підстави (*condictio sine causa*).

Обставини, які є причиною виникнення таких зобов'язань різні. В одному випадку безпідставне збагачення може виникнути у особи, яка не мала до цього ніякого зв'язку з потерпілим, в іншому причиною пред'явлення вимоги про повернення безпідставно отриманого майна може

стати визнання недійсної раніше укладеної сторонами угоди та ін. Різноманітність зобов'язань, в силу яких виникає безпідставне збагачення, зумовило певні складнощі при виробленні колізійних правил і неоднозначні судження фахівців щодо критеріїв, за допомогою яких слід визначати право, що підлягає застосуванню до відносин сторін внаслідок безпідставного збагачення. У законодавстві більшості країн колізійне регулювання зобов'язань з безпідставного збагачення здійснювалося за загальним принципом місця збагачення.

Розглядаючи інститут ведення чужих справ без доручення, слід зазначити, що він відомий з часів римського права, де отримав розвиток перш за все як ведення чужих справ (турбота про чужі справи) – *negotiorum gestio*, а слова «без доручення» були додані до даного терміну не самими римськими юристами, а в пізнішій літературі, щоб підкреслити важливу ознаку даного зобов'язання – відсутність в його підставі договору.

У даний час інститут ведення чужих справ без доручення відомий цивільному праву країн континентальної Європи і базується на римській концепції *negotiorum gestio*. Англо-американська правова сім'я не визнає самостійного існування зобов'язання, що виникає з добровільного втручання однієї особи, яка має благі наміри, в справі іншої особи.

У доктрині міжнародного приватного права розглядаються декілька самостійних колізійних прив'язок, які можуть бути використані для регулювання зобов'язань, що виникають з ведення чужих справ без доручення. Перша група прив'язок відсилає до закону місця проживання однієї зі сторін зобов'язань з ведення чужих справ без доручення (принципала (зацікавленої особи) або особи, яка веде справу без доручення) або до закону спільного місця проживання сторін. На користь застосування прив'язки до закону місця проживання принципала говорить перш за все необхідність захисту його прав і законних інтересів

як особи, під час відсутності якої і під час відсутності наданих нею повноважень іншій особі за власною ініціативою здійснює ведення її справ. Крім того, часто місце проживання принципала і місце ведення його справ іншою особою без доручення збігаються. У той же час є і аргументи на користь застосування прив'язки до закону місця проживання особи, яка веде справу без доручення, яка, як правило, має право претендувати на компенсацію понесених витрат, відшкодування збитків і виплату винагороди. Добросовісно діючи в чужих інтересах і виходячи з відомих їй норм матеріального права, ця особа правомірно розраховує на визначений цими нормами результат. Отже, застосування до досліджуваних зобов'язань права місця проживання особи, яка веде справу без доручення, відповідає її очікуванням. В даному випадку найбільш раціональним є звернення до закону спільного місця проживання сторін зобов'язання з ведення чужих справ без доручення, що, однак, не завжди можливо, тому що воно не завжди збігається, отже, дана прив'язка може використовуватися скоріше як субсидіарна.

Цікавим є інститут переддоговірної відповідальності. Основою відповідальності слугує гарантія, яка дається однією стороною іншій в справедливому і сумлінному веденні переговорів. Разом з тим, якщо одна зі сторін здійснювала матеріальні витрати на дослідження і розвідки з метою вступити в юридичні відносини з іншою, яка її на ці дії не тільки не уповноважувала, але і ухилялася від будь-яких попередніх угод, то, очевидно, в даному випадку не може бути мови про відповідальність, оскільки відсутній причинний зв'язок між відмовою вступити в попередні переговори і шкодою, завданою цією відмовою особі, що пропонує угоду. Таким чином, для визнання самого факту переддоговірної відповідальності необхідно встановити причинний зв'язок між понесеними майновим збитком і добровільною згодою на вступ в юридичні відносини. Ступінь

відповідальності при цьому повинен посилюватися по мірі переходу від однієї стадії переддоговірного процесу до іншої.

На даний момент в цивільному та міжнародному приватному праві України немає законодавчо закріпленого інституту переддоговірної відповідальності, а також принципів вирішення колізій щодо таких правовідносин. Однак розглядаючи законодавчу та судову практику розвинених країн світу можна зробити висновок, що необхідно закріпити цей інститут в національному законодавстві країни.

Окремо слід відзначити такий вид позадоговірних зобов'язань як деліктні. Перші згадки щодо цих зобов'язань містяться у Законі XII таблиць, який можна вважати першим писаним джерелом права Стародавнього Риму (451–450 р. до н.е.). Так у ньому містяться правила примирення винного з потерпілим, що передбачають обов'язок сплатити штраф потерпілій стороні. Більшість правових систем сучасності запозичила концепцію деліктних зобов'язань (*ex delicto*), сформовану та розвинену у доктрині римського права. З прийняттям Французького цивільного кодексу (ФЦК) та НЦУ, зобов'язальне право остаточно сформувалося в його сучасному вигляді. Зобов'язання з деліктів (правопорушень) врегульовані у ст. 1382-1386 ФЦК. Так, у ст. 1382 закріплено не відомий римському приватному праву принцип генерального делікту. У цій статті передбачено, що «будь-яка дія людини, яка завдає шкоди іншому, зобов'язує того, з вини кого завдана шкода, до її відшкодування». Закріплення системи генерального делікту у ФЦК мало велике значення для наступного розвитку інституту позадоговірних зобов'язань. В майбутньому цей принцип був відтворений у цивільному законодавстві багатьох країн.

В Україні питання врегулювання деліктних зобов'язань розв'язується на рівні спеціальних приписів чинного законодавства й міжнародних домовленостей, учасником яких є наша держава. Основним нормативним

актом, що регулює деліктні відносини з іноземним елементом в Україні, є Закон України «Про міжнародне приватне право», розділ VII якого присвячено врегулюванню позадоговірних зобов'язань шляхом встановлення відповідних колізійних прив'язок¹.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» досить повно відображені напрацювання міжнародного приватного права у сфері застосування колізійних прив'язок при виборі статуту деліктного зобов'язання. Стаття 48 Закону визначає загальний припис застосування колізійної прив'язки *lex loci delicti* до зобов'язань з відшкодування шкоди, а ч. 1 ст. 49 деталізує цю прив'язку в межах закону країни, де була вчинена неправомірна дія, що стала підставою виникнення деліктного зобов'язання. Двосторонній доміцилій як прив'язка врегулювання деліктних зобов'язань з іноземним елементом за вітчизняним цивільним законодавством передбачається згідно з ч. 2 ст. 49 Закону, колізійна прив'язка *lex fori* теж віднайшла своє обґрунтування у національному законодавстві України згідно з ч. 3 ст. 49 Закону.

Крім загальних приписів щодо застосування колізійних прив'язок у внутрішньому законодавстві України встановлюються особливості врегулювання спеціальних деліктних зобов'язань за участю іноземного елемента. Так, Кодекс торговельного мореплавства України досить детально регламентує особливості регулювання деліктних зобов'язань в межах торговельного мореплавства, згідно ст. 5 якого у разі заподіяння судном шкоди, що не передбачена статтями 296 і 314 Кодексу, відшкодування завданих збитків регулюється законодавством держави, де мала місце дія або інша обставина, що стала підставою для вимоги про відшкодування шкоди, а якщо шкода заподіяна у відкритому морі, –

¹ Про міжнародне приватне право: закон України від 23 червня 2005 року №2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32 (12.08.2005). – ст. 422.

законодавством держави, під прапором якої ходить судно, тобто має місце прив'язка *lex loci delicti* або прив'язка до закону прапора².

Статтею 296 КТМ України відносини, пов'язані з відшкодуванням збитків від зіткнення суден у внутрішніх водах або територіальному морі, регулюються законодавством держави, де трапилося зіткнення. Якщо всі судна, що зіткнулися, ходять під одним прапором і не зачіпають інтересів третьої сторони, застосовується законодавство держави прапора цих суден незалежно від того, де трапилося зіткнення.

В межах статті 314 КТМ України визначені особливості застосування права у випадку заподіяння ядерної шкоди судном, обладнаним ядерною установкою, на території України, у т.ч. територіальне море, а також у разі заподіяння ядерним судном, що плаває під Державним прапором України, ядерної шкоди у виключній морській економічній зоні, шляхом поширення правових норм глави 5 Кодексу на ці відносини. При цьому із тлумачення положень вказаної глави і ч. 2 ст. 14 КТМ випливає висновок про застосування тут також і колізійної прив'язки до закону прапора, під яким плаває судно.

Статтею 50 Закону України «Про міжнародне приватне право» окремо виділені випадки застосування колізійних прив'язок щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), а саме: право держави, у якій знаходиться місце проживання або основне місце діяльності потерпілого; право держави, у якій знаходиться місце проживання або місцезнаходження виробника або особи, яка надала послугу; право держави, у якій споживач придбав товар або в якій йому була надана послуга.

Отже, міжнародні домовленості, що є джерелом врегулювання деліктних зобов'язань з іноземним елементом у вітчизняному праві, досить різноаспектні.

² Кодекс торговельного мореплавства від 23 травня 1995 року №176/95-ВР // Голос України. – 1995. – № 127 (12. 07. 1995), 128 (13. 07. 1995).

Висновки:

1. Основні види позадоговірних зобов'язань, відомі сучасному європейському цивільному праву, фактично охоплюються положеннями чинного законодавства України.

2. Сьогодні у міжнародному правовому регулюванні позадоговірних зобов'язань переважають колізійні прив'язки, які сприяють міжнародному обороту, тобто міжнародному правознавчому обміну в цій галузі. Цю тенденцію віддзеркалює і законодавство України.

3. Головним експериментальним майданчиком для апробації нових колізійних способів впливу на приватноправові відносини стало колізійне регулювання деліткних зобов'язань. При цьому комбіноване застосування колізійних правил в галузі зобов'язань внаслідок заподіяння шкоди – сучасний міжнародний тренд. Які із них виявляться найефективнішими ще належить дослідити юристам-міжнародникам.

4. За цих умов, у випадках, коли вирішення питання відшкодування позадоговірної шкоди українськими судами надто ускладнене, перспективним бачиться застосування Принципів Європейського деліктного права. Саме вони можуть стати ефективним джерелом розв'язки в особливо заплутаних ситуаціях. Крім того, такий підхід сприятиме гармонізації української правової системи з міжнародною.

Михайло Савчин, професор, доктор,
Ужгородський національний університет, Україна,
викладач Національної школи суддів України
радник Голови Конституційного Суду України (2008-2010),
віцепрезидент Світового конгресу українських юристів

УКРАЇНСЬКИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ: МІСЦЕ НА СВІТОВІЙ МАПІ ТА ЙОГО ЧЕРВОНІ ЛІНІЇ

Вступ

Модерна українська держава не постала зненацька як наслідок невдалого путчу ГКЧП (рос. *Государственного комитета по чрезвычайному положению*) 18-21 серпня 1991 року. Однак цьому передували складні процеси, в яких Україна заплатила високу ціну за свою незалежність. Щоб зрозуміти еволюцію модерної української державності та її червоні лінії (red alerts)¹, необхідно наголосити на три етапи її становлення.

Перший етап пов'язаний із формуванням модерної державності у формі Козацької держави, яка виникла у 1648 році у результаті козацького повстання та боротьби за вольності козаків і селян, а також за релігійні свободи православних, які утискалися в умовах Речі Посполитої. У 1654 році Козацька держава або Гетьманщина переходить під протекторат Московської держави. Остання вже мала колосальний досвід інкорпорації у свій владний організм інших держав (Казанського, Астраханського ханств тощо), а також геноцидних практик задля анігіляції Псковської та Новгородської республіки, існування яких суперечило традиції московського самодержавства. Однак найвитонченішою була інкорпорація Речі Посполитої протягом XVIII століття, що закінчилося трьома поділами Польщі між Пруссією, Австрією та Росією. Натомість у рамках Гетьманщини були сформовані основні риси сучасного українського конституціоналізму, де було запроваджено поділ влади, гарантії особистих свобод та

¹ Маються на увазі критичні межі або маркери, за якими розпочинаються авторитарні практики урядування антитеза конституціоналізму.

зачатки соціального захисту, що було систематизовано у Пактах і вольностях війська Запорозького 1710 року, яку ще називають Конституцією Пилипа Орлика.

Другий етап – це національна революція, спрямована на звільнення від впливу імперської та більшовицької Росії протягом 1917-1921 років, на що наклав відбиток понад сторічна відсутність державності. Це виявилось у не врахуванні інтересів Української народної республіки Сен-Жерменським мирним договором 1919 року, а також результатів волевиявлення населення Галичини, Буковини та Подкарпатської Русі (теперішнє Закарпаття) щодо їх приєднання до УНР. У силу складної геополітичної ситуації та відсутності консолідації всередині суспільства УНР впала у боротьбі за незалежність, а на її теренах постала Українська радянська соціалістична республіка. Маріонетковий характер УРСР/УРСР підтвердився тим, що на її теренах був влаштований Голодомор 1932/33 років власне як акт злочину геноциду², що є немислимими для діяльності будь-якого національного уряду. Під час радянського урядування здійснювалися періодичні кампанії щодо переслідування української інтелектуальної еліти, яка відстоювала права національних меншин на ідею незалежності України (Розстріляне Відродження, переслідування шестидесятників, дисидентів та правозахисний рух).

Власне, постала незалежність України у 1991 році є результатом багаторічної боротьби за незалежність і звільнення від колоніальної залежності від метрополії, якою виступає сьогодні Російська Федерація. Тут ключовий чинник – не відтворити постколоніальні практики функціонування інституцій, правил і процедур, які притаманні саме метрополії. Це атакує національну конституційну ідентичність України і є істотним фактором, який гальмує еволюцію українського конституціоналізму.

Тому у цьому есеї я намагатимуся розкрити місце українського конституціоналізму на світовій мапі правової географії та основні інструменти його втілення. У першій частині піде мова про основні риси українського конституціоналізму та форми рефлексії на його потенційні виклики. У другій частині розкрию природу трьох

² Василенко В. Методологія правової оцінки Голодомору 1932-1933 років. *Антонович М. (ред.) Голодомор. 1932-1933 років в Україні як злочин геноциду згідно з міжнародним правом*. Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська Академія», 2016, 13-73. Наприклад, медіа-ресурс Радіо Свобода також систематично публікує інтерв'ю людей, що вижили під час Голодомору. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/rozkurkulennya-holodomor-korolchuky-vinnychyna/30943056.html>.

основних викликів конституціоналізму та своє бачення щодо шляхів їх попередження та вирішення.

1. Основні маркери українського конституціоналізму

Вимоги демократичної підзвітності та підконтрольності влади, розподілу повноважень між інститутами влади, належного урядування при повазі до людської гідності та свобод у громадянському суспільстві є тими речами, які притаманні українській конституційній ідентичності. Однак я би тут хотів виділити одну вельми прикметну рису, яка є чи не фундаментальною основою української конституційної ідентичності – це традиція віче, яка поєднує у собі людську гідність та демократичну підзвітність і підконтрольність влади. Вона виражається у спонтанній реакції народу на випадки системних утисків конституційних свобод та грубих порушень прав людини, свідченням чого є Революція на граніті (1990), Помаранчева революція (2004) і Революція гідності (2013/14).

1.1. Людська гідність та атомізація українського суспільства.

Завдяки традиції віче відстоюються цінності українського конституціоналізму, насамперед громадянських свобод. Однак радянське минуле, зокрема Голодомор, істотно змінили соціальні інституції. Такі вирішальні речі у житті людини як ритуали, пов'язані із народженням, хрещенням дитини, весіллям, похоронами зазнали істотної трансформації, що сприяло атомізації суспільства. Це істотно вплинуло на зміст правил та процедур у праві. Іншими словами, у суспільстві було підірвано засади довіри, що є фундаментальною основою формулювання правил і процедур. Це є одним із ключових чинників надмірного юридичного формалізму та відірваності юридичних правил і процедур від ціннісної основи, що є притаманним для правозастосовної практики органів публічної адміністрації та судів в Україні.

Водночас тут є і інша сторона медалі – це має наслідком розширення горизонтальних зв'язків. На відміні від Росії чи Білорусі домінування горизонтальних зв'язків в Україні сприяє прояву різноманітних форм суспільної солідарності та формуванню інститутів громадянського суспільства. Власне кажучи, громадянське суспільство України має певний рівень імунітету проти авторитарних практик урядування, яким рано чи пізно знаходить адекватна відповідь. Традиція віче, яка має тяглість ще з часів середньовічної Київської держави, яка означала виборність та

підзвітність асамблеї громадян князя, сьогодні трансформована у майдан як загальнонаціональну форму спротиву диктатурі чи авторитарним практикам правління. Вони власне склали інституційну основу зазначених трьох революцій періоду становлення незалежної України.

Про здійснення демократичних процедур у гідності говорить і німецький науковець Юрген Габермас як: «Легітимність означає гідність визнання політичного порядку»³. Власне процес легітимізації правопорядку, який пронизаний інститутами, процедурами і правилами, ґрунтується на суспільному консенсусі щодо базових цінностей. Цінності стають їх цілепокладанням та визначають певні закономірності функціонування державності. Надання в Україні переваги горизонтальним відносинам на протигагу вертикальним характеризує тривалий період бездержавності та особливості формування її соціальних інституцій.

1.2. Демократична підзвітність і підконтрольність та традиція віче.

Традиція віче та підзвітність органів публічної влади є важливим складовим елементом конституційної структури в Україні. На сьогодні воно є критично важливим для подолання корупції у владних структурах, що розглядається як корозія конституційної демократії. Корупцію як соціальний інститут також традиційно використовують російські спецслужби для зниження ефективності діяльності владних інститутів проти конкурентних держав. Тому корупція як інструмент використовується Росією для нав'язування дискурсу про Україну як *failed state* (неспроможної держави). Звідси, виникає необхідність формування сучасної системи публічної адміністрації, яка би на засадах незалежності, прозорості та демократичної підзвітності надавала якісні адміністративні послуги. Так само стоїть питання про підвищення ефективності парламентського контролю над виконавчою владою та цивільного контролю над діяльністю поліції, спецслужб та армії.

З цього приводу не можу обминути обставини ухвалення рішення Конституційним судом України № 13-р/2020, яким визнано низку положень антикорупційних законів неконституційними, оскільки, на думку КСУ, вони вводять контроль виконавчої влади над судовою владою, чим посягають на незалежність судової влади. Так судді Василь Лемак та Сергій Головатий в окремих думках наголосили

³ Габермас Ю. До реконструкції історичного матеріалізму. Київ: Дух і літера, 2014, 242-243.

відповідно, що дане рішення не відповідає критеріям належної юридичної аргументації та питання стосувалося насамперед демократичної підзвітності суддів, а не їх незалежності, оскільки за цим рішенням визнано неконституційним електронне декларування доходів та видатків суддів. Дійсно, з точки позиціонування суддівської незалежності вимога електронного декларування суддів своїх доходів і видатків не може розцінюватися як форма впливу на здійснення конституційного чи загального судочинства. Однак в Україні мало хто враховує дещо інші моменти, які пов'язані із гарантіями недоторканності суддів, що не стало предметом дослідження у рішенні КСУ № 13-р/2020. Йде мова про те, що стосовно суддів загальних судів питання дисциплінарної відповідальності вирішує Вища рада правосуддя, а щодо конституційних суддів сам Конституційний суд на пленарному засіданні двома третинами від свого загального складу (тобто 12 суддів із 18 загального складу). Оці важливі питання взагалі не стали чогось предметом перевірки з боку Конституційного суду.

Натомість Президент Володимир Зеленський, який спирається на парламентську більшість, замість того, щоб внести адекватні зміни у антикорупційне законодавство, вніс у Верховну Раду законопроект, в якому пропонує звільнити з посад суддів КСУ за їх недоброчесність і з метою поновлення суспільної довіри до КСУ як конституційної інституції на засадах конкурсу сформувати новий склад Суду. Такі ініціативи атакують конституційний континуїтет державних інституцій і воно виглядає як узурпація влади. Тому ця ситуація може стати своєрідним тригером, яка може докорінно змінити конституційну конструкцію влади. В Україні, як правило, така конституційна ентропія запускає механізм майдану/віче як форму демократичної підзвітності держави громадянському суспільству.

1.3. Належне урядування та соціальна справедливість

Є інша сторона цього підходу КСУ – наразі він займає крайню консервативну позицію щодо ідеї незалежних державних агентств, до яких належать незалежні регулятори та органи охорони правопорядку. Наприклад, у порядку судового перегляду а posteriori конституційного законопроекту КСУ визнав пропозицію щодо розширення повноважень Президента у частині створення незалежних органів охорони правопорядку та незалежних регуляторів таким, що суперечить поділу влади (висновок № 7-в/2019). До речі, КСУ вийшов за межі своїх повноважень, оскільки субстантивно він може згідно зі статтею 157 Конституції України розглядати такого роду законопроекти на предмет того,

чи не передбачає він скасування чи обмеження прав і свобод людини та ліквідацію незалежності України. При цьому з невідомих причин, КСУ керувався приписами поточного законодавства, що ці органи ніби то є «центральною органами виконавчої влади», хоча цей концепт є сумнівним щодо незалежних державних агентств, яким має бути гарантована незалежність від політичних інститутів влади (парламенту та уряду) та бізнесових кіл.

З іншого боку, президентський конституційний законопроект також володів вадами, оскільки він не передбачав конкурсної процедури відбору до незалежних державних агентств та паритетну процедуру призначення їх посадовців за участі президента та парламенту. Це базові стандарти функціонування незалежних державних агентств на засадах поділу влади, які на підставі Конституції і законів відповідно наділяються певними регуляторними повноваженнями та здійсненнями функцій щодо охорони правопорядку. До таких органів в Україні належать Національний банк, Антимонопольний комітет, національні регуляторні комісії, антикорупційні органи, Державне бюро розслідувань, Служба безпеки тощо.

На сучасному етапі, відсутність Адміністративного процедурного кодексу та наявність всупереч засад верховенства права спеціальних законів про особливості приватизації окремих майнових комплексів на кшталт Укррудпрому чи комплексу імені Ілліча, призводить до численних зловживань у відчуженні публічного майна на користь приватних бенефіціарів. Так само, енергетична криза, яка виникла у 2020 році внаслідок млявості Антимонопольного комітету та Національної комісії з регулювання енергетики і комунальних послуг, призвела до зростання цін на енергетику в Україні вище за ціни в країнах Європейського Союзу. Тому прозорість процедур та додержання вимог належної правової процедури при розслідування недобросовісної ділової практики є основою демократичної підзвітності учасників економічних відносин.

1.4. Свобода та верховенство права

Прийнято вважати, що свобода є наріжним каменем сучасного конституціоналізму. Власне дух свободи лежав в основі національно-визвольної революції 1648-1667 років, яка поклала засади державності Гетьманщини. Гетьманщина спродукувала окрім так званої Конституції Пилипа Орлика 1710 року також іншу важливу юридичну пам'ятку – Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 року. Цей документ хоч і не був схвалений імперською владою, але фактично застосовувався судами Гетьманщини, яка

мала у складі Російської імперії автономію до 1764 року. По суті, це були ті самі процеси, як у Франції дебати щодо кодифікації приватного права чи обставини складання Пруського земського законника (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*) 1794 року тощо.

Таким чином, традиція верховенства права є притаманна також і українській правовій традиції і тривалий час в Україні ці процеси перетікали у загальній канві європейського правового процесу. У чому ключові маркери сучасного конституціоналізму у втіленні засад верховенства права?

Повага до прав людини та гарантії незалежного і безстороннього правосуддя є наріжним каменем верховенства права (*the rule of law doctrine*) або згідно з континентальною традицією права – правової держави (*Rechtsstaat*). Сучасні дискусії стосовно втілення стандартів здійснення судочинства з повагою до гідності та прав людини найчастіше пов'язані із формалізмом у праві, яке є відлунням постколоніальної спадщини. Акцент на формі, а не на змісті викривлює сутність як процедур, так і мети, якої переслідує суд, ухвалюючи рішення у справі. З урахуванням цього контексту, зокрема, у діяльності Національної школи суддів формалізується підхід при підготовці суддів. З точки зору ціннісного наповнення підготовка суддів акцентується на вивченні практики Європейського суду з прав людини, в якій основні компоненти *rule of law/Rechtsstaat* набувають змістовного наповнення. Згідно зі статтею 17 Закону № про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ⁴ рішення Суду є джерелом права, які накладають обов'язки на суди загальної юрисдикції при обґрунтуванні своїх рішень враховувати case-law Страсбурзького суду. З урахуванням того, що Конституційний суд доволі мляво приймає рішення по конституційним скаргам, вплив практики ЄСПЛ на імплементацію стандартів верховенства права є чи не вирішальним. Зокрема, Кримінальний процесуальний кодекс після відтворення статті 3.1 Конституції далі у статті 8.2 взагалі містить доволі радикальний припис: «Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини»⁵. Насправді все доволі банально пояснюється – за майже трирічну практику розгляду КСУ ще не ухвалив навіть 30 рішень по конституційним скаргам,

⁴ Закон України № 5463-VI від 23.02.2006 р. *Відомості Верховної Ради України*, 2006, № 30, ст. 260 (у ред. від 02.12.2012 р.).

⁵ Закон України № 5651-VI від 18.04.2010 р. *Відомості Верховної Ради України*, 2013, №№ 9-10, 11-12, 13, ст. 88 (у ред. від 11.09.2020 р.).

левою частку яких складають питання соціального захисту, а не конституційних гарантій особи у кримінальному процесі.

Різноманітні дискусії щодо окремих аспектів незалежності судів, зокрема імплементації вимог *international soft law* чи то у формі висновків Венеційської комісії, чи то Бангалорських принципів поведінки суддів, Монреальської універсальної декларації незалежності правосуддя впираються у розбалансованість суддівського самоврядування та необхідності впровадження високих стандартів обґрунтованості судових рішень. Останнє найбільше отримує нарікання, але в цьому напрямку здійснюються заходи, як по лінії НШСУ, так і Координатора проектів ОБСЄ в Україні, *Pravo-Justice for Ukraine* тощо.

1.5. Деконцентрація влади та дифузивна модель організації публічної влади

Український семіпрезидентіалізм у мене асоціюється із агрегатним станом ртуті. Це вносить юридичну невизначеність при прийнятті правових актів у трикутнику відносин «парламент – президент – уряд», породжуючи конфлікти і нестабільність конституційного порядку. Власне у цьому полягає дифузивність поділу влади в Україні – така здійснюється не між конституційними інститутами влади, а по лінії правлячої більшості та опозиції.

Семіпрезидентіалізм насправді ефективно діє у Франції. Для постсоціалістичних країн зі слабкими партіями, діяльність парламентських фракцій яких переважно є об'єктом маніпулювання президентською канцелярією. Перехід до парламентських систем за таких умов ніби виглядає неоптимальним варіантом, хоча насправді тоді президент є обмеженим в інструментарії щодо розпуску парламенту. Саме в парламенті концентрується можливість забезпечити інвеституру уряду та здійснювати контроль над його діяльністю. Водночас, як семіпрезидентіалізм, так парламентаризм передбачають сильну модель конституційної юстиції, яка необхідна для захисту прав опозиції від свавільних рішень парламентської більшості. При семіпрезидентіалізмі на конституційну юстицію давить подвійний тягар як з боку парламентської більшості, так і з боку президента. При парламентаризмі президент буде скоріше за все союзником конституційної юстиції. Тому система поділу влади при парламентаризмі буде більш збалансованою. Це є предметом тривалих дискусій щодо можливої ревізії конституційного ладу в Україні.

2. Три вершники викликів українському конституціоналізму

Тепер людська цивілізація перебуває на стадії переходу до четвертої стадії свого розвитку. Раніше розвиток цивілізації поступально переходив до (i) осілого життя з його аграрною революцією до так званого (ii) осьового часу, коли виникла етика, релігія і юриспруденція та завершуючи (iii) індустріалізацією, якому відповідали засади ієрархії її побудови. Сьогодні у зв'язку (iv) із постіндустріальністю та необхідністю перегляду ієрархічних структур на горизонтальні все більшого значення набувають інституції, правила і процедури у рамках концептів глобалізації та сталого розвитку людства⁶. У цьому контексті на розвиток українського конституціоналізму накладаються три виклики, про які піде нижче мова.

2.1. Постколоніальна спадщина та інституційна спроможність держави

Звільнення від постколоніальної спадщини у юриспруденції є критично важливим для подальшого поступального розвитку України. Залишатись і надалі в авторитарному дискурсі державного права російського стибу, згідно з яким у кожній державі існує конституція, суперечить сучасним досягненням у доктрині та практиці конституціоналізму. Це є редукцією у розумінні конституції, яку зводять у такий штаб, лише до писаного документа. Мережеві структури, які залишилися від колишньої метрополії і сьогодні відіграють в Україні певну роль у формуванні правил та їх

⁶ Це стало предметом аналізу у доповіді Римського клубу 2019 року “*Come On! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet*”, в якому основними викликами людства розглядаються питання гармонії людства із природою, виклики, пов'язані зі штучним інтелектом, досягнення якого можуть використати багатії для впровадження суворої кастової ієрархії на базі використання ШІ у якості нейрокомп'ютерних інтерфейсів для формування раси надлюдей. Окремі моменти цих проблем досліджуються у доктринах багаторівневого конституціоналізму (Pernice, Ingolf. (2009) *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*. 3(15) *Columbia Journal of European Law* 349-407), глобалізації (Jeffrey L. Dunoff, Antje Wiener, Mattias Kum, Anthony F. Lang, Jr. and James Tully (2015). *Hard times: Progress narratives, historical contingency and the fate of global constitutionalism*. 4 *Global Constitutionalism* 1-17; Kjaer F. Poul. *The Concept of the Political in the Concept of Transnational Constitutionalism: A Sociological Perspective*. In: Christian Jorges, Tommi Ralli (Eds.): *After Globalization - New Patterns of Conflict and their Sociological and Legal Reconstruction*. Oslo: Arena, 2011. p. 285–231) та біоетики в праві (Lavazza A (2018) *Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis*. *Frontiers in Neuroscience*. 12:82; Ienca, M., and Andorno, R. (2017). *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*. *Life Sci. Soc. Policy* 13:5).

легітимації. Так от, специфічною рисою цих структур в Україні є те, що вони є уламками політичних, економічних та культурних структур тоталітарного Радянського Союзу, який канув у Лету. Звідси, інтелектуальна спадщина представників цих мережевих структур скоріше схильна йти у фарватері прихильників авторитарних практик та побудови суспільно-політичних інституцій авторитарного штибу. Тому й не дивним буде у такій ситуації ототожнення наявності конституції із існуванням державності, незважаючи на існуючі авторитарні практики.

Інституційну спроможність держави слід розглядати права людини, які послужили об'єктивним критерієм підходу КСУ у висновку від 30 липня 2015 року. Зокрема, у субстантивно-матеріальному сенсі критерій прав людини визначає перевірку конституційних законопроектів на предмет:

- належного здійснення державою негативних і позитивних обов'язків щодо забезпечення доступу приватних осіб до певних матеріальних і духовних благ, їх законних інтересів щодо самовизначення як індивіда;

- інституційних складових функціонування владних інститутів, заснованих, зокрема, на повазі до людської гідності, недопущення дискримінації та свавілля через поділ влади та засади саморегулювання, ініціативності, доступу до управлінських послуг;

- процедурних складових державності, до яких належать засади довіри, належного розслідування та розгляду всіх істотних обставин справи, заслуховування зацікавлених осіб, змагальності у процесі, права на оскарження рішень, принципу *res judicata*.

У системному зв'язку такі компоненти визначають зміст інститутів, процедур і правил. Їхнє сутнісне наповнення забезпечується: обґрунтованими судовими рішеннями, судовий активізм виправданий міркуваннями підвищенням захисту прав людини; забезпечення прийняття передбачуваного та якісного законодавства; наближеністю, прозорістю і демократичною підзвітністю публічної адміністрації; збалансовану систему стримувань і противаг; можливість своєчасно, оперативно і ефективно захистити національний суверенітет і територіальну цілісність України.

2.2. Російсько-українська війна та забезпечення національної безпеки

Російсько-українська війна цілком очевидно розкрила вади парламентської моделі екстраординарного захисту конституції. Після Революції гідності станом на 20 лютого 2014 року склалася ситуація, коли фактично єдиним легітимним органом влади

залишилася Верховна Рада України як представницький орган. Саме парламент своїми рішеннями почав заповнювати вакуум влади, який утворився. Тим самим Верховна Рада України взяла на себе функції органу установчої влади народу України для поновлення конституційного порядку. Відповідно до цього був спочатку обраний виконувач обов'язків Голови Верховної Ради України, який пізніше також взяв на себе функції виконувача обов'язків Президента до обрання нового за результатами призначених на 25 травня дострокових президентських виборів.

Цим скористалася Російська Федерація, на порушення норм і принципів міжнародного права вчинивши акт агресії проти України та анексувавши Крим (Автономну республіку Крим та місто Севастополь). Усе це прикривалося під риторикою захисту прав російськомовних прав громадян та ніби «державного перевороту» в Києві. Хоча проф. Олександр Задорожній відзначав, що жодних реальних правових підстав для силового захисту «співвітчизників» за кордоном (на території Криму) в російського керівництва не було⁷.

За таких умов реагувати на ситуацію із анексією Криму та потім на підрив громадського спокою у Донецькій та Луганській області (ОРДЛО) до парламентських виборів у жовтні 2014 року було складно. Справа полягала в тому, що процедура оголошення воєнного чи надзвичайного стану в Україні чи окремих місцевостях передбачає остаточне схвалення Верховною Радою указу Президента. На той час парламент контролювала більшість, в склад якої входила Партія регіонів та Комуністична партія, на яку спиралися Президент Віктор Янукович, який покинув правління, та уряд Миколи Азарова. Це було одним із ключових факторів, з яким пов'язана така млява реакція на такі істотні виклики для національного суверенітету і територіальної цілісності України, що призвело до анексії Криму Росією та створення незаконних структур в ОРДЛО за організації та матеріальної підтримки Росії⁸.

Однак чинник війни має доволі істотний вплив на економічні інституції, оскільки на підтримку оборонно-промислового комплексу йде значна частка ресурсів із публічних фінансів. Як свідчить аналіз, не існує прямої кореляції, що ОПК може стати драйвером

⁷ Задорожній О.В. (2015) *Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права*. Київ: К.І.С. 98

⁸ На важливості застосування адекватних запобіжних заходів проти осіб, причетних до діяльності терористичних організацій, які вели підривну діяльність проти України, наголосив Європейський суд з прав людини, див.: Грубник проти України, заява № 58444/15, від 17.09.2020.

економічних та політичних реформ⁹. Навпаки, одним із тригерів виборчої президентської кампанії у 2019 році стало публічне обговорення проблеми використання публічних фінансів державним концерном «Укроборонпром», що також стало чинником невдачі чинного на той час Президента Петра Порошенка. Загалом на цілі оборони видатки у Державному бюджеті зростали з початку військових дій: 2018 – 74 млрд грн, 2019 – 102,4 млрд грн, 2020 – 117,6 млрд грн. За проектом Державного бюджету на 2021 рік передбачається видатків у сфері національної безпеки і оборони 267 млрд грн із загальної обсягу видатків у 1.350 млрд грн. Наразі держава не виробила свого бачення, чи розглядати ОПК в якості кластера для трансформації національної економіки та впровадження відповідних реформ чи хоча би впровадження прозорих механізмів підзвітності у сфері публічних фінансів. Хоча виклик військової загрози України та необхідність поновлення територіальної цінності мало би стимулювати перетворення у політичних та економічних інституцій, які би були спрямовані на досягнення сталого розвитку суспільства та конкурентоспроможної економіки.

2.3. Дилема економічних і політичних реформ та сталий розвиток суспільства

Інша проблема – яку модель трансформації обрати, що є чи не ключовим питанням для перехідних конституційних демократій: надати перевагу політичним реформам чи надати пріоритет економічним реформам або вирішувати це комплексно. Я лише наведу приклад із законодавчим мораторієм щодо земель сільськогосподарського призначення, який визнаний Європейським судом з прав людини таким, що порушує право на мирне володіння майном¹⁰. На ці речі впливають маркери економічних інституцій, які мають тяглість із формуванням кріпосництва (залежного статусу) українських селян у Речі Посполитій та Російській імперії, чого вже у той час не знала Західна Європа, радянських колгоспів.

Тому на сьогодні маємо специфічну структуру економіки на ринку землі, де має місце, як і в часи Речі Посполитої значна концентрація земельних ресурсів у невеликого числа власників – на зміну магнатам прийшли крупні агрохолдинги. Звідси інші корені проблеми інституційного дизайну економічної системи в Україні – її олігопольна структура, тяжіння до монополізму та різноманітних практик зловживання домінуючим

⁹ Резнікова Н., Панченко В. (2020) Військовий бюджет. *Дзеркало тижня*, 29 вересня. URL: <https://zn.ua/ukr/economic-security/vijskovij-bjudzhet.html>

¹⁰ Зеленчук і Цицора проти України, заяви №№ 846/16 та 1075/16, від 22 серпня 2018.

положенням на ринку, завершуючи рейдерством. Саме по собі, домінуюче положення на ринку не є неправомірним, оскільки воно може виражати розвиток та технологічну перевагу певної корпорації на ринку, як то є з тими же Amazon, Google, Microsoft тощо. Однак при цьому мають існувати певні запобіжники, які спрямовані на нормальне функціонування ринку. Отут ми приходимо впритул до питання про співвідношення цінностей та інституцій при правовому регулюванні. Я вже одній зі статей давав огляд основних моделей втручання держави в економічні свободи¹¹ і на ці моделі накладають свій відбиток система цінностей.

З точки зору інституційної компоненти існує необхідність формування балансу повноважень між законодавчою і виконавчою владою та відмежування від цієї сфери незалежних державних регуляторів. Незалежні державні регулятори я розглядаю як ключовий інституційний компонент в економічних трансформаціях, які пов'язані із перебудовою сучасних держав із вертикальних до горизонтальних структур урядування. Воно якраз відповідає економічним процесам гетерархії, де поєднується *kosmos* ринку та *nomos* соціальних цінностей. Прикладом того є формування правил у формі *Lex Mercatoria* чи *Lex Digitalis*, де рол держави чи не класична – забезпечення стабільності контрактів та вирішення судами спорів щодо додержання їх умов на засадах еквівалентності та конкурентності. Цілком слушно Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними¹². Як на мене, існують три рівні вирішення таких викликів для перехідних економік, зокрема і для національної економіки України: (i) економічний конституціоналізм; (ii) регуляторна держава та (iii) демократична підзвітність і підконтрольність економічних інститутів.

2.4. Свобода, економічна активність та епідемічна безпека.

При пандемії, зокрема з COVID19, існує три виміри забезпечення балансу інтересів у суспільстві. *Перший* пов'язаний із застосуванням карантинних заходів, спрямованих на істотне обмеження свободи пересування, оскільки метою є захист людського життя. *Другий вимір* пов'язаний із одночасним обмеженням свобод та необхідності алокації

¹¹ Савчин М. (2018) Конституційна економіка та основні моделі втручання в економічні свободи 5 *Право України* 13-29.

¹² Томаш Седлачек, *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи* Львів: Вид-во Старого Лева 2017.

ресурсів, які мають бути спрямовані на боротьбу із COVID19. *Третій вимір* полягає у збалансованості загальних заходів та доступності до загальних медичних послуг та боротьбою із конкретною епідемією.

Як бачимо, чинник пандемії COVID19 та російсько-український військовий конфлікт накладають значний відбиток на функціонування політичних та економічних інституцій в Україні. Тут слід зважати на баланс, який полягає у зважуванні, з одного боку, основоположних свобод та, з другого боку, здоров'я населення. Забезпечення здоров'я населення є загалом вітальною метою, а забезпечення свобод – екзистенційною. Виходячи із такого дуалізму переслідуваної легітимної мети, слід надавати певну свободу розсуду фахівцям-епідеміологам, які можуть розробити превентивні заходи щодо забезпечення здоров'я населення таким чином, щоб не посягати на сутнісний зміст фундаментальних свобод – свободи пересування, свободу вибору роду професії, гарантій права власності¹³.

Пандемії також є своєрідним краш-тестом ефективності національних систем охорони здоров'я. Задовільна система забезпечення охорони здоров'я є сьогодні складовою у систематиці позитивних зобов'язань держави щодо захисту права на життя. Як засвідчує досвід боротьби із пандемією в Україні медична галузь працює із істотним напруженням. Такі складнощі обумовлені зі слабким інституційним і ресурсним забезпеченням законодавства, так і незначними асигнуваннями держави на медичну галузь. З урахуванням недостатності бюджетного забезпечення медичної галузі наразі так і не запроваджено загальнообов'язкового медичного страхування, що би диверсифікувало джерела доходів для галузі. Хоча, на перший погляд, тут немає кореляції із боротьбою із пандемією COVID19, але наявність диверсифікованої системи фінансування медицини полегшило би алокацію ресурсів для боротьби з пандемією.

При обмеженні ресурсів слід використовувати наявну економічну кризу як привід для зміни самої структури національної економіки. Основним інструментом для держави тут є держзамовлення та певні ліберальні режими для малого і середнього бізнесу, оскільки у цій сфері значна частка самозайнятого населення, якому не є сенсу платити соціальні допомоги, а відповідні кошти можна спрямувати на подолання пандемії. З урахуванням фактичного стану війни з Росією, це би дало змогу дати поштовх

¹³ Coronavirus disease (COVID-19) technical guidance: Infection prevention and control / WASH. *World Wealth Organization*. URL: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/infection-prevention-and-control>.

національній економіці також і через військові замовлення на суміжні галузі економіки. У зв'язку зі змінами у структурі зайнятості, зокрема, за рахунок дистанційного виконання певних видів робіт, буде змінено трудове законодавство, яке має бути зацентовано на гарантування доходів працівників, які б гарантували гідне життя та право людини на її вільний розвиток. Через систему публічних закупівель держава може стимулювати розвиток інноваційних напрямків національної економіки, що сприятиме її зростанню на стратегічну перспективу.

Висновки

Ключовим чинником трансформації українського конституціоналізму є відмова від постколоніальних практик урядування як відносин ієрархії. На їх заміну приходять відносини гетерархії, які поєднують субординацію та горизонтальні зв'язки. Правила визнання правил через поєднання приватно-правового і публічного механізму творення права стають на порядок денний. Так само успіх економічних реформ пов'язані із існуванням належних інституцій, що складно уявити без політико-правової складової. До таких інструментів належить судовий конституційний перегляд, безсторонне і незалежне публічне урядування зокрема у діяльності незалежних державних агентств, які є рівновіддаленими від політичних інститутів та бізнесових кіл. Економічні структури мають бути вплетені у збереження довкілля, розгортання структури медичного забезпечення та надання доступних і якісних адміністративних послуг населенню.

Wolfgang Siewert

Präsident des Landessozialgerichts der Freien und Hansestadt Hamburg

Aktuelle Überlegungen zur Modernisierung des Prozessrechts in Deutschland

Die Digitalisierung des Rechts ist seit einigen Jahren eines der wichtigsten juristischen Spielfelder. Stichworte wie „künstliche Intelligenz“, Elektronischer Rechtsverkehr“ oder gar „legal tech“ nehmen in der juristischen Diskussion in Deutschland aktuell breiten Raum ein. Die Corona-Pandemie hat die Diskussion und die Anstrengungen noch einmal befeuert, auch im juristischen Alltag die elektronischen Kommunikationsmöglichkeiten, die uns im Umgang mit Lieferdiensten oder Dienstleistungsunternehmen längst vertraut sind, zu nutzen. Wir sehen aber auch, dass es nicht genügt, den Gerichten Videogeräte und Software für online-Konferenzen zur Verfügung zu stellen. Das Prozessrecht muss dazu auch die Möglichkeiten bieten, diese zu nutzen. Die Vorschläge dazu wurden unter anderem von einer entsprechenden Arbeitsgruppe der Präsidenten der Oberlandesgerichte aber auch von der Justizministerkonferenz gemacht. Einzelne Bundesländer können hier nicht vortreten. Für die meisten Vorhaben ist eine Änderung der Zivilprozessordnung (ZPO) erforderlich, aber das Prozessrecht ist Bundesrecht.

Das Prozessrecht in Deutschland ist zersplittert. Entsprechend den grundgesetzlich vorgesehenen fünf Gerichtszweigen hat jede Gerichtsbarkeit ihre eigene Prozessordnung, Die Ordentliche Gerichtsbarkeit hat sogar zwei: Die ZPO und die Strafprozessordnung (StPO). Die Verfahrensordnungen der Fachgerichtsbarkeiten (VwGO, SGG, FGG und ArbGG) sind zwar ähnlich, Versuche, für diese Bereiche eine einheitliche Prozessordnung zu schaffen, sind bislang aber gescheitert. Die ZPO ist gewissermaßen primus inter pares, da alle Verfahrensordnungen auf sie verweisen, soweit sie keine besonderen Regelungen vorsehen.

1. Modernisierung der ZPO

- Beschleunigtes online Verfahren

Dieses Vorhaben wird seit längerem diskutiert und steht ganz oben auf der Agenda. Hintergrund: Nach Untersuchungen der Europäischen Union meiden 40 % der Verbraucher bei Streitwerten unter 500 Euro den Weg zum Gericht. Deutlich höher

liegt die Schmerzgrenze in Deutschland. Erst ab einem Schaden von rund 1950 Euro (im Durchschnitt) kämpfen die Bürgerinnen und Bürger für ihr Recht. Außerdem meinen 83 % der Deutschen an, Gerichtsverfahren dauerten zu lange.

Um dem entgegenzuwirken soll ein sogen. Beschleunigtes Online-Verfahren (BOV) geschaffen werden. Einfach, günstig und schnell – das ist der Grundgedanke des BOV. Bürgerinnen und Bürger sollen vom Sofa aus ihre Klage per Internet beim Gericht einreichen können.

Entsprechend hat die Justizministerkonferenz schon 2018 gefordert, "im Hinblick auf die stark rückläufigen Eingangszahlen in den Zivilverfahren" zu untersuchen, "ob insbesondere für den Bereich von geringfügigen Forderungen ein neues und kostengünstigeres Online-Verfahren entwickelt werden sollte."

Das ist der eigentliche Grund, das BOV zu fordern:

In Hamburg verzeichnen wir seit 2004 einen Rückgang der Klagen in Zivilsachen mit einem Streitwert von bis zu 2000 EUR um 40%.

Als Anwendungsbereich eines BOV kommen in erster Linie massenhaft auftretende Streitigkeiten zwischen klagenden Verbrauchern und Unternehmen in Betracht. Für Verbraucher wäre die Teilnahme an diesem kostengünstigen Verfahren freiwillig, für Unternehmen verpflichtend. Sinnvollerweise müsste das Verfahren so ausgestaltet sein, dass in der Regel auf eine mündliche Verhandlung verzichtet wird und das Freibeweisverfahren gilt. Notwendig ist dazu eine Änderung der ZPO.

- Einrichtung eines sicheren, bundesweit einheitlicher elektronischen Bürgerzugangs in Form eines Online-Portals.

Dieses Online-Portal soll der Entgegennahme von (Klage-) Anträgen dienen. Diese sind sonst bei der Rechtsantragstelle eines Gerichts anzubringen. Ebenso könnten Mahnbescheidsanträge sowie Anträge in dem neu einzuführenden Beschleunigten Online-Verfahrens hier eingereicht werden. Durch Erläuterungen und Abfragen sollen Rechtsuchende Unterstützung bei der Auswahl des geeigneten Rechtsbehelfs und der Fassung von Anträgen erhalten. Denkbar ist auch eine Art virtuelle Rechtsantragstelle, bei der der Bürger im Rahmen einer Videokonferenz Anträge aufnehmen lassen kann. Auch hier ist die Diskussion durch die Corona-Pandemie in Schwung gekommen. An meinem Gericht wird die Rechtsantragsstelle täglich von vielen Bürgern aufgesucht. Es war eine der ersten Maßnahmen zu

Beginn der Pandemie, das Verfahren in diesen Antragstellen umzustellen und den direkten Kontakt zwischen Rechtsuchenden und unseren Servicemitarbeitern zu unterbinden. Wir behelfen uns bisher mit einer telefonischen Kontaktaufnahme. Ein solches Online-Portal wäre deshalb dringend nötig.

- Einrichtung eines sogenan. „Basisdokuments“

Dieses Basisdokument soll im Zivilprozess den Parteivortrag strukturieren. Es sollen also nicht wie bisher Schriftsätze ausgetauscht werden, die sich ausufernd in Nebensächlichkeiten verlieren, sondern in einer beim Gericht angelegten Online-Plattform soll unter richterlicher Anleitung ein gemeinsames Dokument erstellt werden, in dem der gesamte streitige und unstreitige Prozessstoff zusammengestellt wird. Die Gliederung erfolgt chronologisch. Der Richter überwacht die richtige Zuordnung des Lebenssachverhaltes und gibt ggf. rechtzeitig Hinweise. Der in dem Basisdokument enthaltene wechselseitige Sachvortrag wird im Lauf des Verfahrens verbindlich. Er bildet dann die Entscheidungsgrundlage und ersetzt den Tatbestand, so wie wir ihn jetzt kennen.

2. Modernisierung der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)

Die Bundesregierung hat im vergangenen Jahr einen Gesetzesentwurf zur Reform der VwGO vorgelegt¹.

In dem Entwurf heißt es, das geltende Verwaltungsprozessrecht gewährleiste zwar effektiven Rechtsschutz gegen hoheitliches Handeln. An verschiedenen Stellen der Verwaltungsgerichtsordnung seien jedoch punktuelle Ergänzungen geboten, um den Rechtsschutz zu verbessern, zu straffen und um auf aktuelle Anforderungen zu reagieren. Neu geregelt werden sollen:

- Ersatzansprüchen gegen die öffentliche Hand.

Dafür soll ein Adhäsionsverfahren im Verwaltungsprozess eingeführt werden. In Deutschland kennen wir ein solches Adhäsionsverfahren im Strafprozess. In bestimmten Fällen kann der Verletzte dem aus einer Straftat ein Vermögensschaden entstanden ist, den Schaden in dem Strafverfahren geltend machen (§ 403 StPO).

¹ BT-Drs. 19/10992.

Entsprechend würde ein Kläger im Verwaltungsprozess die Möglichkeit erhalten, mit einer im Verwaltungsrechtsweg anhängigen Klage (Primäranspruch) zugleich hiermit zusammenhängende öffentlich-rechtliche Ersatzansprüche (Sekundäranspruch) zu verfolgen. Somit könnten zum einen Doppelprozesse in verschiedenen Gerichtsbarkeiten vermieden und Verfahrenskosten reduziert werden. Zum anderen kann das mit dem Fall bereits befasste und in diesem Sinne sachnähere Gericht direkt über den Ersatzanspruch entscheiden. Dieses kann das vorhandene Fallwissen auch für das Sekundärrechtsschutzverfahren nutzen. Der Rechtsschutz werde damit bürgerfreundlicher und effektiver ausgestaltet werden.

- Beschleunigung planungsrechtlicher Verfahren

Die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte soll für wichtige infrastrukturelle Großvorhaben erweitert werden. Die Konzentration des gerichtlichen Verfahrens auf eine Tatsacheninstanz trägt zur Beschleunigung der Planungsverfahren insgesamt und zu schnellerer Rechtssicherheit für alle Beteiligten bei.

- Einführung eines optionalen konzentrierten Verfahrens

Mit diesem weiteren prozessualen Instrument kann das Gericht im Einverständnis der Beteiligten den gesamten Ablauf des Verfahrens zu einem möglichst frühen Zeitpunkt strukturieren und einen „Prozessfahrplan“ festlegen. Das Gericht kann insbesondere Stellungnahme- und Beibringungsfristen bestimmen. Um die Einhaltung zu gewährleisten, können bestimmte Fristen mit ausschließender Wirkung gesetzt werden. In den Zeitplan kann zudem bereits der Termin für eine mündliche Verhandlung oder die Entscheidung des Gerichts im schriftlichen Verfahren aufgenommen werden. Das konzentrierte Verfahren kann damit dazu beitragen, dass der Prozess noch straffer, für die Beteiligten transparenter und damit letztlich effizienter geführt wird.

- Einrichtung spezieller Wirtschaftsspruchkörper und Planungsspruchkörper.

Die Regelungen sollen die Spezialisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bereich wirtschafts- und infrastrukturelevanter Verfahren fördern. Die zuständigen Spruchkörper sollen in diesen Verfahren nicht nur mit besonderer rechtlicher Expertise, sondern auch mit besonderer Kenntnis und besonderem Verständnis der wirtschaftlichen und planungsrechtlichen Zusammenhänge

ausgestattet werden. Davon verspricht man sich eine Erhöhung der Akzeptanz bei den Beteiligten. Zugleich können die Verfahren insbesondere im Planungsrecht deutlich beschleunigt werden, da mit der Spezialisierung die Effizienz steigt und die Planungs- und Wirtschaftsspruchkörper von anderen Materie freigehalten werden können.

3. Modernisierung des Sozialgerichtsgesetzes (SGG)

Auch in der Sozialgerichtsbarkeit ist die Belastung, insbesondere in der ersten Instanz, unverändert hoch. Die Eingangszahlen halten sich seit Jahren auf hohem Niveau. Wegen der demographischen Entwicklung ist weiter mit steigenden Eingangszahlen zu rechnen. Hinzu kommen die Belastungen der Gerichte aus einem hohen Verfahrensbestand, der aus den hohen Eingangszahlen der letzten Jahre resultiert. Deshalb zielen auch hier Reformüberlegungen darauf, den Verfahrensbestand abzubauen und die Verfahrensdauer zu reduzieren.

a) Der Bundesrat hat dazu schon 2018 den Entwurf eines Reformgesetzes² vorgelegt, der aber bislang nicht weiter behandelt wurde. Der Gesetzesentwurf sieht vor:

- Einführung eines konsentierten Einzelrichters in der 1. Instanz
Die Ergänzung des § 12 Absatzes 1 SGG ermöglicht es dem Vorsitzenden, ohne Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter zu entscheiden, wenn sich die Beteiligten hiermit einverstanden erklärt haben (konsentierter Einzelrichter). Entsprechende Rechtsgrundlagen finden sich bereits in § 87a Absatz 2 VwGO und in § 79a Absatz 3 FGO. Diese Regelungen haben sich in der Praxis bewährt. Die Neuregelung erlaubt den Beteiligten, auf die Gestaltung des Verfahrens Einfluss zu nehmen und fördert ihr Interesse, möglichst zeitnah eine Entscheidung zu erhalten. Dieses Interesse ist auch dann von Gewicht, wenn der Rechtsstreit keine besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten aufweist und wenn sich die Verfahrensbeteiligten der Sachkunde und Erfahrung des zur Entscheidung berufenen Vorsitzenden gewiss sind.

² BT- Drucksache 19/1099.

- Entscheidung durch Beschluss (statt durch Urteil) auch in Fällen, in denen die Berufung einstimmig für begründet gehalten wird.

Bisher sieht § 153 Absatz 4 SGG diese Möglichkeit nur vor, wenn eine Berufung einstimmig für unbegründet gehalten wurde. Nach der Neuregelung soll sie auch in Fällen möglich sein, in denen das Landessozialgericht die Berufung einstimmig für begründet hält. Die Möglichkeit, durch Beschluss über eine Berufung zu entscheiden, beschränkt sich auf Berufungen gegen Urteile (also nicht gegen Gerichtsbescheide).

b) COVID-19 ArbGG/SGG-AnpassungsG

Dieses Gesetz hat Teile der angestoßenen Reform aufgegriffen, dann aber letztlich wegen starker Kritik der Sozialverbände, Gewerkschaften, der Anwaltschaft, aber auch aus Teilen der Richterschaft nicht umgesetzt.

Zu Zeiten großer Beschränkungen des öffentlichen Lebens infolge der Corona-Krise haben Landesjustizverwaltungen im Frühjahr 2020 den Gerichtsbetrieb weitgehend heruntergefahren. Mündliche Verhandlungen haben kaum noch oder gar nicht mehr stattgefunden. In der Sozialgerichtsbarkeit waren Prozessvertreter der Rentenversicherung, der Krankenkassen und anderer Sozialversicherungsträger sowie Behörden angewiesen, Sitzungstermine nicht wahrzunehmen. Auch die Anwaltschaft hat vielfach von der Teilnahme an mündlichen Verhandlungen, wo sie noch anberaumt waren, Abstand genommen. Zudem hat sich gezeigt, dass ehrenamtliche Richterinnen und Richter aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht bereit oder nicht in der Lage waren, zu Verhandlungen anzureisen. Dies hatte auch ganz praktische Gründe – wie die Tatsache, dass Hotels geschlossen waren.

Der Gesetzgeber hat daher verfahrensrechtliche Regelungen überlegt, die unter den erschwerten Bedingungen einer Pandemie die Fortsetzung des Gerichtsbetriebs ermöglichen sollen. Von dem ursprünglich konzipierten „Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit während der COVID 19-Epidemie sowie zur Änderung weiterer Gesetze (COVID-19 ArbGG/SGG-AnpassungsG)“ sind nur wenige und in ihrer Wirkung deutlich „abgeschwächte“ Regelungen übriggeblieben. Der Entwurf sah vor, dass in Zeiten einer Pandemie in erster Instanz Entscheidungen durch Gerichtsbescheid (§ 105 SGG) für einen begrenzten Zeitraum nicht nur dann erlassen werden können, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist (§ 211 Abs. 4 SGG-E). Das LSG sollte die Berufung nicht nur durch einstimmigen Beschluss zurückweisen, sondern

ihr auch durch Beschluss stattgeben können, wenn es sie einstimmig für begründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält (§ 211 Abs. 5 SGG-E). Das BSG sollte die Möglichkeit erhalten, bei Vorliegen einer epidemischen Lage nach vorheriger Anhörung auch ohne Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung durch Urteil zu entscheiden (§ 211 Abs. 6 SGG-E). Überdies war eine Regelung zur „erleichterten Beeidigung“ ehrenamtlicher Richter für den Fall vorgesehen, dass mündliche Verhandlungen nicht durchgeführt und neu ernannte ehrenamtliche Richter nicht vereidigt werden können (§ 211 Abs. 7 SGG-E).

Von der ursprünglich angedachten Regelung sind nur noch § 211 Abs. 1–3 des Entwurfs enthalten. Der „Entwurf des COVID-19 ArbGG/SGG-AnpassungsG“ ist dabei im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zum Bestandteil des Gesetzes zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) vom 20.5.2020³ geworden.

Die noch verbliebenen Regelungen erweitern (nur) die Möglichkeiten des Einsatzes von Videokonferenztechnik bei Durchführung gerichtlicher Verfahren. Sie ermöglichen ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern die Teilnahme an mündlichen Verhandlungen, Erörterungsterminen sowie Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung über Videokonferenz (§ 211 Abs. 1 und 2 SGG) und eröffnen den Beteiligten des Verfahrens ein nur im Ausnahmefall einschränkbares Recht auf Teilnahme an einer Verhandlung oder einem Erörterungstermin über Videokonferenz (§ 211 Abs. 3 SGG).

Die Regelungen bezwecken erklärtermaßen die Abmilderung der Folgen der durch das Corona-Virus bedingten Epidemie auf die Arbeitsfähigkeit der Sozialgerichtsbarkeit und dienen so dem Justizgewährleistungsanspruch auch in Zeiten starker Einschränkungen des öffentlichen Lebens.

Die Regelungen in § 211 SGG sind als vorübergehende Ausnahmenvorschriften konzipiert. Voraussetzung für ihre Anwendung ist jeweils das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Sie sind deshalb vorerst nur bis zum 31.12.2020 in Kraft.

c) BR- Initiative gegen sogen. Vielkläger

Diese von Hessen angestoßene Reform sieht vor, dass Vielkläger, die die Sozialgerichte in erheblichem Umfang mit immer neuen Klagen belasten, künftig ab einer bestimmten Zahl (10 Klagen in 10 Jahren) abweichend von § 183 SGG nicht mehr kostenfrei Klage erheben können. Man erhofft sich von einer Art „Schutzgebühr“ eine abschreckende Wirkung.

³ (BGBl. 2020 I 1055).

4. Modernisierung des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG)

Das schon erwähnte Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) hat auch in das ArbGG eine befristet geltende Norm aufgenommen, mit der mündliche Verhandlungen auch per Videokonferenz durchgeführt werden dürfen.

Nach dem neuen § 114 Abs. 1 ArbGG kann das Gericht einem ehrenamtlichen Richter bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG) von Amts wegen gestatten, an einer mündlichen Verhandlung von einem anderen Ort aus durch audio-visuelle Zuschaltung mitzuwirken. Die Verhandlung muss zeitgleich in Bild und Ton an den anderen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen werden. Die Übertragung darf nicht aufgezeichnet werden.

Nach § 114 Abs. 2 ArbGG gilt Entsprechendes für die Beratung, Abstimmung und Verkündung der Entscheidung. Die daran Teilnehmenden haben durch geeignete Maßnahmen die Wahrung des Beratungsgeheimnisses sicherzustellen. Die dazu getroffenen Maßnahmen sind zu protokollieren.

Nach § 114 Abs. 3 ArbGG soll das Gericht auch den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen von Amts wegen gestatten, sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort im Wege der zeitgleichen Bild- und Tonübertragung Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Gleiches soll für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen gelten.

5. Modernisierung der Finanzgerichtsordnung (FGO)

Auf der Konferenz der Justizminister im September 2020 wurde ein Antrag behandelt, den Beteiligten in Verfahren der Finanzgerichtsbarkeit die Möglichkeit zu geben, im Fall des Verzichts auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung auch auf die Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter bei der Entscheidungsfindung zu verzichten. Der Richter entscheide in diesen Fällen meist ohnehin nur über Rechtsfragen, während die Tatsachen unstrittig seien. Eine Beteiligung der ehrenamtlichen Richter sei dann nicht mehr zwingend erforderlich. In Zeiten von Corona komme erschwerend hinzu, dass ehrenamtliche Richter eine Teilnahme an den Urteilsberatungen aufgrund von gesundheitlichen Risiken oftmals ablehnten. Dadurch entstehe ein Sitzungs- und Entscheidungstau bei den Gerichten. Solange die Beteiligten sowie

das Gericht dem Verzicht übereinstimmend zustimmen müssten, werde die Stellung der ehrenamtlichen Richter auch nicht generell in Frage gestellt.

Abschließende Bemerkungen

Betrachtet man die Reformbestrebungen in allen Rechtsordnungen, fällt auf, dass sie alle darauf abzielen, die Verfahren zu beschleunigen oder sie jedenfalls zu vereinfachen. Das ist erklärbar, soweit insbesondere unter den Bedingungen der Covid-19-Pandemie ein Rahmen geschaffen werden soll, in dem weiter Gerichtsverhandlungen stattfinden oder jedenfalls Entscheidungen getroffen werden können. Die Beschleunigung der Verfahren ist ebenfalls ein wichtiges Ziel, erweckt aber den Eindruck, als dauerten die Prozesse in Deutschland generell zu lang. Das ist im europäischen Vergleich aber nicht der Fall.

Richtig sind in meinen Augen alle Reformbestrebungen, die dafür sorgen, dass die Justiz den Anschluss an die digitale Welt nicht verliert. Wenn es selbstverständlich ist, Waren und Dienstleistungen über das Internet zu erwerben, dann muss es auch selbstverständlich sein, mit Gerichten über das Internet zu kommunizieren.

*Слінько Тетяна Миколаївна,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
завідувачка кафедри конституційного права України*

ЄВРОАТЛАНТИЧНА МОДЕЛЬ ІНФОРМАЦІЙНОЇ СВОБОДИ: УРОКИ ДЛЯ УКРАЇНИ

Модернізація Конституції України на сучасному етапі, який ще називають «євроінтеграційним», відбувається на європейських цінностях та принципах. Згідно зі ст. 2 Консолідованої версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу (Лісабонський договір) основоположними цінностями Європейського Союзу визнаються повага людської гідності, свобода, демократія, рівність, верховенство права та повага до прав людини, включаючи повагу до прав меншин. Ці цінності є спільними для всіх держав-членів у суспільстві, де переважають плюралізм, недискримінація, толерантність, правосуддя, солідарність та рівність прав чоловіка та жінки. Дії Союзу на міжнародній арені мають бути скеровані згідно з принципами, які надихали його створення, розвиток та розширення та які він намагається донести до більш широкого світу, а саме це: демократія, верховенство права, універсальність і єдність прав людини та основоположних свобод, повага до людської гідності, принципи рівності та солідарності, повага принципів Статуту ООН та міжнародного права, що також відомі як «європейські стандарти».

Враховуючи це, усі члени ЄС поважають суверенітет, незалежність, самостійність і вільний вибір окремо взятої держави, а пріоритетним тандемом європейського конституціоналізму визнані демократія і свобода. У той же час саме свобода є першою з ключових умов конституціоналізму, оскільки виступає генетичною передумовою диверсифікованого пошуку

цінностей і загального інвестування людських здібностей і талантів¹. Беручи це до уваги, можемо сміливо говорити, що сучасне розуміння права на свободу вираження поглядів виходить із того, що його розглядають як фундамент демократії й одночасно передумову реалізації інших прав і свобод. У свою чергу, органічний конституціоналізм – це свобода, яка передує демократії і не може існувати без свободи слова, вільного обміну думками, поширення ідей, дискусії, без права на отримання інформації. Невипадково Томас Джефферсон наголошував: «Якщо який-небудь народ сподівається, що може залишатися неосвіченим і бути вільним, він бажає неможливого, того, чого ніколи не було і не буде». Крім того, такі права, як право на свободу мирних зборів, свобода совісті і віросповідання, право на свободу об'єднання, свобода творчості, виборчі права не можуть бути реалізовані без права на свободу вираження поглядів. Наведене зайвий раз підтверджує важливість і велике значення свободи вираження поглядів, його першість серед інших прав і свобод, що варто визнати безспірним загальним положенням².

Сучасне правове забезпечення інформаційних прав і свобод є досить багатоманітним. Зокрема, у ст. 18 Загальної декларації прав людини (1948 р.) йдеться про право на свободу переконань і вільне їх виявлення. Це право включає свободу бесперешкодно дотримуватись своїх переконань та свободу шукати, одержувати і поширювати інформацію та ідеї будь-якими засобами і незалежно від державних кордонів. Свобода вираження поглядів була визнана цим міжнародно-правовим актом однією з фундаментальних демократичних цінностей, необхідних для мирного співіснування націй.

У статті 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права говориться про те, що кожна людина має право на свободу переконань і на

¹ Речицький В. В. Конституційне АБВ. Харків: ТОВ «Видавництво «Права людини», 2016. - С. 24, 408 с.

² Фровайн Й. А. Свобода вираження свого мнения в Конвенции о защите прав человека. Страсбург: Монитор/Инф., 1997. - С. 3. 42 с.

вільне їх вираження, яке передбачає свободу безперешкодно дотримуватися власних переконань і свободу шукати, одержувати та поширювати інформацію та ідеї будь-якими засобами і незалежно від державних кордонів.

Досить важливе значення для розвитку свободи вираження поглядів має Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) 1950 р., та правотворчість Європейського Суду з прав людини.

Так, ЄКПЛ, яка адаптувала універсальні міжнародні акти до національних особливостей держав-членів Ради Європи, є базисом для утвердження принципу загальної поваги до прав людини й забезпечення однакового підходу до регулювання прав людини на європейському континенті. Вбачається, що однією з найбільш вагомих для розуміння природи демократичного суспільства є ст. 10 ЄКПЛ, яка не лише містить гарантію захисту свободи вираження поглядів, а й встановлює (аналогічно ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права), що право на свободу вираження поглядів включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і поширювати інформацію та ідеї без втручання держави і незалежно від кордонів.

Здійснення цих свобод, згідно з ч. 2 ст. 10 ЄКПЛ, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і необхідні в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку, з метою запобігання заворушенням або злочинам, для захисту здоров'я і моралі, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя.

Важливою складовою гарантії свободи слова є правотворчість Європейського суду з прав людини – головного міжнародного контролера з

цих питань, загально визнаного «творця» стандартів судочинства. Практика Європейського Суду (Санті Таймз проти Великобританії (1979 р.), Лінгенс проти Австрії (1986 р.), Гудвін проти Великобританії (1996 р.), Обершлік проти Австрії (1997 р.), Фрессоз і Руар проти Франції (1999 р.), Ромен і Шміт проти Люксембургу (2003 р.), Бусуїк проти Молдови (2004 р.), Українська медіа-група проти України (2005 р.), «Газета "Україна-Центр" проти України» (2010 р.) та інші) свідчить, що він є послідовним у захисті свободи слова і свободи вираження, права на вільне отримання й поширення інформації. Крім того, ЄСПЛ встановив жорсткі критерії оцінки обґрунтованості обмежень свободи вираження поглядів, внаслідок чого свобода слова отримала явну перевагу над її обмеженнями. У цьому контексті наголосимо, що в Україні відповідно до Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02. 2006 р. № 3477-IV встановлено обов'язок держави виконувати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України; усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї, впровадження в українське судочинство й адміністративну практику європейських стандартів прав людини.

До речі, ці положення ст. 10 містять абсолютно протилежний підхід до свободи вираження поглядів, ніж, наприклад, у Сполучених Штатах Америки, де така свобода передбачена Першою поправкою до Конституції і є необмеженою. Слід наголосити на тому, що ЄКПЛ прямо передбачає, що обмеження права на вільне вираження поглядів не є порушенням Конвенції, якщо ці обмеження було встановлено задля досягнення однієї з цілей, зазначених у п. 2 ст. 10.

Низку фундаментальних інформаційних прав містить в собі Хартія засадничих прав Євросоюзу (2000 р.). Зокрема, таємниця приватної кореспонденції гарантується ст.7 Хартії, захист персональних даних – ст.8, свобода інформації – ст. 11, свобода літератури, мистецтва, науки разом з

академічною свободою – ст.13, право на доступ до інформації на підприємствах – ст. 27, право працюючих на доступ до документації – ст.42, право на петицію – ст.44.

Розглянувши європейські стандарти щодо інформаційних прав і свобод, спробуємо відповісти на питання, чи є Конституція України адекватною органічним засадам євроатлантичного конституціоналізму та чи можна її вважати успішним аналогом тих універсальних конституційних зразків, якими є основні закони сучасної Франції, Німеччини або Сполучених Штатів. Так або інакше, положення Конституції України в цілому являють собою досить міцний фундамент щодо регламентування прав і свобод людини і громадянина в інформаційній сфері. Першоосновою для таких, пов'язаних між собою конституційних прав, як свобода вираження поглядів (включає свободу інформації) і права на доступ до інформації є ст. 34 Основного Закону України. Крім права на вільне вираження своїх поглядів і переконань, права вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію (ст.34), Конституція України також закріплює право кожного громадянина знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, в установах і організаціях з відомостями про себе (ч.3 ст. 32), гарантує право вільного доступу до інформації про стан довкілля, якість харчових продуктів, предметів побуту (ч.2 ст. 50), право знати свої права і обов'язки (ч.1 ст. 57), встановлює, що закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права та обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення в порядку, встановленому законом.

Не менш важливо й те, що у відповідних конституційних нормах йдеться про відкритість і гласність діяльності різних гілок державної влади й органів місцевого самоврядування. Так, конституційною гарантією інформаційної прозорості влади є закріплення в ч. 1 ст. 84 положення про відкритість засідань Верховної Ради України, у ст. 86 права народного депутата України звертатися із запитом до органів Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, керівників інших органів державної влади та органів місцевого

самоврядування, а у ст. 97 обов'язковості оприлюднення звітів про виконання Державного бюджету України. Отже, наведені норми певною мірою є втіленням у концепції свободи інформації та її органічного складника права на доступ до інформації.

Робоча група з прав людини Конституційної комісії України, яка була створена Указом Президента України П. Порошенком 3 березня 2015 р., завершила роботу над модернізацією розділу II Конституції України. Метою опрацювання чинного Основного Закону було приведення його у відповідність до вищезгаданих міжнародно-правових стандартів, системний аналіз яких дає підстави стверджувати, що більшість положень цих актів імплементовано в національне законодавство. У цілому робоча група суттєво наблизила юридичну стилістику законопроекту до європейських правових стандартів.

Викладене дає підстави зробити наступні висновки. Насамперед, в Україні питання щодо моделі інформаційної свободи вирішено відповідно до європейської парадигми свободи інформації, яка допускає випадки, коли дана свобода може бути обмежена, тобто за прикладом Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і Міжнародного пакту про громадянські та політичні права.

По-друге, Україна перебуває на початковій стадії засвоєння парадигми органічного конституціоналізму, однією із базових цінностей якого є право на свободу слова, що може бути реалізована тільки в умовах демократичного режиму, зацікавленого у прояві різноманіття думок і за якого є неприйнятними необґрунтовані її обмеження.

По-третє, якщо Україна прагне органічного конституціоналізму, то треба посилити гарантії свободи слова шляхом приведення їх до європейських і світових стандартів.

Разом із тим, спираючись на існуючу «статистику занепаду» України, можна зробити висновок про те, що Основний Закон України досі не відповідав й нині не відповідає аксіомам органічного конституціоналізму.

Перше, на що звертаєш увагу, так це на відсутність серед основних цінностей категорії свободи, а також на те, що на економічній й інтелектуальній свободі недостатньо акцентовано. Крім того, законодавець не розрізняє професійного й непрофесійного використання свободи вираження поглядів. Однак слід пам'ятати, що у ст. 10 Європейської конвенції йдеться про можливість накладання обмежень на здійснення свободи вираження поглядів (перераховано 13 випадків), їх перелік доповнюється нині положеннями ст. 13 Хартії засадничих прав Євросоюзу, за якою для професійних сфер літератури, мистецтва і науки передбачається повне звільнення від обмежень («*the arts and scientific research shall be free of constraint*»). Окремо акцентуємо на тому, що Хартія прав Євросоюзу захищає свободу університетів (академічну свободу), про яку в Конституції України та відповідному проекті від Конституційної комісії поки що взагалі не йдеться. Далеким Основний Закон України залишається й від закріплення в ньому обов'язкового для європейських країн трискладового тесту, за яким всі можливі обмеження щодо здійснення конституційних прав і свобод повинні: а) бути необхідними в демократичному суспільстві; б) передбачатися виключно законом; в) точно відповідати цілям, заради досягнення яких вони запроваджуються.

Chancen und Risiken des Rechtstransfers

Liebe Organisatoren,

liebe Kolleginnen und Kollegen,

der große Erfolg dieser ukrainisch-österreichisch-deutschen Konferenz freut mich ungemein, belegt er doch, wie nah sich unsere Länder mittlerweile gekommen sind und wie eng der Rechtsdialog trotz aller coronabedingten Beschränkungen bleibt. Hoffen wir auf eine weitere Intensivierung nach dem Ende der Pandemie. Sicher wird das Zentrum für osteuropäisches Recht in Graz dabei eine zentrale Rolle spielen, herzlichen Glückwunsch zur Gründung.

Heute möchte ich daher nicht über ein konkretes rechtsdogmatisches Thema sprechen, - dazu hören wir gleich noch sehr viel - sondern mich eher allgemein mit Fragen des Rechtstransfers befinden. Darunter verstehe ich den Austausch zwischen Rechtssystemen verschiedener Länder, der zu einer Übernahme von Elementen des einen Systems in das andere System führt. Gerade in den letzten 30 Jahren hat ein solcher Rechtstransfer in großem Umfang stattgefunden bei der sogenannten Transformation der ostmitteleuropäischen Staaten, die in deren Beitritt zur Europäischen Union im Jahre 2004 kulminierte.

Die Ukraine durchlebt mit einer gewissen Zeitversetzung seit einigen Jahren eine Phase der tiefgreifenden Transformation ihres Rechtssystems. Der Titel unserer heutigen Veranstaltung „Reformen des ukrainischen Rechts“ bringt diese Aktualität passend zum Ausdruck. Die Ereignisse der Jahre 2014 und 2015 sowie das endgültige Inkrafttreten des Assoziierungsabkommens mit der EU haben die Ukraine vor gewaltige Herausforderungen gestellt. Seitdem befindet sich das Land in einer Dauer-Reform - und das aufgrund der Situation im Osten des Landes und jetzt aufgrund der Corona-Pandemie unter erschwerten Bedingungen.

Daher liegt es nahe, kurz innezuhalten und sich auch über diesen Prozess einmal Gedanken zu machen. So wichtig die dogmatische Klärung einzelner Fragen ist, darf sie doch den Blick auf das große Ganze nicht verdecken.

Dabei sind rechtsvergleichende Betrachtungen mittlerweile in den meisten Ländern Standard. Auch der österreichische oder der deutsche Gesetzgeber verfolgt aufmerksam, was in den Nachbarländern stattfindet. Natürlich fließen dann Erfahrungen aus dem Ausland in die Diskussion und den eigenen Gesetzgebungsprozess ein. Rechtsvergleichung und Rechtstransfer sind somit bei jeder Reform potentiell in jedem Land ein Thema. Warum auch nicht auf positive Erfahrungen der Nachbarn aufbauen oder deren Fehler vermeiden?

Selbiges gilt aber auch für die Transformation der Rechtsordnungen. Seit etwa 1990 findet in Osteuropa eine tiefgreifende Veränderung der Rechtsordnungen statt, ausgelöst durch das Ende der Sowjetunion und deren Zugriff auf die Unionsstaaten und die Satellitenstaaten. Dieser Prozess hat die Rechtsordnungen der betroffenen Länder umfassend verändert. Aus verschiedenen Gründen ist die Ukraine ein Nachzügler. Das mag man bedauern, es bietet aber auch die große Chance, aus Fehlern der Vergangenheit zu lernen.

Denn die Transformation – so erfolgreich sie in der Gesamtschau und in vielen Einzelbereichen war – hat nicht zu 100% Erfolg erbracht. Auch wir in Deutschland stellen das fest, obschon der Übergang der ehemaligen DDR zur Bundesrepublik in finanzieller, wirtschaftlicher und eben auch rechtlicher Hinsicht unter ganz anderen Bedingungen stattfinden konnte als die Transformation der anderen Staaten des früheren Ostblocks. Doch trotz der ungeheuren Ressourcen, welche der Westen Deutschlands in den Osten schicken konnte, unterscheiden sich beide Landesteile immer noch. Das gilt auch für Fragen des Rechtsstaats und des rechtlichen Grundverständnisses. Deutlich kann man auch in anderen ostmitteleuropäischen Ländern gewisse Abwehrreaktionen gegen die Transformation erkennen. Man sollte die Konflikte der EU mit Polen und Ungarn nicht allein darauf reduzieren, dass finstere Mächte sich gegen die fortschrittliche EU verschworen hätten. Hier wird auch ein Unwohlsein über die bisherige auch rechtliche Entwicklung deutlich. Ähnliche Phänomene kann man bei der Kritik an Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofs für Menschenrechte erkennen.

Die Übertragung von rechtlichen Systemen und ihren Elementen ist also offensichtlich schwieriger als die Übertragung technischer Standards oder industriellen Know-hows. Was können wir aber aus den bisherigen Erfahrungen mit dem Rechtstransfer lernen und damit nutzbar machen. Erlauben Sie mir, ein kurzes Fazit zu ziehen.

Schaut man auf die Transformation, dann stellt man fest, dass zunächst großer Wert auf die Übernahme von Normen gelegt wurde. Die Idee bestand darin, Experten in das andere Land zu entsenden, um dort an der Neufassung von Gesetzes mitzuwirken. Dabei lag es nahe, dass diese Experten ihre eigenen Vorstellungen weiterzutragen versuchten. Häufig sprachen sie weder die Sprache des Ziellandes, noch hatten sie nähere Kenntnisse von dessen Rechtssystem, Rechtskultur und Rechtsgeschichte. Besonders aus dem angelsächsischen Bereich gab es umfangreiche Versuche, auf diese Weise den Ländern Osteuropas Ideen des Common Law überzustülpen. Auch internationale Organisationen neigen zu solchem Vorgehen

Dieser Transfer von Normen hat sich in weiten Bereichen als nicht erfolgreich erwiesen. Die Normen wurden zwar verabschiedet, aber sie fanden nie wirklich Eingang in die Rechtsordnung. Man konnte internationale Berater oder Organisationen zufrieden stellen, denn

auf dem Papier war alles wunderbar abgebildet. In der Rechtsrealität wurden diese Normen aber nicht umgesetzt, jedenfalls nicht in dem gewünschten Sinne.

Diese Strategie war nicht nur ineffektiv, denn sie veränderte die Rechtssysteme ja gerade nicht. Sie war sogar gefährlich, weil sie den Glauben an diese neuen Rechtsinstitute erschütterte. Die Bevölkerung musste den Eindruck gewinnen, dass die neuen Normen eigentlich keine Verbesserung brachten. Sie waren zwar anders formuliert, aber an der Realität der Menschen änderte sich nichts. Das führt dann im schlimmsten Fall sogar zu Abwehrreaktionen. Wenn sich in der Sache nichts ändert, möchte man lieber die eigenen Normen anwenden, mit denen man sich wenigstens auskennt.

Der Akzent wird daher nun zunehmend auf einen Transfer von Know-how und Ideen gelegt. Zum einen, weil es an vielen Stellen ja neue Normen gibt, deren Umsetzung aber noch mangelhaft gelingt. Eher unausgesprochen liegt die Akzentverschiebung aber auch daran, dass man die Ineffektivität mancher bisherigen Maßnahme erkennt.

Wichtig ist stets die Einbettung in das soziale und gesellschaftliche Gefüge. Oder konkreter ausgedrückt: Das beste neue Prozessgesetz wird nichts ändern, wenn nicht auch die das Gesetz anwendenden Richter geschult werden. Dabei geht es aber nicht nur um technische Anwendungsfragen, sondern auch um das dahinter stehende Rechtsethos.

Dieser Rechtstransfer ist ungleich schwieriger, weil er eine Veränderung der Mentalität impliziert. Ein Gesetz ist schnell umgeschrieben, viel aufwändiger und langwieriger ist es, Institutionen und damit letztlich Menschen zu ändern. Auch dabei kann Rechtstransfer helfen, muss sich aber natürlich ganz anderer Mittel bedienen. Es geht nicht mehr darum, einseitig Normen zu verschieben. Vielmehr bedarf es des intensiven Dialogs. Wünschenswert wäre ein viel intensiverer Austausch zwischen Professoren, Richtern, Rechtsanwälten, Notaren und anderen Juristen. Aber auch durch den Austausch von Studierenden wird die Elite von morgen geformt.

In diesem Sinne freue ich mich abschließend, dass die DUJV und das ZOR in Graz sich der Rechtsvergleichung verschrieben haben und damit ein geeignetes Forum für die Diskussion und damit den Rechtstransfer bieten. Wir alle sind bereit zur Unterstützung der Ukraine auf diesem Weg. Dies geschieht persönlich vielleicht aus Begeisterung und Sympathie für das Land, es dient aber auch der eigenen Rechtsentwicklung. Denn das deutsche Recht könnte von innovativen rechtlichen Lösungen in der Ukraine profitieren. Rechtstransfer ist ja keine Einbahnstraße. Daher ist es in unser aller Interesse, dass die Rechtstransformation der Ukraine gelingt. Ich wünsche dazu viel Erfolg!

Олександр Шандула
к.ю.н., адвокат, доцент кафедри адвокатури
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

ДЕЯКІ АСПЕКТИ АДВОКАТСЬКОЇ МОНОПОЛІЇ В УКРАЇНІ: НАЦІОНАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

Процеси становлення в Україні громадянського суспільства і правової держави висувають на перший план проблему реалізації закріпленого в Конституції України положення про найвищу цінність прав і свобод людини та громадянина, яка неможлива без ефективної системи загальних і спеціально-юридичних гарантій їх забезпечення.

Правова допомога є особливою гарантією прав, свобод і законних інтересів юридичних і фізичних осіб. Вона вимагає наукового дослідження та вироблення практичних рекомендацій щодо удосконалення механізмів гарантування права особи на професійну правову допомогу (адвокатську монополію).

По допомогу до юристів впродовж життя звертається, по суті, кожна людина. Адже цивілізований спосіб ведення бізнесу, забезпечення життєдіяльності, захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб вимагають професійного юридичного супроводу кожного етапу господарської та іншої діяльності. Тому для захисту своїх прав та інтересів юридичні і фізичні особи дедалі частіше звертаються по правову (юридичну) допомогу до компаній, які надають юридичні послуги на професійній основі¹.

В історичних джерелах та юридичній літературі знаходимо відомості про ставлення в різні історичні періоди і в різних країнах до забезпечення правовою допомогою вразливих прошарків населення, на

¹ Павліш П. В. Договір про надання юридичної допомоги за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2016. С. 4.

підставі чого можна зробити висновок про постійне опікування з боку адвокатури людьми незаможними, хворими, старими, котрі самотійно не можуть захистити свої права і потребують професійного захисту та правового консультування. Держава у цих справах зазвичай не залишалася осторонь – коли адвокатська спільнота втрачала почуття реальності щодо фінансових можливостей своїх клієнтів і виявлялася неспроможною ефективно виконувати свою функцію, втручалася держава².

На думку дослідників, правову допомогу варто розглядати як: кваліфіковану юридичну допомогу, діяльність осіб, що володіють спеціальними знаннями в галузі права для надання якісних правових послуг³.

Одним із важливих суб'єктів гарантування права людини на професійну правову допомогу виступає, звісно, адвокатура. Як зауважує із цього приводу Т. Б. Вільчик, саме інститут адвокатури України повинен стати однією з провідних структур правової системи, здатною ефективно контролювати додержання органами державної влади прав і законних інтересів людини завдяки здійсненню суспільно значущих публічних функцій, зокрема: захисту суспільства в особі кожного його члена; професійно-правового контролю за забезпеченням органами державної влади конституційних прав і свобод людини; законотворчої ініціативи⁴.

Через адвокатуру як інститут громадянського суспільства правова держава забезпечує своїм громадянам можливість реалізувати їхні права і свободи, користуючись при цьому гарантованим державою правом на юридичну допомогу, реалізація якого в більшості і здійснюється

² Гончаренко С. В. Проблеми надання безоплатної правової допомоги. Короткий огляд новітніх тенденцій. Адвокат. 2011. № 11 (134). С. 12–16.

³ Невская О. В. Что такое квалифицированная юридическая помощь? Адвокат. 2004. № 11. С. 37–39.

⁴ Вільчик Т. Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2016. С. 8.

адвокатурою. У цій парадигмі остання виступає не як інструмент держави, а як соціальний інститут, за допомогою якого держава реалізує це право через своїх громадян. У такий спосіб адвокатура збалансовує відносини між державою та її громадянами. По суті, це окремий інститут громадянського суспільства, що має спеціальні повноваження.

Держава повинна бути зацікавлена в тому, щоб адвокатура була високопрофесійним інститутом у сфері доступності юридичної допомоги. Тому повинна сприяти здійсненню заходів щодо підвищення кваліфікації адвокатів, вживати заходи для захисту адвокатів від переслідувань, необґрунтованих обмежень у їхній професійній діяльності. Зважаючи на публічно-правову природу своєї професії, адвокат є захисником не тільки приватних інтересів окремої особи, але й інтересів всього суспільства; він виступає в судочинстві не тільки як представник сторони, але і як представник суспільного інтересу, який захищає права особи як члена суспільства⁵.

Розглядаючи професійну юридичну допомогу через призму адвокатської діяльності, варто зосередити увагу на понятті «адвокатська монополія». Адвокатська монополія – практика, яка існує в багатьох країнах. В Україні її запровадження відбувалося поетапно: У 2017 році вона з'явилася у Верховному і Касаційному судах, у 2018 – у судах апеляційної та першої інстанції. Передбачалося, що з 1 січня 2020 року лише прокурори й адвокати представлятимуть у судах органи державної влади та місцевого самоврядування. Адвокатська монополія не поширюється лише на спори у трудових відносинах та малозначні спори – у цих випадках представником у суді може бути будь-яка повнолітня дієздатна особа.

Тобто в дійсності адвокатська монополія не така вже й монополія, адже чинний закон передбачає низку винятків. Проте Законопроектом № 1013 в Україні було скасовано адвокатську монополію. Метою таких змін є

⁵ Вільчик Т. Б. Адвокатура та громадянське суспільство у правовій державі. Право України. 2014. № 11. С. 243–250.

забезпечення права кожного на отримання професійної правничої допомоги через скасування адвокатської монополії на надання такої допомоги. Із цього приводу адвокатська спільнота вважає, що скасування виключного права адвокатів на представництво у судах є порушенням статей Основного закону, які забороняють звуження обсягу прав і свобод громадян. І наголошує, що держава втратить набагато більше без адвокатського представництва її інтересів у судах. Крім того, Європейський суд з прав людини, розглядаючи у 2019 році питання адвокатської монополії (справа «Молдавська проти України»), визнав, що адвокатська монополія жодним чином не порушує права на справедливий суд, гарантованого у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, адже для забезпечення ефективного захисту особи можуть вимагатися конкретні юридичні кваліфікації.

Введення монополії адвокатури в Україні було запозиченням досвіду багатьох розвинених держав світу. Сьогодні монополія існує в Німеччині, Італії, США, Канаді, Австралії, в усіх країнах Латинської Америки та ін. Наприклад, у Японії провадження такої діяльності без статусу адвоката вважається злочином.

Приміром Франція є однією з тих країн, у яких також успішно діє адвокатська монополія. Вона навіть яскравіше виражена, ніж в інших європейських країнах, – можливість того, що сторону в суді представлятиме особа, яка не є адвокатом, вкрай мала, при цьому вона обмежується першою інстанцією.⁶

Стосовно адвокатської монополії у Франції варто відзначити, що вона не абсолютна. У багатьох спеціалізованих інстанціях під час розгляду справ посередництво адвоката зовсім не потрібне, наприклад, розглядаючи цивільні справи зі сумою позову до 10 тисяч євро, що належать до компетенції «судів малої інстанції». У комерційних судах, які вирішують значну кількість бізнес-спорів, також не є обов'язковим посередництво адвоката, хоча на практиці вони відіграють вагомий роль у цій ніші.

⁶ Деханов С. А. Адвокатура в Западной Европе: опыт и современное состояние: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2010. 20 с.

Досвід Франції свідчить, що запровадження професійної адвокатської монополії сприяє оздоровленню ринку юридичних послуг.

У законодавствах низки прогресивних країн – таких як Іспанія, Італія, Данія та інших, закріплено норми виключного права адвокатів представляти інтереси сторін у більшості категорій справ.

Іншими словами, боятися адвокатської «монополії» не потрібно, адже ми не боїмося, скажімо, «монополії» водіїв з посвідченнями на надання послуг перевезення або «монополії» лікарів на надання медичної допомоги.

Приватно практикуючий юрист та адвокат є представниками однієї професії. Однак міжнародний досвід і здоровий глузд говорять про те, що об'єднання всіх практикуючих юристів навколо адвокатури є найоптимальнішим варіантом, оскільки саме професійна етика, професіоналізм і незалежність об'єднують адвокатуру, а не консультування громадян та підготовка процесуальних документів.

Загалом, багато експертів та науковців сходяться на думці, що адвокатська монополія все ж таки є «монополією професіоналів», монополією юристів для захисту громадянського суспільства, монополією права проти хаосу тощо.

Дослідження в рамках Міжнародної асоціації юристів свідчать про те, що, крім монополії адвокатів на судове представництво, у більшості країн встановлена заборона для осіб, які не мають адвокатського статусу, надавати юридичну допомогу взагалі. У більшості європейських країн, зокрема у Німеччині, Греції, Данії, Голландії, Португалії, а також у Тайвані, Гонконзі, Республіці Корея, адвокатська монополія поширюється далеко за межі представництва у судах.

Світові тенденції засвідчують, що адвокатська монополія означає не обмеження послуг юридичного ринку, а нормалізацію регулювання і встановлення єдиних правил, які допоможуть стати ринку прогнозованим й еволюційним. Дадуть змогу забезпечити всім рівний доступ до юридичних послуг високої якості, підвищити рівень правової культури в суспільстві та

покращити роботу судів і правоохоронної системи. У такий спосіб ми введемо єдині стандарти надання правової допомоги. Водночас відсутність компетентних і професійних кадрів робить беззмістовною саму ідею кваліфікованої юридичної допомоги, щобільше, створює реальну загрозу порушення прав, свобод і законних інтересів громадян внаслідок надання неякісних послуг.

Перехід до введення єдиних стандартів, який свого часу був ініційований в Україні, свідчить про те, що наша держава не ігнорує зарубіжного досвіду і прагне розвивати правову культуру суспільства.⁷

⁷ Див. докладніше: Шандула О. О. Адвокатська монополія: національні тенденції та зарубіжний досвід / О. О. Шандула. Часопис Київського ун-ту права. 2020. № 3. С. 48-54.

Щербанюк Оксана Володимирівна

доктор юридичних наук, доцент,
завідувачка кафедрою процесуального права

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича

КОНСТИТУЦІЙНА КРИЗА 2020 Р. В УКРАЇНІ ТА ШЛЯХИ ЇЇ ВИРІШЕННЯ

Зрозуміти логіку конституційного процесу завжди було завданням політичної та правової думки. Для аналізу конституційних змін недостатньо розділяти правовий та політологічні підходи, необхідно розуміти вплив різноманітних факторів на конституційний процес. Стабільність демократичного переходу в умовах конфронтації перехідних періодів пов'язана не тільки з прийняттям ліберальної конституції, але й зі створенням системи гарантій від повернення назад. Це передбачає створення та постійне відтворення на основі конституції того соціального консенсусу, якого не було до її прийняття. Але стабільність системи не гарантована прийняттям нового права: співвідношення нових конституційних норм та існуючої соціальної реальності може займати цілу епоху, включаючи послідовні етапи їх зближення, протиставлення та органічного синтезу старого та нового права. Так виникає основа для явища конституційної циклічності, яке виражається деконституціоналізацією, конституціоналізацією та реконституціоналізацією.¹

Наразі в Україні існує конституційна дилема, тобто виникла ситуація, коли один із найвищих за юрисдикцією судів у країні зробив спробу скасувати чи навіть порушити ту антикорупційну архітектуру, яка почала лише вибудовуватися. Це викликало багато побоювань з боку міжнародних партнерів та і українського суспільства. 27 жовтня 2020 року Конституційний Суд України визнав неконституційною статтю 366-1

¹ Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. М., Издательский дом ГУ ВШЭ, 2005. С. 9.

Кримінального кодексу, що передбачає покарання за недостовірне декларування. Зокрема, КС визнав неконституційними повноваження НАЗК з перевірки декларацій чиновників, моніторингу способу життя суб'єктів декларування, встановлення своєчасності подання декларацій, а також положення про відкритий доступ до декларацій в Єдиному державному реєстрі.

Криза, у якій наразі перебуває Конституційний Суд України, має фундаментальну політичну причину. Поступово Суд із органу конституційного контролю перетворився на політично-специфічний орган, головним завданням якого стала участь в політичній боротьбі на боці тих чи інших політичних сил та виконання їх замовлень.

Слід вказати, що в процесі повного конституційного циклу будь яка система об'єктивно проходить ряд стадій, які фіксуються конституційним правом. Це основна стабільність (захист себе та рівновага із зовнішніх світом); поступове послаблення цієї стабільності, в результаті якого попередні параметри перестають підтримувати існуючу систему (ерозія традиційного конституційного консенсусу); виражена конституційна криза – епоха знищення конституційного порядку, «кулачне право»; поступове відновлення порядку шляхом пошуку попереднього консенсусу; прийняття нової конституції; її наступного узгодження з реальністю. В першій стадії конституційна система сприймається як справедлива (легітимна), законна (така, що відповідає позитивному праву) та ефективна (швидке та чітке вирішення конфліктів). Друга фаза визначається як початок ерозії та знищення традиційного консенсусу. Основні компоненти системи – справедливість, законність та ефективність права – починають суперечити один одному. Так, суспільство бачить, що чинне позитивне право перестає відповідати зміненим уявленням про справедливість, та стає нелегітимним. Легітимність – консенсус у відносинах суспільства та політичної влади, який полягає у визнанні її права на керівну роль. Легітимність включає два компоненти: представництво суспільства (чи більшої його частини) про

прийнятність порядку правління та усвідомлення владою свого права на владу.

Змінюється відношення таких параметрів як законність та легітимність права, оскільки в умовах кризи буквально дотримання законів погано узгоджується з завданням ефективного управління. В якості компромісу виступає деформація позитивного права – запровадження надзвичайних норм, делегованих повноважень. Але найбільш гострий конфлікт виникає між легітимністю і ефективністю права, коли ефективність права звужується в результаті перегляду його критеріїв.

Тобто має місце конституційна дисфункція. Головним протиріччям демократії є притиріччя між народним суверенітетом та принципом правової держави. Його вираженням в конституційному процесі є конфлікт між легітимністю та законністю. Конституційна регламентація конституанти є дуже важливою. Вдалим прикладом є Основний закон ФРН 1949 р., творці якого керувалися прагненням уникнути помилок Веймарського періоду, зокрема, запровадження диктаторського режиму шляхом зміни конституції звичайними законами. З цією метою німецькі юристи ввели поняття незмінних або вічних норм, а також обмеження змін цих базових положень (про права людини, федералізм) шляхом поправок (феномен «неконституційних поправок»). Ця тенденція набула поширення і в країнах Центральної та Східної Європи в 90-х роках ХХ ст. На нашу думку, незворотність європейського та євроатлантичного курсу України, що зафіксований в Конституції України, є саме тією незмінною вічною нормою.

Відповідно до ч. 1 статті 8 Закону України «Про Конституційний Суд України», Суд розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) чинних актів (їх окремих положень)².

На нашу думку, Конституційний Суд України, при прийнятті Рішення Конституційного Суду України № 13 від 27 жовтня 2020 року, Суд вийшов

² Закон України «Про Конституційний Суд України» № 2136-VIII від 13 липня 2017 року. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 35, ст.376.

за межі повноважень, оскільки порушив стратегічний вектор України на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору.

Президент Володимир Зеленський у зв'язку з рішенням Конституційного Суду України скликав термінове закрите засідання Ради Національної Безпеки і Оборони для визначення заходів невідкладної реакції держави на нові загрози і виклики національній безпеці і обороні. На засіданні ухвалене рішення відновити публічний доступ до Єдиного державного реєстру декларацій і забезпечити проведення спеціальних перевірок Національного антикорупційного бюро.

Окрім того, 30 жовтня глава держави вніс до Верховної Ради законопроект «Про відновлення довіри до конституційного судочинства» (№4288), яким пропонує припинити повноваження чинного складу Конституційного Суду України.

Також у законопроекті пропонується визнати, що рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня є нікчемним (таким, що не створює правових наслідків) як таке, що ухвалене суддями Конституційного Суду України в умовах реального конфлікту інтересів.

2 листопада група народних депутатів кількох фракцій на чолі з Головою Верховної Ради України Д. Разумковим зареєструвала законопроект №4304 «Про відновлення дії окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» та Кримінального кодексу України». Документ передбачає внесення змін до Закону «Про запобігання корупції», якими пропонується відновити права Національного агентства запобігання корупції.

Також у парламенті 5 листопада було зареєстровано законопроект №4319 «Про внесення змін до Закону України «Про Конституційний Суд України» (щодо порядку розгляду справ Конституційним Судом України).

Законопроект пропонує збільшити мінімально необхідну кількість голосів з 10 до 12 для ухвалення рішення Великою палатою

Конституційного Суду. Крім того, автори також пропонують зміни, які передбачають, що Регламент Конституційного Суду України затверджується законом. На думку суб'єктів права законодавчої ініціативи, прийняття Законопроекту сприятиме підвищенню всебічності, гласності і належного врахування Конституційним Судом України всіх важливих обставин при розгляді справ Великою палатою і Сенатами Конституційного Суду України.

Для вирішення проблеми, яка виникла після рішень Конституційного Суду щодо антикорупційного законодавства, потрібно вжити деякі кроки, зокрема перезапустити комплексну судову реформу.

Конституційна реформа 2016 року позиціонувалася як комплекс заходів з унеможливлення неправомірного тиску з боку гілок влади на Суд, зміцнення незалежності Суду. Втім без якісного кадрового наповнення ситуація не зміниться. Квотний порядок обрання чи призначення суддів Конституційного Суду України звів нанівець шанси визнаних науковців та правників, зробивши політичний фактор визначальним у процедурі відбору. Крім того, існуючий закон про Конституційний Суд України знівельював систему стримань і противаг, яка мала б запобігати узурпації та монополізації влади цим органом. Відчувши повну безкарність, деякі особи, що мають зараз домінуючий вплив у Конституційному Суді України, почали використовувати свої посади у власних інтересах, і всупереч інтересам людей та держави. Отже, для вирішення цієї безпрецедентної конституційної кризи необхідно діяти негайно шляхом змін до профільного закону.

Що треба зробити прямо зараз, які перші кроки?

1. Відмовитись від квотного порядку призначення (обрання) суддів Конституційного Суду України. Затвердити єдину відкриту конкурсну процедуру і створити єдину конкурсну комісію за участі представників європейських правничих інституцій (ЄСПЛ, Венеціанська комісія), а також наших шановних професорів-конституціоналістів, суддів Конституційного

Суду України у відставці. На підставі результатів такого конкурсу Комісія пропонує список з трьох осіб на одну посаду, з яких вибирає суб'єкт призначення: Верховна Рада, Президент, З'їзд суддів.

2. Ввести процедуру імпічменту суддів Конституційного Суду України у Верховній Раді України як єдину підставу їх звільнення за вчинення істотного дисциплінарного проступку або систематичного нехтування своїми обов'язками.

3. Встановити виключну підсудність щодо спорів суддів Конституційного Суду України з Конституційним Судом України у Верховному Суді Касаційним адміністративним судом. Велика Палата Верховного Суду має стати апеляційною інстанцією для цих спорів.

4. З метою запобігання штучного затягування з розглядом конституційних звернень встановити 6-місячний термін їх розгляду, а у випадку не ухвалення рішення протягом одного року вважати, що закон (його окремі положення), який підлягає перевірці на конституційність, є конституційним (граничний термін), а справа підлягає закриттю.

5. Встановити обов'язкову вимогу у 6 голосів для ухвалення рішень з конституційних скарг у Сенаті, оскільки вже зафіксовані випадки штучного пониження кворуму з метою зменшення необхідної кількості голосів «за».

6. Зменшити фіксовану суддівську винагороду для суддів Конституційного Суду України.

7. Процесуальну процедуру слід детально визначити законом. Так, законодавство про конституційні суди більшості країн передбачають, що такі правила мають визначатись саме законом, а не Конституційним судом. Це пов'язано з тим, що процесуальні правила конституційного провадження напряду пов'язані з реалізацією прав людини, і тому повинні бути визначені законом.

***Volksbefragung als Instrument der direkten Demokratie: Über die Initiative des
Präsidenten der Ukraine zur Volksbefragung am Tag der örtlichen Wahlen im Vergleich
zur Volksbefragungspraxis in Österreich***

Die erstmalige Initiative zur gesamtukrainischen Volksbefragung am Tag der örtlichen Wahlen 2020 wurde vom Präsidenten der Ukraine initiiert und von ihm als Instrument der direkten Demokratie dargestellt.¹ Diese Initiative des Präsidenten, die auf den ersten Blick prodemokratisch zu sein scheint, ist jedoch von politischen Kräften, der Zivilbevölkerung und von der OSZE, die die örtlichen Wahlen vor Ort überwachte, kritisiert worden.² Dieser Artikel befasst sich mit rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der jüngsten präsidentialen Initiative zur gesamtukrainischen Volksbefragung im Vergleich zur Volksbefragungspraxis in Österreich. Am Anfang wird die Frage beantwortet, ob die Volksbefragung in allgemeiner Sicht zu den Instrumenten der direkten Demokratie gehört. Danach wird ein kurzer Überblick der Rechtsgrundlagen der Volksbefragung in Österreich mit dem Fokus auf prozessuale Garantien bei der Durchführung geboten. Abgeschlossen wird die kurze Studie durch eine Analyse der präsidentialen Initiative zur Volksbefragung in der Ukraine mit dem Fokus auf verfassungsrechtliche Aspekte. Somit wird versucht: (1) Die Initiative des ukrainischen Präsidenten zur Volksbefragung am Tag der örtlichen Wahlen in der Ukraine im Jahr 2020 mit der Volksbefragungspraxis in Österreich zu vergleichen; die rechtsvergleichende Perspektive ermöglicht die Unterschiede und Ähnlichkeiten des ukrainischen und österreichischen Verständnisses der Volksbefragung durch bestehende Volksbefragungspraxis aufzuzeigen; (2) Im ukrainischen Kontext die Rechtfertigung der Hauptgründe dieser entstandenen Kritik der

¹ Vgl. <https://www.president.gov.ua/news/prezident-pro-zagalnonacionalne-opituvannya-hochu-otrimati-v-64773> und <https://www.president.gov.ua/news/shodo-prezidentskoyi-iniciativi-z-opituvannya-suspilstva-25-64501> (15.11.2020).

² Vgl. <https://ua.interfax.com.ua/news/election/694845.html>, <https://www.kyivpost.com/ukraine-politics/zelenskys-election-day-opinion-poll-criticized-as-political-stunt.html>, <https://www.5.ua/polityka/polittekhnolohiia-i-nezakonna-ahitatsiia-fond-demokratychni-initsiatyvy-pro-opytuvannya-zelenskoho-vkliuchennia-227352.html>, <https://www.kiis.com.ua/?lang=ukr&cat=reports&id=974&page=1> und <https://www.osce.org/files/f/documents/e/4/468249.pdf> (S. 14) (15.11.2020).

Initiative des Präsidenten zu analysieren, um Fehlentwicklungen bei der zukünftigen Initiierung und bei der Durchführung ähnlicher Befragungen in der Ukraine zu verhindern.

1. Volksbefragung als Instrument der direkten Demokratie (Im Allgemeinen)

In Österreich gehört die Volksbefragung (iSd Art 49b B-VG³ und des Volksbefragungsgesetzes⁴) – neben *Volksbegehren* (iSd Art 41(2) B-VG und Volksbegehrengesetzes⁵) und *Volksabstimmung* (iSd Art 44(3) B-VG und Volksabstimmungsgesetz⁶) – zu den Instrumenten der direkten Demokratie.⁷

Laut mehreren Studien zur Demokratie ist die Ukraine einer der Staaten mit dem größten Demokratiedefizit. Im Gegensatz zur Ukraine zeigt Österreich kein Demokratiedefizit auf und gehört zu den höchstdemokratischen Staaten (im Englischen ‚*States with full democracy*‘).⁸ In Bezug auf den derzeitigen Stand der Demokratie wird die Ukraine als ‚teilweise frei‘ angesehen und bleibt somit deutlich hinter Österreich zurück. Zugleich zeigt die Ukraine das Potenzial für einige Verbesserungen im demokratischen Kontext auf.⁹ Diese Tendenz wird mit der Initiative des Präsidenten der Ukraine zur allukrainischen Volksbefragung am Tag der örtlichen Wahlen 2020 auch reflektiert.

2. Volksbefragung in Österreich mit dem Fokus auf prozessuale Garantien bei der Durchführung

Historisch betrachtet hat die Volksbefragungspraxis in Österreich auf Landesebene begonnen, nämlich mit der Durchführung der ersten Volksbefragung in Wien, im Jahr 1989. Auf Bundesebene (d.h. gesamtösterreichisch) fand die erste (bis jetzt die einzige)

³ Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. Nr. 1/1930 idF von BGBl. I Nr. 27/2007.

⁴ Volksbefragungsgesetz 1989 idF vom 15.11.2020, BGBl. Nr. 356/1989.

⁵ Volksbegehrengesetz 2018 idF vom 16.11.2020, BGBII Nr. 106/2016.

⁶ Volksabstimmungsgesetz 1972 idF vom 15.11.2020, BGBl. Nr. 79/1973.

⁷ Vgl.

http://www.demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/Direkte%20Demokratie/DirekteDemokratie_final_download.pdf (S. 5) und https://gemeindebund.at/website2020/wp-content/uploads/2020/07/RFG_4-2015-Direkte-Demokratie-und-Partizipation-in-den-oesterreichischen-Gemeinden.pdf (S. 11) (15.11.2020).

⁸ Vgl. <https://daliaresearch.com/blog/democracy-perception-index-2020/> und

<https://daliaresearch.com/blog/global-democracy-overview-2019/> sowie

https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2019/#mktoForm_anchor,

<https://www.visualcapitalist.com/wp-content/uploads/2020/09/state-of-democracy.html> (15.11.2020).

⁹ Siehe <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores> (15.11.2020).

gesamtösterreichische Volksbefragung am 20. Jänner 2013 statt.¹⁰ Diese wurde bezüglich der Frage zum Berufsheer oder Wehrpflicht initiiert, mit dem Endergebnis der Beibehaltung der Wehrpflicht.¹¹ Was die Rechtsgrundlage betrifft, so wurde in Österreich die Volksbefragung im Jahr 1988 in der Bundesverfassung (**Art 49b B-VG**) und in dem **Volksbefragungsgesetz**¹² (VBefrG) verankert.

Hinsichtlich des Gegenstandes kann eine **gesamtösterreichische Volksbefragung** nur bezüglich Angelegenheiten von *grundsätzlicher und gesamtösterreichischer Bedeutung* initiiert werden (Art 49b Abs 1 B-VG) zu deren Regelung die Bundesgesetzgebung zuständig ist.¹³ Somit wird auch auf das bundesstaatliche Prinzip hingewiesen. Zugleich ist zu erwähnen, dass es einige Gegenstandseinschränkungen gibt, wie z.B. Wahlen, die von dem Gegenstand der Volksbefragung komplett ausgeschlossen sind. Was den Zweck der Volksbefragung betrifft, so wird die Volksbefragung in Österreich vor der Beschlussfassung eines Gesetzes im Nationalrat (Parlament) oder von der Bundesregierung durchgeführt, um die Meinung der Bevölkerung zu einer bestimmten Frage **vor** endgültigen Entscheidungen zu erfragen.¹⁴

Als **Stimmberechtigter** in Österreich gilt jeder ab dem 16. Lebensjahr, der am Tag der Volksbefragung das Wahlrecht zum Nationalrat besitzt (Art 49b Abs 3 B-VG, § 5 VBefrG). Jeder Stimmberechtigte ist in den Stimmlisten, die basierend auf das Zentralwahlregister gestellt werden, (nur einmal) eingetragen. Jeder Stimmberechtigte darf mittels des amtlichen Stimmzettels (§ 9 VBefrG) nur eine Stimme abgeben (§ 5a VBefrG). Wichtig ist zu erwähnen, dass bei der Durchführung einer Volksbefragung in Österreich, Herstellung, Vertreibung, Verteilung und auf irgendeine Weise Kennzeichnung amtlicher Stimmzettel strafbar ist (§ 10 VBefrG). Die Fälle der **Ungültigkeit** des Stimmzettels sind auch präzise gesetzlich bestimmt (§ 12 VBefrG).

Was **Subjekte** der Initiierung der Volksbefragung in Österreich betrifft, so erfolgt die Anordnung durch den Bundespräsidenten und mit der Entschließung des Nationalrats. Die Entschließung ist mit der Angabe des Tages, der Fragestellung und des Stichtages der Volksbefragung im Bundesgesetzblatt kundzumachen (§ 2 VBefrG). Für die Durchführung der

¹⁰ Siehe https://www.bmi.gv.at/416/files/Leitfaden_Volksbefragung2013_Gesamt.pdf (S. 4) (15.11.2020).

¹¹ Siehe

https://www.oesterreich.gv.at/themen/leben_in_oesterreich/buergerbeteiligung___direkte_demokratie/Seite.320410.html#Allg (15.11.2020).

¹² Volksbefragungsgesetz 1989 idF vom 15.11.2020, BGBl. Nr. 356/1989.

¹³ Vgl. Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht (2014), Rz 445.

¹⁴ Vgl. Ludwig, Die Volksbefragung (2003), S. 10.

Volksbefragung sind Wahlbehörden zuständig (§ 4 VBefrG), wobei die Volksbefragung in Österreich einem strengeregelten Verfahren unterworfen ist.¹⁵

Betreffend der **Fragestellung** bei der Volksbefragung in Österreich wird entweder eine Frage, die mit „ja“/„nein“ zu beantworten ist, oder eine Frage aus zwei alternativen Lösungsvorschlägen, gestellt (Art 49b Abs 2 B-VG, § 9 VBefrG). Die Frageformulierung soll *nicht manipulativ*¹⁶, jedoch gesetzeskonform sein. Die mit der Durchführung der Volksbefragung verbundenen **Kosten** sind von den Gemeinden zu tragen, wobei der Bund an diese eine Pauschalentschädigung pro Stimmberechtigten zu leisten hat (§ 19 VBefrG).

Die Feststellung von **Endergebnissen** der Volksbefragung in Österreich erfolgt mittels Stimmkarten in den Wahlbehörden, wobei (1) die Summe der Stimmberechtigten laut Stimmlisten und (2) die Gesamtsumme der abgegebenen (un-)gültigen Antworten festzustellen ist (§ 14 VBefrG). Der Verfassungsgerichtshof kann die Richtigkeit der Ergebnisfeststellung (ziffernmäßigen Ermittlung) der Bundeswahlbehörde sowie die Rechtswidrigkeit des Durchführungsverfahrens der Volksbefragung prüfen (§ 16 VBefrG). Wichtig ist zu verstehen, dass die Ergebnisse einer Volksbefragung in Österreich **rechtlich nicht bindend** sind¹⁷ und im Internet sowie auf der Amtstafel des Bundesministeriums für Inneres veröffentlicht werden müssen (§ 15 VBefrG).

Die Volksbefragung in der Ukraine wurde – wie sich später herausstellte – als eine Art der ‚Bürgermeinungsbefragung in Form eines freiwilligen Exit-Polls‘ in rechtlich unregelter Weise durchgeführt. Ausgenommen die ‚Teilergebnisse‘, die am 26.10.2020 im Internet von der Partei „Diener des Volkes“ veröffentlicht wurden¹⁸ (wonach die Mehrheit der Befragten eine positive Antwort auf alle Fragen gegeben hat), wurden die Gesamtergebnisse der gesamtukrainischen Volksbefragung bis jetzt nicht veröffentlicht und sind somit seit Oktober 2020 für die Bevölkerung unbekannt.¹⁹

¹⁵ Vgl.

https://www.oesterreich.gv.at/themen/leben_in_oesterreich/buergerbeteiligung___direkte_demokratie/Seite.320410.html (15.11.2020).

¹⁶ Siehe Slg. 15.816/2000 VfGH.

¹⁷ Vgl. <https://www.bmi.gv.at/416/> (15.11.2020).

¹⁸ Laut den von der Partei „Diener des Volkes“ auf der offiziellen Facebookseite veröffentlichten

Teilergebnissen: 74% der Fragebögen wurden bearbeitet, positiv haben 82% der Befragten die erste Frage beantwortet, 46% - die zweite Frage, 89% - die dritte Frage, 64% - die vierte Frage und 74% - die fünfte Frage <https://www.facebook.com/slugarodu.official/posts/983023865536946> (15.11.2020).

¹⁹ Vgl. Antwort des ukrainischen Präsidentenbüros auf Anfrage der Massenmedien vom 6.11.2020 //

3. Volksbefragung in der Ukraine mit dem Fokus auf verfassungsrechtliche Aspekte

Im Gegensatz zu Österreich ist die Volksbefragung – als eine der Formen der direkten Demokratie – der ukrainischen Verfassung (Vf) und dem ukrainischen Gesetzssystem fremd. Strittig ist, ob Volksbefragung gemäß **Art 69** der ukrainischen Vf – neben Wahlen und Volksabstimmungen (Referenden) – unter ‚andere Formen der direkten Demokratie‘ fällt. Was die Rechtsgrundlage betrifft, so waren die Versuche des Präsidenten und der Abgeordneten der Verchovna Rada die Volksbefragung gesetzlich zu verankern bis jetzt nicht erfolgreich.²⁰

Während die örtlichen Wahlen in offiziellen Wahllokalen abgehalten wurden, fand die Volksbefragung in der Ukraine am 25.10.2020 faktisch **in der Nähe** von diesen Wahllokalen statt.²¹ Einerseits geht es um eine gesamtstaatliche ‚Top-down‘ Initiative zur Volksbefragung, deren Organisation (sowie Finanzierung) die politische Partei „Diener des Volkes“, die über eine parlamentarische Mono-Mehrheit²² verfügt, übernahm. Andererseits wird diese Initiative als eine ‚private‘ bezeichnet²³, da an deren Durchführung faktisch eine dritte private Firma „Se Media“, deren Haupttätigkeitsbereich nicht Bürgermeinungsforschung ist²⁴, sowie freiwillige bzw. bezahlte Interviewers²⁵, beteiligt wurden.

Hinsichtlich der **Fragestellung** bei der Volksbefragung in der Ukraine wurden mehrere miteinander nicht verbundene Fragen (mit der Auswahlmöglichkeit von „Ja-/Nein“-Antworten) gestellt²⁶, deren Gegenstand keinen gesetzlichen Einschränkungen unterzogen wurde. Zu

<https://ukranews.com/ua/news/737635-ofis-prezydenta-ne-volodiye-informatsiyeyu-pro-rezultaty-opytuvannya-zelenskogo> (15.11.2020).

²⁰ Vgl. Gesetzentwurf „Über die Volksmacht durch ein allukrainisches Referendum“ Nr. 3612 vom 09.06.2020, Gesetzentwurf „Über Änderungen des Gesetzes „Über die Zentrale Wahlkommission“ hinsichtlich Volksbefragungen““ Nr. 4043 vom 10.09.2020.

²¹ Siehe https://news.24tv.ua/opituvannya-zelenskogo-na-viborah-2020-foto-i-video-z-dilnits_n1438407 (15.11.2020).

²² 246 von der Gesamtzahl 450 der Volksabgeordneten in der Verchovna Rada der Ukraine. Siehe http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/site2/p_deputat_list#search_res

²³ Vgl. Tim B. Peters ua. „5 Fragen Selenskyjs – klare Antworten? in Kaum Überraschungen bei den Kommunalwahlen“ // <https://www.kas.de/de/laenderberichte/detail/-/content/kaum-ueberraschungen-bei-den-kommunalwahlen> (15.11.2020).

²⁴ Vgl. https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/company_details/35370145/ (Z 73.20) // https://espresso.tv/news/2020/10/26/quotstoronnya_kompaniya_ze_mediaquot_korniienko_pro_organizatora_quotopytuvannyaquot_zelenskogo (15.11.2020).

²⁵ Es ist strittig, ob Interviewers auf ehrenamtlicher Basis tätig waren. Siehe <https://www.youtube.com/watch?v=k6afoffoWSY&feature=youtu.be>

²⁶ Die **Fragen** wurden wie folgt formuliert: (1) *Unterstützen Sie die Idee von lebenslangen Haftstrafen bei*

beachten ist, dass der ukrainische Präsident bei der Kundmachung über die Volksbefragungsdurchführung am 13.10.2020 weder eine vollständige noch eine Teilliste von Fragen bekannt gab. Die Fragen wurden erst 10 Tage vor dem Wahltag²⁷ und dem Beginn der Volksbefragung selbst bekannt gemacht.

Bei der gesamtukrainischen Volksbefragung am Tag der örtlichen Wahlen 2020 konnte **jeder** Interessierte beim Verlassen der Wahllokale einen Papierfragebogen **anonym** (in ähnlicher Weise zu einer Exit-Poll-Befragung²⁸) ausfüllen und diesen in die ‚versiegelte Kartonschachtel‘ werfen. Die ausgefüllten Papierfragebogen wurden von Interviewern protokolliert und diejenigen, die nicht ausgefüllt worden sind, sollten demnächst vernichtet werden.²⁹ Da die Papierfragebogen mit **keinen amtlichen Kennzeichnungsmerkmalen** ausgestattet waren, war somit keine Ergebniskontrolle möglich. Außerdem ist strittig, ob bei der zwar gesamtukrainischen Volksbefragung alle Regionen der Ukraine gleichermaßen befragt wurden.³⁰

Darüber hinaus ist strittig, inwiefern der Präsident bei der Initiierung der gesamtukrainischen Volksbefragung und der Kundmachung über die Volksbefragungsdurchführung am Tag der örtlichen Wahlen 2020 im Rahmen seiner durch die Verfassung festgelegten Befugnisse agiert hat. Diese sind im **Art 106 Abs 1 Vf erschöpfend** geregelt.³¹ Die Verfassung hat die

Korruption in besonders großem Maße?; (2) Unterstützen Sie die Schaffung einer freien Wirtschaftszone in den Regionen Donezk und Lugansk?; (3) Ist es notwendig, die Verchovna Rada der Ukraine auf 300 Volksabgeordnete zu reduzieren?; (4) Unterstützen Sie die Legalisierung von Cannabis für medizinische Zwecke, um die Schmerzen schwerer Patienten zu lindern?; (5) Unterstützen Sie das Recht der Ukraine, die im Budapest Memorandum definierten Sicherheitsgarantien anzuwenden, um ihre staatliche Souveränität und territoriale Integrität wiederherzustellen?

²⁷ Siehe <https://youtu.be/h3S8TJH0Ys4>, https://t.me/OP_UA/3050,

<https://www.facebook.com/zelenskiy95/posts/2658851691031857> (15.11.2020).

²⁸ Siehe <https://www.esomar.org/uploads/public/knowledge-and-standards/codes-and-guidelines/ESOMAR-WAPOR-Guideline-on-Opinion-Polls-and-Published-Surveys-August-2014.pdf> (Z 8.2). Vgl.

https://dif.org.ua/uploads/pdf/1356088645_2202.pdf (S. 10). Betreffend das Phänomen der ‚geklonten‘ Exit-Polls-Befragungen in der Ukraine siehe https://dif.org.ua/uploads/pdf/1356088645_2202.pdf (S. 16) (15.11.2020).

²⁹ Siehe https://www.youtube.com/watch?v=OLFTGuc_DRE und <https://www.youtube.com/watch?v=WHCctrV0qWQ> (15.11.2020).

³⁰ Untersuchung des Zivilen Netzwerks Opora //

<https://www.facebook.com/olga.ajvazovska/posts/10222959861081564> (15.11.2020).

³¹ Siehe E VfG Nr. 9-r / 2020 vom 28. August 2020 (Abs. 2.2) und E VfG Nr. 11-r / 2020 vom 16. September 2020 (Abs. 2.3).

„allerhöchste juristische Kraft“ (Art 8 Abs 2 Vf), wobei ihre Normen unmittelbare Geltung haben (Art 8 Abs 3 Vf). Die Kompetenzen des Präsidenten sind durch **Art 102 Abs 1 und 2 Vf** festgelegt und eine Kompetenzerweiterung des Präsidenten durch Gesetze ist unzulässig.³² Nach **Art 19 Abs 2 Vf** müssen Organe der Staatsgewalt und ihre Beamte ausschließlich die Befugnisse ausüben, welche durch die Verfassung festgelegt sind. Die Befugnisse des Präsidenten können **nicht durch ein Gesetz oder einen anderen Normativrechtsakt** erweitert werden.³³ Wie Judikatur des ukrainischen Verfassungsgerichts aufzeigt, gilt dies auch für „andere Befugnisse“ des Präsidenten (iSd Klausel Nr. 31 gem. Art 106 Vf).³⁴

Aus systematischer Betrachtung von angeführten Artikeln der Vf kann entnommen werden, dass die Ankündigung einer gesamtukrainischen Volksbefragung aus eigener Initiative durch die Veröffentlichung von Online-Videobotschaften³⁵ – aufgrund der fehlenden verfassungsmäßigen Grundlage – eine scheinbar verfassungswidrige Handlung seitens des ukrainischen Präsidenten darstellt. Das Verfassungsgericht hat jedoch die Verfassungsmäßigkeit der Handlung des Präsidenten, nämlich die Initiierung der gesamtukrainischen Volksbefragung, in Hinblick auf Befugnisse des Präsidenten nicht geprüft. Die Berufungen von Einzelpersonen im Verwaltungsverfahren³⁶ sowie beim Obersten Gerichtshof gegen die Entscheidung des Verwaltungskassationsgerichts³⁷ mit den Forderungen die präsidiale Initiative zur allukrainischen Volksbefragung zu verbieten, waren (trotz abweichender Meinungen von Richtern) nicht erfolgreich.³⁸

³² Vgl. Wieser/Lazur/Bilash (Hrsg.), Einführung in das ukrainische Recht, 1. Ed. (2020), S. 51-52.

³³ Siehe E VfG Nr. 7-rp / 2003 vom 10. April 2003 (Abs. 2), E VfG Nr. 32-rp / 2009 vom 17. Dezember 2009 (Abs. 3.1) und E VfG Nr. 5-r / 2019 vom 13. Juni 2019 (Abs. 3.1). Bis jetzt waren mehrere Gesetzentwürfe („Über den Präsidenten der Ukraine“ von 2019; „Über den Präsidenten der Ukraine und das Verfahren zur Beendigung seiner Befugnisse“ Nr. 7248 von 2017) mit dem Ziel, die Befugnisse des Präsidenten auf der Grundlage der Verfassung zu detaillieren, nicht erfolgreich.

³⁴ Vgl. E VfG № 11-r / 2020 vom 16. September 2020 (Abs. 2.3).

³⁵ Siehe <https://youtu.be/h3S8TJH0Ys4> und https://t.me/OP_UA/3050, <https://www.facebook.com/zelenskiy95/posts/2658851691031857> (15.11.2020).

³⁶ Siehe dazu <http://oask.gov.ua/node/4644> (15.11.2020).

³⁷ Siehe https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads//REZ_2020_10_24.pdf (15.11.2020).

³⁸ Vgl. abweichende Meinung des Richters Gudyma (Abs. 42.2) mit dem Hinweis auf E VfG № 6-rp / 2008 vom 16. April 2008 (Abs. 3) (15.11.2020) // <https://ips.ligazakon.net/document/C015307>.

Schlussfolgerung

Die Ergebnisse der Volksbefragung in der Ukraine und in Österreich sind nicht rechtlich bindend. Im Vergleich zu Österreich, wo eine Volksbefragung vor endgültigen Entscheidungen über die Gesetzbeschlussfassung eingeholt wird, und deren Durchführungsverfahren gesetzlich geregelt ist, ist dies in der Ukraine nicht der Fall. Die Rechtswidrigkeit des Durchführungsverfahrens und die Richtigkeit der Ergebnisfeststellung der Volksbefragung in der Ukraine kann in keiner Weise geprüft werden. Für den ukrainischen Präsidenten werden die fragwürdigen Ergebnisse der Volksbefragung (ihm zufolge) als ein ‚Zusatzargument für künftige Gesetzesänderungen‘ gelten.³⁹ Somit scheint es, dass die Volksbefragung in der Ukraine durch den Präsidenten instrumentalisiert werden kann. Mittels gesamtukrainischer Volksbefragung wird versucht eine nicht in der ukrainischen Verfassung vorgesehene Form der direkten Demokratie einzuführen, um höchstwahrscheinlich eigene Interessen und politische Ambitionen zusätzlich zu legitimieren.

³⁹ Siehe <https://www.president.gov.ua/news/prezident-pro-zagalnonacionalne-opituvannya-hochu-otrimati-v-64773> (15.11.2020).