

**Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V. (DUJV)**

**Німецько-Українське Об'єднання Юристів**



**Wissenschaftlich-Praktischer Sammelband  
zum 10-jährigen Jubiläum der DUJV**

**2020**

**Hamburg**

Rainer Birke (Hrsg.)

---

**Schriften zum deutschen und ukrainischen Recht – 3**



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 3

Том 3

*Rainer Birke (Hrsg.)*

Райнер Бірке (укладач)

**Wissenschaftlich-Praktischer Sammelband  
zum 10-jährigen Jubiläum der DUJV**

Науково-практичний збірник

до 10-ти річчя НУОЮ

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 [978-3-947875-02-3]

Online veröffentlicht auf dem Server der DUJV e.V.

Опубліковано на онлайн-сервері НУОЮ

## **Vorwort**

Sehr geehrte Leserinnen und Leser, liebe Mitglieder der DUJV!

Wir freuen uns über Ihr Interesse an unserem Sammelband zum 10-jährigen Bestehen der DUJV. Der Dialog der Juristen der Ukraine und Deutschlands, deren Vertreter in dieser Publikation zu Wort kommen, ist nicht zuletzt durch das Assoziierungsabkommen mit der EU und ihren Mitgliedstaaten in den letzten Jahren vielfältiger, wichtiger und sichtbarer geworden. Wir sind sehr froh, diese Entwicklung mit unserer noch recht jungen Vereinigung begleiten und mit befruchten zu können.

Die Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung wurde Ende 2009 unter dem Namen Deutsch-Ukrainische Vereinigung von Richtern, Rechtsanwälten und Rechtswissenschaftlern als Forum des gegenseitigen Austauschs zum ukrainischen und deutschen Recht in Hamburg gegründet. In den zehn Jahren ihrer Existenz durchlief die heute knapp 90 Mitglieder zählende Vereinigung einen Prozess stetigen Wachstums. Sie führt gemeinsam mit ihren Partnerorganisationen mehrmals pro Jahr internationale Konferenzen in Deutschland, der Ukraine und zuletzt auch in Österreich durch, veranstaltete 2019 erstmals eine Herbstschule des deutschen Rechts und einen Kurs zum Europarecht in der Ukraine. Eine wesentliche Rolle spielten in 2020 Online-Veranstaltungen, die uns sicher noch weiter begleiten werden. Wir danken unseren Mitgliedern, deren unschätzbare ehrenamtlicher Einsatz all diese Aktivitäten ermöglicht, und sind stolz auf das große Interesse an unseren Veranstaltungen. Wir wollen Wissenschaftlern und Rechtspraktikern auf diese Weise einen Rahmen für eine befruchtende Zusammenarbeit geben und Anteil an der Fortbildung des Rechts nehmen. Auf viele weitere Jahre guter und konstruktiver Zusammenarbeit!

Hamburg, im Dezember 2020 - Dr. Rainer Birke

## **Передмова**

Шановні читачі, шановні члени НУОЮ!

Дякуємо за інтерес, проявлений до нашої збірки наукових праць, присвяченої 10-ти річчю Німецько-українського об'єднання юристів (НУОЮ). Діалог між юристами України та Німеччини, представники яких мали можливість висловити своє бачення у цій публікації, за останні роки став більш різноманітним, помітним та змістовним, у тому числі завдяки підписаній Угоді про асоціацію з ЄС. Ми вельми раді, що можемо супроводжувати та стимулювати цей двосторонній розвиток за допомогою діяльності нашого ще відносно молодого Об'єднання.

Німецько-українське об'єднання юристів було засновано в Гамбурзі наприкінці 2009 року під назвою "Німецько-українське об'єднання суддів, адвокатів та правознавців" як форум для взаємного німецько-українського обміну досвідом у галузі права. За десять років свого існування НУОЮ, яке сьогодні налічує майже 90 членів, знаходиться у процесі постійного зростання. Разом зі своїми партнерськими організаціями НУОЮ проводить міжнародні конференції кілька разів на рік у Німеччині, Україні та, нещодавно, в Австрії, а в 2019 році вперше було організовано осінню школу з німецького права та курс європейського права в Україні. Онлайн-заходи відіграли особливо важливу роль у 2020 році і ми впевнені, що ця робота буде продовжуватися і надалі, набираючи оберти і прискорюючи свою динаміку. Ми дякуємо нашим членам Об'єднання, чия неоціненна волонтерська робота уможливила всі ці заходи, і ми пишаємось великою зацікавленістю, проявленою до нашої діяльності і наукових подій. Таким чином, ми хочемо надати вченим та юристам-практикам рамкові засади для плідної співпраці та участі у подальшій розбудові права. Хай попереду нас чекають ще багато років доброї та конструктивної співпраці!

Гамбург, грудень 2020 року

Д-р Райнер Бірке

## **Inhalt**

### **Зміст**

*Bzova, Laura*

Rechtliche Argumentation in den Entscheidungen des Verfassungsgerichts der Ukraine und des Bundesverfassungsgerichts Deutschlands.....8

*Фурса Світлана Ярославівна / Фурса Євген Іванович*

Systemische und fragmentarische Probleme bei der Anwaltsfortbildung in der Ukraine  
Проблеми підвищення кваліфікації адвокатів: системні і фрагментарні.....17

*Janus, Hans*

Theorie und Praxis staatlicher Exportförderung - Keine Glanzleistung  
ukrainischer Gesetzgebung.....36

*Крушніцька, Оксана Володимирівна*

Представництво інтересів клієнта як вид правничої допомоги.....48

*Kubko, Andrii*

Ответственность государства и государственные интересы  
(международные стандарты и украинский контекст) .....53

*Shcherbanyuk, Oksana*

Implementation of the International Standards of the Bar Institute  
in the Ukrainian Model.....63

*Slin'ko, Tetiana / Tkachenko, Yevhenii*

Constitutional law and the constitutionality criterion of state bodies' acts.....70

*Yavor, Olga Anatolijivna*

Restrictions imposed by the Law of Ukraine «On prevention of corruption»  
on persons that cease activity linked with government function or municipal administration.....91  
Обмеження, встановлені Законом України «Про запобігання корупції» щодо осіб, які  
припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого  
самоврядування.....97

Laura Bzova,  
Doktorand des zweiten Studienjahres,  
Assistent der Abteilung für Verfahrensrecht  
Nationale Jurij-Fedkowskytsch-Universität Czernowitz  
(Czernowitz, Ukraine)  
[l.bzova@chnu.edu.ua](mailto:l.bzova@chnu.edu.ua)

## **RECHTLICHE ARGUMENTATION IN DEN ENTSCHEIDUNGEN DES VERFASSUNGSGERICHTS DER UKRAINE UND DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS DEUTSCHLAND**

**Annotation:** In der überwiegenden Mehrheit der Industrieländer der Welt gibt es heute in der einen oder anderen Form gerichtliche oder gerichtsähnliche Verfassungsprüfungen. Die moderne Verfassungs- und Rechtslehre hat ihre Aktivitäten als verfassungsrechtliche Zuständigkeit Deutschlands und der Ukraine bereichert. Sie manifestiert sich in der Regel in den Rechtspositionen des Verfassungsgerichts. In der modernen Wissenschaft des Verfassungsrechts wird die Argumentation des Verfassungsgerichts, mit der er seine endgültige Entscheidung in dem Fall trifft, als Rechtsposition des Gerichts bezeichnet. Textlich sind sie im motivierenden Teil der Entscheidung oder Stellungnahme des Gerichts enthalten, können jedoch in einigen Fällen in einer engen Fassung und im operativen Teil dargestellt werden.

Man kann sagen, dass die Rechtslage nicht die Entscheidung selbst ist, sondern das, was ihrer Annahme zugrunde liegt: Rechtsverständnis, Auslegung des Rechts zu einem bestimmten Thema, Verfassungs- und Rechtslehre, die gemeinsam von den Richtern in dem Fall erstellt wurde. Der Begriff «Argument» wird seit 1170 in der Rechtswissenschaft verwendet und hat folgende Bedeutung: arguere - zeigen, behaupten, beweisen, herausfinden; argumentation - Beweise, Argumente geben.

**Einführung:** Argumentation wird oft als einfache Manipulationstechnik angesehen. Es gibt bestimmte Methoden, die nach bestimmten Kriterien angepasst werden, damit der Ausdruck der Idee akzeptiert wird. Diese Methoden umfassen rationale und / oder emotionale Werkzeuge, die in die Diskussionstechnik eingebettet sind und sich durch eine globale Methode auszeichnen, um die richtigen Argumente zu finden, die zu einigen Überlegungen führen. Die Theorie der rechtlichen Argumentation ist heutzutage einer der Prioritäten für die Entwicklung der modernen Rechtswissenschaft. Die rechtliche Argumentation im Vergleich zu anderen Arten der



Argumentation hat ihre eigenen Besonderheiten. Eines dieser Merkmale ist die Verwendung von Rechtsterminologie und Verweisen auf Vorschriften.

Im weitesten Sinne würde verfassungsrechtliches Denken, wie der Begriff selbst (auf den ersten Blick) andeutet, einfach bedeuten, Gründe zu verwenden, die auf der Verfassung beruhen. In diesem Sinne würden Argumente beschrieben, die sich im Wesentlichen um Verfassungsprobleme drehen (im Allgemeinen Probleme, die bei der Auslegung und Anwendung von Verfassungsnormen auftreten). Eine solche breite Bedeutung würde es jedoch nicht ermöglichen, eine Definition oder Abgrenzung eines bestimmten theoretischen Feldes festzulegen und es aus dem allgemeinen Geltungsbereich der rechtlichen Argumente zu streichen. In Verfassungsstaaten, in denen das gesamte Rechtssystem der normativen Kraft der Verfassung unterliegt, werden Rechtsargumente direkt oder indirekt auf der Grundlage verfassungsrechtlicher Bestimmungen entwickelt.

**Der Zweck dieses Artikels** ist, die Besonderheiten des rechtlichen Denkens bei den Tätigkeiten von Verfassungsgerichten zu untersuchen.

**Präsentation des Hauptmaterials.** Verfassungsgerichte sind mittlerweile in den meisten Demokratien weit verbreitet und institutionell konsolidiert. Daher sollte sich die Debatte über die demokratische Legitimität der verfassungsmäßigen Zuständigkeit nicht mehr nur auf die normative Frage konzentrieren, welche Befugnisse diese Gerichte haben sollten, sondern auch eine Analyse der Entscheidungsfindung und Argumentation umfassen, die heute ein grundlegendes Element ihrer institutionellen Autorität und Glaubwürdigkeit sind und eine entscheidende theoretische Rolle für Theorien des Diskurses und der rechtlichen Argumentation erfordern.

Laut dem Wissenschaftler S. Tumlin basiert die rechtliche Argumentation auf Analogien zu den Verfahren und Techniken, die in Gerichtsdebatten verwendet werden. Er analysiert das Argument und verwendet die Konzepte und Methoden der Logik, um die Thesen und Annahmen, die Menschen in der Praxis machen, zu bewerten, zu rechtfertigen und zu bestätigen<sup>1</sup>.

Neil McCormick merkt an, dass das rechtliche Argument ein Streit ist, der darauf abzielt, die Gründe hervorzuheben, die zeigen, dass die Entscheidung fair ist, weil sie dem Gesetz entspricht<sup>2</sup>. Es ist notwendig, diese Art der rechtlichen Argumentation als verfassungsrechtliche Argumentation zu untersuchen.

---

<sup>1</sup> Toumlin S. The Uses of Argument/ S.Toumlin/ - Cambridge, 1958 - 264p.

<sup>2</sup> PUY MUÑOZ, Francisco, La argumentación jurídica, problemas de concepto métodos de aplicación, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2004, p. 120.

Der deutsche Wissenschaftler R. Alexy, ein Experte für Argumentationstheorie, kam zu dem Schluss, dass es angesichts der besonderen Rolle der Argumentation bei der Bestimmung der Menschenrechte und Verantwortlichkeiten notwendig ist, das Konzept der Argumentation in das Rechtssystem einzuführen<sup>3</sup>.

Die wachsende Bedeutung der rechtlichen Argumentation in der Verfassungsgerichtsbarkeit geht mit der Entwicklung eines theoretischen Feldes einher, das sich insbesondere auf die Argumentationspraktiken der Verfassungsgerichte konzentriert. In Lehrstudien, die normalerweise in die konzeptionelle Atmosphäre der rechtlichen Argumentation einbezogen sind, wird zunehmend auf einen bestimmten theoretischen Bereich hingewiesen, der als konstitutionelles Argument bezeichnet wird. Dies ist eine Schlussfolgerung, die zumindest das Ergebnis einer Analyse der jüngsten iberoamerikanischen Rechtsliteratur zu diesem Thema ist. Obwohl dieser Ausdruck in den Texten mehrerer Werke vorkommt, die sich mehr oder weniger versehentlich oder absichtlich auf dieses spezifische theoretische Gebiet beziehen, gibt es zwei Studien, die sich ausschließlich mit der Behandlung verfassungsrechtlicher Argumente befassen.

Die Entscheidungssituationen, die technisch fundiertere rechtliche Argumente erfordern, die zunehmend in rechtlichen Realitäten finden, die durch Verfassungen gekennzeichnet sind und die mit diesen Merkmalen ausgestattet sind (konstitutionelle Demokratien sind auch durch politischen, sozialen, ethnischen und kulturellen Pluralismus gekennzeichnet), erfordern eine interne Annahme durch Anwälte der Teilnehmer für ein angemessenes Verständnis des Rechts als soziale Praxis (interpretative und argumentative Praxis) und betont somit die Unersetzbarkeit und eine Exklusivität argumentativer Ansatz bei der Analyse des rechtlichen Phänomens.

Die konstitutionelle Argumentation ist nichts anderes als ein spezifisches Untersuchungsgebiet der rechtlichen Argumentation. Offensichtlich sind Argumente, die auf Verfassungsnormen beruhen und sind nicht ausschließlich auf Verfassungsgerichte beschränkt und Teil der normalen Tätigkeit des Gesetzgebers und natürlich aller Bestandteile der Justiz. Das Verfassungsargument, das bei der Ausübung einer abstrakten Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit ohne Berücksichtigung der spezifischen Tatsachen eines bestimmten Falles stattfindet, erhält ein völlig anderes Merkmal als das von gewöhnlichen Richtern und Gerichten, da es im Wesentlichen auf normativer Ebene in vergleichenden Urteilen zwischen Normen arbeitet (infrakonstitutionelle Normen vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Normen), was normalerweise zu einem Diskurs über die Rechtfertigung durch abstrakte (und nicht konkrete) Anwendung dieser Normen führt. Wenn wir an dieser Stelle und nur zu diesem Zweck die von Klaus Günther formulierte

---

<sup>3</sup> Alexy R. A theory of legal argumentation / R. Alexy. – Oxford University Press, 1989.

Unterscheidung zwischen Rechtfertigungsreden und Angemessenheit von Reden verwenden, können wir sagen, dass Verfassungsgerichte bei der abstrakten Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Normen letztendlich Erklärungen abgeben, die die Normen rechtfertigen (und nicht über die Angemessenheit oder Anwendung, die gewöhnliche gerichtliche Tätigkeit charakterisieren), und daher wird seine Tätigkeit in diesem Bereich normalerweise mit der Tätigkeit des Gesetzgebers verglichen (negativ oder positiv)<sup>4</sup>. Um das Wesentliche des Verfassungsarguments zu untersuchen, müssen die Gerichtsentscheidungen des Verfassungsgerichts der Ukraine und des Bundesverfassungsgerichts von Deutschland analysiert werden.

In der Verfassungspetition des Obersten Gerichtshofs der Ukraine zur Verfassungsmäßigkeit bestimmter Bestimmungen der Absätze 4, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 22, 23, 25 von Abschnitt XII «Schluss- und Übergangsbestimmungen» des ukrainischen Rechts «Über die Justiz und den Status der Richter» vom 2. Juni 2016 № 1402 - VIII wurde festgestellt, dass die Bestimmungen von Abschnitt XII des Gesetzes № 1402 - VIII über:

- Beendigung des Obersten Gerichtshofs der Ukraine, des Hochspezialisierten Gerichtshofs der Ukraine für Zivil- und Strafsachen, des Obersten Handelsgerichts der Ukraine und des Obersten Verwaltungsgerichts der Ukraine;

- Liquidation des Obersten Gerichtshofs der Ukraine;
- Bildung des «Obersten Gerichtshofs»;
- Beginn der Arbeit des «Obersten Gerichtshofs» usw.

In seiner Entscheidung argumentierte das Verfassungsgericht: «Das bestimmende Merkmal der Justiz in einem demokratischen Staat, der von der Rechtsstaatlichkeit regiert wird, ist ihre Unabhängigkeit, die bedeutet, ihre institutionelle Trennung von Gesetzgeber und Exekutive, die Unzulässigkeit ihres Einflusses auf die beruflichen Funktionen der Richter, öffentliche Bestrebungen nach einer Umstrukturierung der Gesetzgebung, Änderungen im Justizsystem. Nur eine unabhängige, unpolitische Justiz, zu der auch die in der Verfassung der Ukraine verankerten Gerichte gehören, kann ihre verfassungsmäßige Funktion der Rechtspflege in der Ukraine ordnungsgemäß erfüllen (Artikel 124 Teil 1 der Verfassung der Ukraine). Das Verfassungsgericht der Ukraine geht davon aus, dass die Änderungen der Verfassung der Ukraine den Grundsatz der institutionellen Kontinuität gewährleisten müssen, was bedeutet, dass die durch das Grundgesetz der Ukraine geschaffenen Behörden weiterhin im Interesse des ukrainischen Volkes funktionieren

---

<sup>4</sup> GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. New York: State University of New York; 1993.

und ihre Befugnisse, Aufgaben und Funktionen ausüben. unabhängig von diesen Änderungen in der Verfassung der Ukraine definiert, es sei denn, dass diese Änderungen zu einer signifikanten (radikalen) Änderung ihres Verfassungsstatus, einschließlich ihrer Beseitigung führen<sup>5</sup>.

Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR1481 / 04 vom 19. Oktober 2004: «Der Beschwerdeführer ist der Vater eines unehelichen Kindes, für das er das elterliche Sorgerecht für das Kind und das Recht auf Kommunikation mit ihm erhalten möchte. In seiner Verfassungsbeschwerde entschied er sich gegen die Ungeschützten, die seiner Ansicht nach in seinem Fall beschlossen hatten, die Frage des Europäischen Gerichtshofs mit einer wahrheitsgemäßen Person (EGMR) zu klären, auch gegen diejenigen, die vom deutschen Nachbarn gegen das Völkerrecht verstoßen. Der Verfassungsbeschwerde wurde größtenteils stattgegeben. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hob die angefochtene Entscheidung des Obersten Landesgerichts in Naumburg auf, da sie das Grundrecht des Beschwerdeführers nach Art. 6 des Grundgesetzes in Verbindung mit der Rechtsstaatlichkeit verletzt. Der Fall wurde für eine neue Entscheidung an den Senat in Zivilsachen des Obersten Landgerichts in Naumburg zurückgeschickt, aber das Ergebnis des Prozesses wurde nicht festgestellt. Er muss nur die einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens bei der Auslegung des EGMR und in dem vom Bundesverfassungsgericht detaillierter festgelegten Umfang bewerten. Daher besteht keine Notwendigkeit, den Antrag des Antragstellers auf Vorsichtsmaßnahmen zu prüfen»<sup>6</sup>. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und ihre zusätzlichen Protokolle internationale Rechtsverträge sind, die der Bundesgesetzgeber in das deutsche Rechtssystem aufgenommen und mit den einschlägigen förmlichen Gesetzen formalisiert hat (Artikel 59 Absatz 2 des Grundgesetzes). Somit haben die EMRK und ihre zusätzlichen Protokolle den Status eines Bundesgesetzes. In diesem Sinne müssen die deutschen Gerichte die Konvention in der Auslegung ergreifen und schaffen. Die Garantien der EMRK und ihrer zusätzlichen Protokolle sind jedoch aufgrund des ihnen vom Grundgesetz zugewiesenen Ranges kein direktes verfassungsrechtliches und rechtliches Kriterium für die Überprüfung. Gleichzeitig helfen der Wortlaut des Übereinkommens und die Entscheidung des EGMR auf verfassungsrechtlicher Ebene bei der

---

<sup>5</sup> Urteil des Verfassungsgerichts der Ukraine im Fall des Verfassungsantrags des Obersten Gerichtshofs der Ukraine zur Verfassungsmäßigkeit bestimmter Bestimmungen der Absätze 4, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 22, 23, 25 von Abschnitt XII „Endgültig und Übergangsbestimmungen“ des ukrainischen Gesetzes „Über die Justiz und den Status von Richtern“ vom 2. Juni 2016 № 1402 – VIII. Es wurde festgestellt, dass die Bestimmungen von Abschnitt XII des Gesetzes № 1402 - VIII (№ 2-p / 2020) vom 18. Februar 2020 nicht mit der URL der Verfassung der Ukraine übereinstimmen: [http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/2\\_p\\_2020.pdf](http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/2_p_2020.pdf) (Zugriffsdatum: 07.05.2020).

<sup>6</sup> Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichts. Infotrope Medien. Moskau - 2018 1028p. - S. 799.

Auslegung des Inhalts und der Grenzen der Grundrechte und Rechtsgrundsätze des Grundgesetzes, soweit dies den Schutz der Grundrechte nach dem Grundgesetz nicht einschränkt oder mindert. Diese verfassungsrechtliche und rechtliche Bedeutung eines internationalen Rechtsvertrags drückt die Förderung des Völkerrechts durch das Grundgesetz aus. Auch die Verfassung sollte so weit wie möglich so ausgelegt werden, dass sie nicht im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland steht.

Das Bundesverfassungsgericht muss Verstöße gegen das Völkerrecht, die eine fehlerhafte Anwendung oder Missachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte darstellen, so weit wie möglich verhindern und beseitigen. Dies gilt insbesondere für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK, die zur Entwicklung einer europaweiten Position zu den Grundrechten beitragen. In Fällen, in denen innerhalb der bestehenden methodischen Standards Raum für unterschiedliche Auslegungen und Bewertungen besteht, müssen deutsche Gerichte solchen Auslegungen gemäß dem Übereinkommen Vorrang einräumen. Die konventionelle Norm bei der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs muss in jedem Fall in den Entscheidungsprozess einbezogen werden, der Gerichtshof ist verpflichtet, dies gebührend zu berücksichtigen. Die Nichtbeachtung dieser Pflicht kann vom Antragsteller vor dem Bundesverfassungsgericht als Verstoß gegen sein verfassungsrechtlich geschütztes Grundrecht in Verbindung mit der Rechtsstaatlichkeit angefochten werden.

Bei der Analyse der Praxis des Bundesverfassungsgerichts können wir die Entscheidung des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 (2 BvR 1481/04) nicht außer Acht lassen. Diese Entscheidung wurde als Widerwillen des Bundesverfassungsgerichts interpretiert, die Entscheidung des EGMR aufgrund bestimmter nationaler Rechtsmerkmale umzusetzen.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer unter anderem die aus seiner Sicht mangelhafte Umsetzung des in seiner Sache ergangenen Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 26. Februar 2004 sowie die Missachtung von Völkerrecht durch das Oberlandesgericht Naumburg.

Auf die Verfassungsbeschwerde Görgülüs hob das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 14. Oktober 2004<sup>7</sup> die Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Juni 2004 auf und verwies die Sache an einen anderen Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg zurück. Das Bundesverfassungsgericht begründete dies damit, dass das OLG gegen [Art. 6 GG](#) in Verbindung mit dem [Rechtsstaatsprinzip](#) verstoßen habe, indem es die Entscheidung des

---

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04, Rn. 1-73 URL: [http://www.bverfg.de/e/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104.html).

Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht beachtet habe. Das OLG hätte die Entscheidung des EGMR sowohl bei der Frage, ob die einstweilige Anordnung auch von Amts wegen ergehen kann, als auch bei der Frage, ob Görgülü ein Umgangsrecht eingeräumt werden kann, berücksichtigen müssen.

Mit weiterem Beschluss vom 19. März 2004 übertrug das Amtsgericht Wittenberg die elterliche Sorge auf Görgülü. Auch diesen Beschluss hob der 14. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg mit Beschluss vom 9. Juli 2004 auf. Auf die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde Görgülü hob das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 5. April 2005 auch diese Entscheidung auf und verwies die Sache an einen anderen Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg zurück<sup>8</sup>.

Mit einstweiliger Anordnung vom 2. Dezember 2004 erweiterte das Amtsgericht Wittenberg das Umgangsrecht Görgülü auf wöchentlich vier Stunden. Mit Beschluss vom 8. Dezember 2004 setzte der 14. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg den Vollzug der einstweiligen Anordnung des Amtsgerichts Wittenberg aus. Nachdem Görgülü hiergegen erneut Verfassungsbeschwerde eingelegt hatte, hob der 14. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg mit Beschluss vom 20. Dezember 2004 die Aussetzung des Vollzuges der einstweiligen Anordnung auf. Mit einem weiteren Beschluss vom selben Tag änderte er die einstweilige Anordnung des Amtsgerichts Wittenberg vom 2. Dezember 2004 ab und schloss ein Umgangsrecht des Vaters mit seinem Kind bis zur Entscheidung in der Hauptsache aus<sup>9</sup>. Das OLG entschied, es sei im Rahmen einer Untätigkeitsbeschwerde des Amtsvormundes und der Pflegeeltern befugt, die einstweilige Anordnung des Amtsgerichts Wittenberg auszusetzen. Das Urteil des EGMR vom 26. Februar 2004 sei «nicht überzeugend» und «auch prozessual fragwürdig». Gegen die Annahme des EGMR, die «hier in nichts anderem als der biologischen Herkunft bestehende Beziehung des Kindes zum Vater» sei einem nach Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Familienleben gleichzusetzen, bestünden „nicht unerhebliche Bedenken».

Auf die Verfassungsbeschwerde Görgülü stellte das Bundesverfassungsgericht mit einstweiliger Anordnung vom 28. Dezember 2004 zunächst die Umgangsregelungen des Amtsgerichts Wittenberg vom 2. Dezember 2004 wieder her und bezeichnete die Entscheidung

---

<sup>8</sup> BVerfG, 1 BvR 1664/04 5.4.2005, Absatz-Nr. (1 - 34) URL:

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20050405\\_1bvr166404.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20050405_1bvr166404.html).

<sup>9</sup> 14 WF 234/04, NJ 2005, S. 278.

des 14. Zivilsenats des OLG Naumburg als willkürlich<sup>10</sup>. Mit Beschluss vom 10. Juni 2005<sup>11</sup> hob das Bundesverfassungsgericht den Beschluss des 14. Zivilsenats des OLG Naumburg vom 20. Dezember 2004 auf, soweit darin das Umgangsrecht Görgülüs bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache ausgeschlossen worden ist. Zur Begründung führte die 1. Kammer des Ersten Senats aus, dass die Entscheidung des OLG Naumburg vom 20. Dezember 2004 gegen Grundrechte Görgülüs aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verstoße und willkürlich sei. Das OLG habe schon nicht nachvollziehbar begründet, wieso es sich überhaupt für berechtigt gehalten habe, die Entscheidung des Amtsgerichts Wittenberg abzuändern, obwohl diese gemäß dem damals geltenden § 620c Satz 2 ZPO unanfechtbar ist. Zudem habe das OLG grundlegend die rechtliche Bindung an die Entscheidung des EGMR vom 26. Februar 2004 verkannt. Das OLG habe das Urteil des EGMR nicht nur nicht beachtet, sondern dessen Vorgaben in ihr Gegenteil verkehrt.

Also, das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil die Auffassung vertreten, dass der Konvent nicht den Status eines Verfassungsrechts im Sinne des deutschen Rechtssystems und daher keinen Vorrang vor anderen ordentlichen Gesetzen hat. Daher kann die Einbeziehung von Entscheidungen des EGMR in die nationale Rechtsordnung nur dann erfolgen, wenn sie unter Verwendung normaler verfassungsmäßiger Personen nicht den nationalen Normen entsprechen. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass ein Verstoß gegen das Übereinkommen nicht als Rückgriffsgrund dienen kann (dies war die Beschwerde von 2001). Nach Ansicht des Gerichtshofs kann dies daran liegen, dass die Gerichte die einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens nicht berücksichtigen, was gegen das Grundgesetz des deutschen Grundgesetzes verstößt. Diese Position ist eher zweideutig, aber es gibt in diesem Fall keine Nivellierung des Vorrangs der Normen des Übereinkommens gegenüber den Normen des nationalen Rechts.

**Schlussfolgerungen.** Also, nach der Analyse der Rechtsprechung ist daher zu beachten, dass sich verfassungsrechtliche Argumente zur Unterstützung von erga omnes Entscheidungen und verbindlichen Konsequenzen von denen unterscheiden, die Entscheidungen mit begrenzter Wirksamkeit in bestimmten Fällen rechtfertigen sollen. Die Argumentationslast ist zweifellos viel größer, da sie direkt proportional zum maßgeblichen Charakter der getroffenen Entscheidungen ist. Die Obersten Gerichte und die Verfassungsgerichte tragen nicht nur im ersten Fall als oberste

---

<sup>10</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28. Dezember 2004 - 1 BvR 2790/04 -, Rn. 1-36 URL: [http://www.bverfg.de/e/rk20041228\\_1bvr279004.html](http://www.bverfg.de/e/rk20041228_1bvr279004.html).

<sup>11</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 10. Juni 2005 - 1 BvR 2790/04 -, Rn. 1-48 URL: [http://www.bverfg.de/e/rk20050610\\_1bvr279004.html](http://www.bverfg.de/e/rk20050610_1bvr279004.html).

Ebene der Justiz und im zweiten als oberste politische Gremien, sondern tragen auch die enorme Argumentationslast, die erforderlich ist, damit Gerichtsentscheidungen umfassend Bildung oder Änderung der Folgen des Rechtssystems durchgesetzt und durchgesetzt werden können. Einige in diesem Zusammenhang getroffene Entscheidungen - von denen viele nicht nur die Auslegung, sondern auch das Überdenken und die Neuinterpretation der Verfassung betreffen - führen zu direkten normativen Auswirkungen auf die Rechtsordnung, die Entscheidungen vieler Gesetze und sogar Verfassungsänderungen gleichwertig sind oder diese sogar überwiegen. Die Projektion der in diesen Entscheidungen entwickelten verfassungsrechtlichen Argumente kann sogar über das Rechtssystem selbst hinausgehen und politische, kulturelle und moralische Konsequenzen für den gesamten Staat haben.



**Фурса Світлана Ярославівна**, д.ю.н, професор кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений юрист України, член Німецько-Українського об'єднання юристів

**Фурса Євген Іванович**, к.ю.н., професор кафедри міжнародного, цивільного, комерційного права Київського національного торговельно-економічного університету, член Німецько-Українського об'єднання юристів

**SYSTEMISCHE UND FRAGMENTARISCHE PROBLEME BEI DER  
ANWALTSFORTBILDUNG IN DER UKRAINE  
ПРОБЛЕМИ ПІДВИЩЕННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ АДВОКАТІВ:  
СИСТЕМНІ І ФРАГМЕНТАРНІ**

Автори цієї публікації не розцінюють власні міркування як об'єктивну і остаточно сформульовану, для адвокатської спільноти, інформацію, оскільки все більше переконуються в тому, що наша держава переходить в стан правового дефолту, коли владні структури і «провідні фахівці», які займаються реформуванням суспільних відносин, не усвідомлюють, що вони роблять і до чого це може призвести. Коли держава не здатна сама управлятися з власними боргами, то це фінансовий дефолт, а коли влада не бачить, куди веде власне законодавство і, відповідно, суспільні відносини, то це правовий дефолт, оскільки влада перестає управляти суспільними відносинами. Вважаємо, що останній стан держави є гірший ніж перший, оскільки фінансовий стан в державі, насамперед, залежить від її правового стану. Якщо

корупцію у вищих ешелонах влади не подолано, то скільки б держава не запозичувала коштів на свій розвиток або існування, все одно її очікує одна й та сама доля...

В той же час сподіваємося, що адвокатура здатна вистояти і не піддатися загальній тенденції до моральної і професійної деградації, яка властива сьогодні багатьом фахівцям. Впевнені, що підходів до вирішення проблем з підвищенням кваліфікації адвокатів настільки багато, що перерахувати їх складно, але ми дивимося на їх виникнення і способи вирішення через призму публікацій та інших джерел.

Тому ми не розраховуємо на те, щоб наші міркування були, однозначно, і, головне, схвально сприйняті, оскільки мета цієї статті подивитися на перспективи розвитку адвокатури як відносно самостійної структури і спільноти адвокатів України, які є різними за своєю кваліфікацією, рівнем доходу, світоглядом та іншими характерними якостями, але до яких висуваються однакові вимоги з підвищення їх кваліфікації. І в цьому випадку, автори на боці тих адвокатів, які здатні самостійно мислити, займатися самоосвітою, мають власну, достатню для високого рівня доходів, клієнтуру. Отже є самодостатніми як за фінансовим станом, так і за рівнем кваліфікації. Як правило, такі адвокати не будуть набирати достатню кількість балів з підвищення кваліфікації, оскільки будуть вважати відповідні заходи пустою тратою часу і зусиль. В той же час, вони зобов'язані як й всі інші адвокати підвищувати свою кваліфікацію. Спробуємо знайти розв'язання цієї колізії? *Наприклад, Голова НААУ, РАУ під час наради з головами РАР і КДКА регіонів в Одесі заявила: «Якщо НААУ забезпечує і зобов'язана забезпечити професійний рівень адвокатів, то ми взяли це на себе і кажемо що ми сьогодні спроможні це робити. Це забезпечення має бути насамперед спрямоване на якість. Нам надали виключне право на представництво, тому що ми маємо відповідати критерію професійності»<sup>1</sup>.* Отже, з цього висловлювання можна

---

<sup>1</sup> Вимога до підвищення кваліфікації пов'язана з виключним правом адвокатів на представництво в судах. НААУ. [https://unba.org.ua/news/4689-vimoga-do-pidvishennyua-](https://unba.org.ua/news/4689-vimoga-do-pidvishennyua)

зробити висновок, що підвищення кваліфікації має відбуватися до рівня професійності. Але це поняття має оціночний характер і неконкретний зміст. По суті, що має бути метою підвищення кваліфікації – «підтягнути» рівень кваліфікації всіх адвокатів чи тільки тих, що не дотягують до «професійного рівня адвокатів».

В той же час, під час конференції, присвяченій адвокатурі в м. Одесі вчений, адвокат Й.Л. Бронз у своїй доповіді зазначав, що до нього потрапляють офіційні документи, складені адвокатами, в яких є дуже багато орфографічних та стилістичних помилок. І з ним важко не погодитися. Дійсно, за таких умов, соромно передавати ці документи по інстанціях. Але публічно озвучена позиція доповідача так само має ставати підставою для реагування іншими адвокатами. Виникає парадоксальне питання, а як такі особи потрапили в незалежне професійне середовище адвокатів і чи можна визнати їх професійний рівень достатнім для виконання функцій адвоката? Які заходи дисциплінарної відповідальності до них можуть застосовуватися за те, що вони неграмотно викладають процесуальні документи? В чому полягатиме для таких адвокатів підвищення кваліфікації, у поверненні до шкільної програми і повторенні матеріалу з правопису чи у їх дисциплінуванні – пишіть грамотно!? Яку програму можна порекомендувати їм для підвищення грамотності чи такі програми необхідні всім адвокатам?

Очевидно, що слід визначити ті проблемні питання, які властиві сучасній адвокатурі України, і спільно всім адвокатам знайти способи їх вирішення, але для цього необхідно кваліфікувати проблемні питання, узагальнити способи їх вирішення і знайти з них найбільш оптимальні.

Для порівняння мети і способів її досягнення, приведемо ще одну цитату: *«Захищаючи права людей, ми маємо володіти вищим рівнем підготовки, ніж судді. Держава і міжнародні інституції почали потужно займатися навчанням суддів, для того щоб були високо класні судді. На цьому фоні ми маємо готувати наших адвокатів супер якісно»,* - наголосила голова

НААУ, РАУ. Дискусійність останнього положення зумовлена тим, що адвокати відверто не змагаються із судом, а вони як гладіатори мають битися між собою як в цивільному судочинстві, так і в кримінальному, коли представляють інтереси сторін, потерпілих та обвинувачених. При цьому, програш справи не завжди об'єктивно визначає кваліфікацію адвоката, що програв справу, але рішення суду, за звичай, буде на боці одного з них...

Як виміряти професійний рівень адвоката, у порівнянні з суддею? Тобто, питання може ставитися навіть під таким кутом зору, що особа з вищими професійними здібностями здатна маніпулювати особою, в якій такі здібності є меншими. Але в такому разі слід визнати, що в змагальному процесі адвокат з вищими професійними здібностями перемає адвоката, який не займається підвищенням кваліфікації, а також суддю. Ось лозунг і стимул для добровільного і самостійного підвищення кваліфікації! Але в такому разі ми поставимо під сумнів всі властивості правової системи України, в якій гарантується захист порушеного права судом, а не гарантія успіху боротьби суду з досвідченим адвокатом. В той же час, ми не відмітаємо гіпотезу про те, що переваги в змагальному процесі, об'єктивно, будуть на боці того, хто має вищі професійні здібності. Тобто питання може стояти про те, на скільки вигідно адвокат зможе представити ту ситуацію, в якій опинився його клієнт, зокрема, у відносинах кредитор-боржник обидві сторони мають право на адвоката і, доволі часто, ситуація боржника набагато гірша ніж кредитора. Але окремі адвокати досягають позитивних результатів захищаючи боржника, зменшуючи нараховані відсотки, пеню, досягаючи реструктуризації боргу тощо.

Повертаємося до підвищення кваліфікації суддів, у порівнянні з адвокатами. Отже, держава та міжнародні інституції намагаються підняти рівень суддів, який в нашій державі не зважаючи на кількість судових реформ так само низький. Можна з впевненістю стверджувати, що серед суддів так само є такі, які пишуть рішення зі значною кількістю помилок або зобов'язують писати рішення своїх помічників чи секретарів. Тому цілком

виправдано, що держава турбується про те, щоб підняти фаховий рівень суддів.

На пам'ять прийшла інформація, що у книзі на одному друкованому аркуші допускається 3 орфографічні помилки, але це не стосується рішень судів, де помилка в цифрі може призвести до того, що мільйони перетворяться на мільярди і навпаки. Тому для суддів такі помилки неприпустимі, а виявлені ними потребують швидкого усунення згідно закону (ст. 269 ЦПК). Адвокатські помилки усуваються уточненням, наприклад, шляхом усунення недоліків позовної заяви (ст.185 ЦПК) і не мають такого кардинального значення, оскільки вимоги адвокатів проходять випробування в змагальному процесі і судом шляхом аналізу. Отже, кваліфікація адвоката з цієї позиції може бути нижчою ніж у судді.

Адвокатура ж хоче підняти рівень адвокатів, щоб кваліфікація останніх стала вищою ніж у суддів, але де буде знаходитися поле для професійного змагання між ними і як будуть реалізуватися переваги в кваліфікації адвокатів над суддями? Які супер методики передбачається використовувати для того, щоб адвокати стали «професійнішими» ніж судді? Можливо, «педагогічний шпіонаж», щоб вивчити методи, яким навчають суддів, а на базі цього розробити супер методику «боротьби» із суддями? Тобто, запрошувати тих викладачів, які вчать суддів, на підвищення кваліфікації адвокатів, щоб ті розповідали як вчать суддів і на цій базі розробляти методи боротьби із суддями? Цілком зрозуміло, що це професійний жарт, але він наближений до реальності, оскільки доволі часто книги переписуються, професіонали використовують навіть вдалу манеру поведінки один одного, але не можна разом з навичками у сучасних умовах поки що пересадити знання з однієї голови до іншої, навчити адвоката швидко мислити і приймати оптимальні для кожної ситуації рішення, стратегічно мислити в кожній справі, а не використовувати давно відомі і стандартні методики. Якщо основи такого мислення не були закладені попередньо на шкільній та студентській лаві, то навряд це вдасться досягти при колективному підвищенні кваліфікації. З цієї

позиції, кваліфікація адвоката має бути вищою ніж у судді, оскільки суддя не бере участі в змаганні, а може тримати свої враження від змагання адвокатів до ухвалення і проголошення рішення.

Сьогодні пропонується підвищити якість юридичної освіти у вищих навчальних закладах освіти і створена відповідна Концепція розвитку юридичної освіти<sup>2</sup>. Ця концепція жваво обговорюється фахівцями, але її квінтесенція – це введення *єдиного вступного іспиту (ЄВІ)* – форма вступного випробування з іноземної (англійської, або німецької, або французької, або іспанської) мови для вступу на навчання для здобуття ступеня магістра на основі здобутого ступеня вищої освіти (освітньо-кваліфікаційного рівня спеціаліста), яка передбачає використання організаційно-технологічних процесів здійснення зовнішнього незалежного оцінювання, а також *єдиного державного кваліфікаційного іспиту (ЄДКІ)* як стандартизованої форми оцінювання рівня засвоєних здобувачем вищої освіти спеціальних (фахових, предметних) компетентностей, визначених стандартами вищої освіти та достатніх для ефективного виконання професійної діяльності за обраною спеціальністю. Отже, з останньої частини фрази можна зробити висновок, що після складання цього іспиту особа за її вибором може йти в адвокатуру, прокуратуру тощо?! Чого варте положення, наведене в Концепції: *«професійна правнича спільнота – об'єднання, створене у встановленому законом порядку, яке сформоване за професійною ознакою для захисту інтересів представників правничої професії та інтересів, пов'язаних з професійною правничою діяльністю»*. Тобто всі правники будуть об'єднуватися на підставі закону, але яке об'єднання передбачається створити? Подібне до штучного всесвітнього об'єднання юристів, але в межах України? Що мається на увазі під поняттям «Проблему можливо розв'язати шляхом проведення комплексної реформи юридичної освіти, включаючи

---

<sup>2</sup> Концепція розвитку юридичної освіти / Міністерство освіти і науки України <https://mon.gov.ua/ua/osvita/visha-osvita/koncepciya-vdoskonalennya-pravnichoyi-yuridichnoyi-osviti-dlya-fahovoyi-pidgotovki-pravnika>

навчання впродовж життя, що полягатиме у системному підході до зміни структури, змісту, організації та методів навчання, суттєве посилення в освітніх програмах практичної складової». Це зазіхання на підвищення кваліфікації адвокатів, яке тепер буде контролюватися і, можливо, фінансуватися за державний рахунок, коли в пенсійному фонді і в державному бюджеті дірки як Маріанська впадина?

Загалом можна погодитися з Головою НААУ, яка постійно спілкується з адвокатами і бачить проблеми не тільки в адвокатському середовищі, а й у суспільних відносинах, у вищому керівництві держави. В той же час варто визнати, що зупинити процес деградації лише підвищенням колективної кваліфікації і тільки адвокатів неможливо, як неможливо змусити всіх думати, розвиватися. Отже, питання має стояти про те, щоб стимулювати підвищення кваліфікації саме українськими адвокатами.

Так, адвокатська професія набагато складніша ніж суддівська, оскільки суддя бачить перед собою одну справу, але не знає стратегію адвоката, який може розраховувати на програш в одній справі, щоб забезпечити вигреш в реалізації остаточної, головної мети – досягти несподіваного для протилежної сторони і суду, стратегічно виваженого, успіху в захисті прав клієнта. Так, у адвокатській практиці одного із авторів у провадженні була цивільна справа. Фабула якої полягала в тому, що двоє із співвласників п'ятикімнатної квартири хотіли отримати кошти за свою частину квартири, але інші співвласники не могли і не хотіли її компенсувати, оскільки в їх володінні і користуванні опинилася вся квартира. Це зумовлено було тим, що сім'я розділилася і двоє із співвласників (доросла жінка і її донька) взяли з чоловіком кредит в банку, купили собі квартиру на свою сім'ю і там проживали. Цілком очевидно, що такий стан речей відповідав інтересам тих членів з колишньої сім'ї, які користувалися п'ятикімнатною квартирою і на позов про визначення порядку користування житловою площею квартири вони відреагували негативно і виграли справу. Оскільки такий позов був стереотипним, тобто першим кроком для визначення частки в натурі і

наступного її продажу, але не основним варіантом захисту прав жінки та її доньки. Так само опоненти впевнено відмовилися від інших пропозицій щодо розміну квартири, вимоги про компенсацію часток тощо, оскільки не бачили загрози. Коли ж був пред'явлений позов про примусовий продаж квартири і обумовлювався він відсутністю виходів із ситуації, що склалася, то ситуація кардинально змінилася і вони взяли кредит у банку і виплатили належну співвласникам частку. Тобто, *програш справи був тактичним ходом, щоб виграти більше*. Так, у разі продажу частки від квартири вартість квадратного метра зменшується на третину, оскільки квартира стає комунальною, а у разі продажу всієї квартири навіть на торгах її ціна є більшою.

І такий варіант розвитку справи опонентам прорахувати було складно, але можливо, якщо визначати стереотип поведінки адвокатів і суддів. Це не процесуальна диверсія, а стратегічний розрахунок.

Тому у адвокатів набагато більше варіантів допомогти клієнту, ніж в судді протистояти адвокату і тут відкритого змагання, як правило, не відбувається, якщо суддя не намагається відверто виявляти свою позицію проти адвоката. В останньому випадку це непрофесійно, тому суддя наражається на обґрунтований відвід через його упередженість і для цього достатньо почекати, щоб він виявив своє ставлення до справи. Професійні судді таких доказів не надають і свою позицію виявляють лише у рішенні суду, а до його проголошення зовнішньо виявляють прихильність до того адвоката, який має програти справу, тому зовні і з позиції останнього справа розглядається об'єктивно, а внутрішня змагальність не виявляється.

Отже, як навчити адвокатів думати і діяти не стереотипно, якщо вони звикають всі відповіді шукати в Інтернеті, а там і погані ідеї пропагуються як оригінальні. Ще із студентської лави, особи, які у майбутньому хочуть стати адвокатами, вважають, що теорія ніщо, а на практиці вони усьому навчаться або хтось їх і у подальшому вчитиме. Однак, а хто вчитиме якісно свого потенційного конкурента?



Така сама доля й в майбутніх суддів, які звикають в студентські роки списувати, очікувати підказку, а потім ми хочемо отримати незалежного суддю і довіряємо їм вирішувати справи відповідно до принципу верховенства права... При цьому, оцінки в додатку до диплому не мають будь-якого значення. Отже, якісно навчатися і «працювати» не має потреби... Згадана ж раніше Концепція стимулюватиме до пасивної поведінки під час навчання і таке навчання активізуватиметься тільки у період підготовки до складання іспиту, а на цей період, як правило, батьки знайдуть репетиторів, здатних підготувати до іспиту і отримання диплому буде гарантовано. І це швидко зрозуміють багато майбутніх юристів... І лише окремі студенти виявлять натхнення в оволодінні знаннями, працездатність, намагатимуться набути якісних знань, виявлять оригінальність мислення. Але ці риси формуються самими студентами, ще із шкільної лави та є наслідками виховання батьками...

Для отримання статусу адвоката вимагається два роки практичного досвіду і будь-які попередні оцінки не мають значення, а де взяти такий стаж? Де не- будь і як-небудь... Помічники та секретарі суддів так само набираються суддівського досвіду і переймають доволі часто манери суддів, з якими працюють. Але за цей період «практичного досвіду» вони втрачають знання теорії, які набули під час навчання у ВНЗ, але отримують саме звички, не навикки практичної роботи, які вбивають в них творчі здібності і оригінальність мислення. Вони звикають підпорядковуватися, а не думати самостійно. Достатньо подивитися на секретарів та помічників в судах, які мають вищу юридичну освіту, закінчили ВНЗ з червоним дипломом, а займаються доволі часто технічною роботою, працюють судовими розпорядниками (ст. 68 ЦПК), а бо по декілька раз переписують проекти судових рішень. Для такої роботи, на нашу думку, не потрібна вища юридична освіта та червоний диплом... У цьому зв'язку виникає риторичне запитання, а на що вони здатні після такого практичного досвіду? Давно потрібно переосмислити, що для технічної

роботи не потрібна вища юридична освіта, а такою роботою мають займатися випускники професійно-технічних училищ або ж коледжів.

Отже, доволі часто як і до адвокатури, так і до суддівського корпусу потрапляють виснажені тривалим навчанням і «практичним» досвідом колишні відмінники та більш вільні від знань і кропіткої роботи трієчники, які почуваються більш впевненими і вільними, оскільки тягар знань їх, абсолютно, не хвилює. Вони прочитали лише одну книжку «Кваліфікаційний адвокатський іспит» і склали його. Отже, вони вже вважають себе готовими адвокати, адже іспит склали... Ми не будемо говорити про те, як вони склали такий іспит, а маємо на увазі, ту мету-бар'єр, який вони вже подолати. А про професійну роботу, яка потребує кропіткого та системного оволодіння знаннями та професійними навиками, можна на якийсь час забути, хаотично їх поповнюючи.

В той же час, відомі американські адвокатські компанії заздалегідь обирають студентів, які навчаються на відмінно, з найкращих ВНЗ для проходження у них практики, стежать за їх роботою, укладають з ними договори і платять їм стипендії, тобто так створюються усі сприятливі умови для підготовки майбутніх професійних адвокатів. Саме за таких умов адвокатура отримує найкращих фахівців і за них компанії борються, щоб їх клієнтам надавалась професійна правова допомога, а у судовому змаганні від їх адвокатської компанії брав участь найкращий «боець». Тому підвищувати кваліфікацію таких адвокатів навряд чи потрібно, оскільки вони тривалий час здатні працювати на високому професійному рівні без сторонньої допомоги та постійно підвищувати свій професійний рівень самотужки.

В Україні не вироблені критерії, які відрізняють адвокатів за їх кваліфікацією, хоча багато із них є кандидатами і докторами юридичних наук. У цьому зв'язку виникає запитання, а які програми на курсах підвищення кваліфікації їм можна запропонувати та хто їх буде навчати? У цьому зв'язку виникає і інше питання, а які об'єктивні критерії високої професійної кваліфікації адвокатів можна встановити, щоб на них могли рівнятися інші?

Може взяти за основу кількість «програних» справ, кількість задоволених скарг на дії адвокатів чи кількість окремих ухвал суддів, якими вони сьогодні вправі відреагувати на поведінку адвоката? Так, ч. 2 ст. 262 ЦПК суд (суддя) може постановити окрему ухвалу у випадку зловживання процесуальними правами, порушення процесуальних обов'язків, неналежного виконання професійних обов'язків (в тому числі, якщо підписана адвокатом позовна заява містить суттєві недоліки) або іншого порушення законодавства адвокатом.

Отже, в такому разі буквально можна встановити підставу для обов'язкового підвищення кваліфікації, коли адвокат склав і підписав позовну заяву із суттєвими недоліками. Як бачимо, виходячи із аналізу ч. 2 ст. 262 ЦПК, якщо адвокат сам склав і підписав позовну заяву із суттєвими недоліками, то цю ситуацію автори ЦПК розцінюють як зловживання правом, оскільки вважають, що адвокат не може скласти неякісну позовну заяву. Але така ситуація цілком можлива не внаслідок зловживання правом, а через низьку кваліфікацію адвоката. Але де тут межа в сприйнятті такої ситуації? Якщо адвокат не оскаржить окрему ухвалу, отже він погоджується, що здійснював зловживання правом і в такому разі його кваліфікацію слід вважати достатньо високою. Якщо ж він оскаржить таку ухвалу, то можна припускати, що його кваліфікація недостатня. Саме такий спосіб вирішення цієї ситуації є логічним, але, на нашу думку, неправильним. Ми виходили з того, що окрема ухвала судді є об'єктивною, правильною і, відповідно, правомірною. Але це не завжди так. Тому змагання між адвокатом та суддею можливе, однак на грані порушення вимог щодо статусу судді та адвоката, права якого так само гарантуються п. 10 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від порушень з боку судді, а саме: *забороняється винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції адвоката у справі.*

Дійсно, за що суддям «любити» адвокатів, якщо останні оскаржують їх рішення, іноді влучно і обгрунтовано ініціюють дисциплінарні провадження

проти них. Тому помилки адвокатів судьями сприймаються зверхньо, але в окремих ухвалах про них не зазначають. Інша річ, коли справа має політичний та суспільний резонанс, то тоді можуть мати місце відверті конфліктні ситуації між судьями та адвокатами. Але здійснювати підготовку адвокатів на таких прикладах дуже складно через те, що однакових справ не існує. *Наприклад*, можна пригадати справу проти Ю. Тимошенко, коли суддя емоційно не витримував поведінки та позиції адвоката С. Власенка; справа проти В. Януковича так само не була простою ні для адвокатів, ні для суддів. Але участь в таких справах – це ексклюзив, який необхідно аналізувати з різних боків, розкладати їх на елементи і аналізувати кожну ситуацію, поведінку адвокатів і суддів. Раніше участь в таких справах і промови адвокатів фіксувалися, а потім видавалися книги під назвою «Промови видатних адвокатів» і вони ставали взірцем для інших юристів. Тепер промови адвокатів, поступово, стають скупими на оригінальні висловлювання та ідеї, нудними за стилем їх викладення і розмитими за професійною лексикою та змістом. У цьому зв'язку виникає запитання, а чи достатньо навчати адвокатів лише навичкам побудови промови та стилю їх проголошення? На нашу думку, цього недостатньо, щоб адвокат став високо професійним фахівцем. Насамперед, має здійснюватися об'єктивний аналіз участі адвоката у справі з різних боків, матеріали участі адвокатів у справах, які мають певну специфіку слід оприлюднювати, щоб всі бажаючі, а особливо адвокати, могли їх проаналізувати і зробити для себе певні висновки, тобто як діяти у такій чи подібній ситуації.

Однак, починати на курсах підвищення кваліфікації з азів навчати усіх адвокатів ораторському мистецтву, зокрема, й як побудувати промову в суді, недоцільно, оскільки багато з них здатні самі поділитися власним досвідом, виграними гучними справами.

Отже, що в сучасних умовах вкладають у поняття «підвищення кваліфікації»? Хто і яку інформацію поширює на заходах з підвищення кваліфікації, яку програму розробили для середньо статистичного адвоката,

щоб він став професійним і за кваліфікацією вищим ніж суддя? Сьогодні великої популярності набуває представлення матеріалу за допомогою технічних засобів, шляхом всіляких демонстрації, інсталяції тощо. Тому може скластися враження, що скоро у судах справи будуть розглядатися за схемами, картинками. Не виключаємо такі потенційні можливості через те, що в сучасних ВНЗ пропагуються такі методи викладання лекцій. Але слід зазначити, що у сучасних умовах адвокат у своїй роботі стикається з великою кількістю, саме складного для сприйняття, матеріалу, множиною юридичних обставин і доказів. Навіть норми законодавства тепер викладаються на стільки складно і неоднозначно, що доводиться значний час витратити, щоб сприйняти окрему норму закону.

Які наслідки породжує навчання майбутніх юристів через схематичне викладення матеріалу – спрощує його сприйняття. Але мозок майбутніх юристів, зокрема, й адвокатів має звикати, самостійно, знаходити рішення в складних правових ситуаціях. Коли інформація викладена складно, неоднозначно, одні докази суперечать іншим, тому потребується зусилля розумової діяльності і логічного мислення, що дасть можливість адвокату зробити правильні висновки та належно сформулювати правову позицію. Тому потрібно готувати студентів до самостійного розв'язання складних життєвих ситуацій, а не до «розжовування» певної інформації та подання її студентам у спрощеному вигляді.

Отже, навички професії адвоката – це самостійне мислення і знаходження відповідей в складних правових ситуаціях. Тоді випускники юридичних ВНЗ будуть готові до самостійної професійної роботи і як адвокати, і як судді та в реальних ситуаціях самотужки знайдуть правильні відповіді. Вважаємо доцільним стимулювати адвокатів до самостійного підвищення кваліфікації. Але, якщо адвокат, системно, проявляє явну некомпетентність під час розгляду справи чи здійсненні консультативної діяльності, в результаті чого порушуються права його клієнта, то не дивлячись

на формальне підвищення кваліфікації, його слід позбавляти високого статусу адвоката з метою підвищення авторитету адвокатури у суспільстві.

В контексті викладеного, виникає запитання, а якщо буде встановлено, що адвокат непрофесійно веде справи, то чи можна призначати обов'язкове проходження ним підвищення кваліфікації? Думаємо, що на законодавчому рівні слід встановити такий обов'язок адвоката, але наскільки він буде ефективним, сказати важко. Кожний адвокат, який програв справу, має сам проаналізувати ситуацію, виявити причини програшу і самостійно ліквідувати прогалини в своїх знаннях, особливо, коли причина програшу його зайва самовпевненість. Ця позиція спирається на власні спостереження, а також на припущення, що всі адвокати хочуть працювати і здатні працювати самостійно, а не з «під палки» і бажають мати багато клієнтів за рахунок власних здібностей і, відповідно, достатній дохід. Для них наявність дисциплінарних стягнень навіть немає такого значення як програш справи і втрата клієнта, оскільки це не стільки втрата коштів, скільки втрата репутації, що є значно гіршим ніж, наприклад, попередження.

Але ця позиція стосується далеко не всіх адвокатів, оскільки серед адвокатів існують й такі, що обіцяють клієнту на стільки багато, що потім не здатні виконати й половину, а вину вони покладають і на корумпований суд, і на вплив невідомих, але впливових осіб. До таких адвокатів мають застосовуватися певні санкції, включаючи обов'язок пройти тривале підвищення кваліфікації, яке буде супроводжуватися призупиненням їх діяльності на цей період.

Але такі заходи мають відрізнитися від звичайного збагачення адвокатів новою інформацією, оскільки для них мають бути розроблені спеціальні програми з урахуванням тієї галузі права, не знання якої призвело до допущених адвокатом помилок. *Наприклад*, адвокат програвав справи про розподіл спільного майна подружжя, про відібрання дитини та визначення її місця проживання, позбавлення батьківських прав, усиновлення тощо. Отже, на курсах підвищення кваліфікації йому має надаватися відповідна інформація

з сімейного права та цивільного процесу та після закінчення навчання на курсах підвищення кваліфікації ним обов'язково має складатися іспит з сімейного прав, щоб знов його стимулювати до роботи над собою. Але для цього мають формуватися групи таких адвокатів, які потребують підвищення знань у певній галузі права.

В той же час, цілком можливо, що багатьох досвідчених адвокатів можуть зацікавити лекції видатних українських вчених. Однак, такі лекції мають бути адаптованими до потреб адвокатів, зокрема, наперед має бути проаналізована та узагальнена судова практика, сформульований перелік проблемних питань, які адвокати хочуть розглянути при підвищенні кваліфікації як у науково-теоретичному, так і практичному аспектах. Так, сьогодні в ЦПК введено поняття «Висновок експерта у галузі права», який може зробити вчений, який має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права. Тому безпосереднє спілкування з такими вченими, які виконують функції експертів є доцільним для адвокатів. Проте слід зразу застерегти, що статус експерта та правове значення його висновок неоднозначно викладене у ЦПК. Зокрема, статті 114 та 115 входять до глави 5 «Докази і доказування», а у ст. 115 ЦПК прямо зазначено: «Висновок експерта у галузі права не є доказом». Це парадокс. Але, можна стверджувати, що адвокати доволі часто використовують такі висновки як докази правильності своєї правової позиції у справі. Тому такі зустрічі будуть корисними для адвокатів, а також і для провідних вчених, оскільки останні будуть отримувати актуальну інформацію про проблеми в судовій та іншій практиках.

Тому наше враження від підвищенням кваліфікації адвокатів в сучасних умовах – це не найгірший спосіб підвищення професійності українських адвокатів, оскільки подальше вдосконалення освіти в Україні призведе до гірших наслідків. Кількість років навчання в школі зростатиме, але там навчатимуть чому завгодно і як-небудь, а потім в короткі п'ять років навчатимуть професії на рівні магістрів, та це при прогресуючому обсягу спеціальних знань, але з єдиною метою – скласти іспит. Сьогодні в Концепції

пропонуються абсолютно алогічні речі, оскільки в одному положенні зазначається: «Строк реалізації Концепції становить п'ять років», а трохи нижче йдеться про програму «навчання впродовж життя». Дані положення навіть не хочеться коментувати... Одночасно у Концепції критикується «недостатній рівень теоретичних знань та практичних навичок у значній частини випускників правничих шкіл України» та пропонується долучати правників-практиків до викладання окремих курсів чи проведення занять для майбутніх правників. Отже, можна зробити висновок, що практики також мають заповнювати теоретичні прогалини в знаннях, оскільки практика ґрунтується й на теорії, наприклад, коли судді треба діяти в межах аналогії закону чи права, згідно принципу верховенства права тощо? Тому очікувати від такої Концепції позитивних результатів не доведеться, оскільки багато хто з випускників шкіл «невідомо» як, але все ж таки спромагається потрапляти до вищих закладів освіти не маючи ґрунтовних знань і відповідної працездатності. І система зовнішнього незалежного оцінювання не тільки не гарантує якість випускників та вступників до університетів, але й легалізує їх низький ступінь підготовки. По суті, таку саму систему намагаються тепер застосувати до випускників вищих навчальних закладів юридичної освіти. Отже, можна з впевненістю стверджувати, що ми отримуємо такий самий результат, але щодо магістрів.

Що нині передбачено у законодавстві про адвокатуру з метою ліквідації прогалини в знаннях кандидатів в адвокати? Для набуття статусу адвоката магістром, який два роки навчався на магістратурі за спеціалізацією «Адвокатура» в університеті та йому викладали профільні дисципліни як вчені, так і практикуючі адвокати, які є кандидатами, докторами юридичних наук, академіками Національної академії правових наук України, Залуженими юристами України, а також іноземними професорами, які залучаються ВНЗ до навчального процесу для набуття стажу роботи в галузі права не менше двох років, але навіть і з якою остаточною метою це робиться...? Потім кандидат ще має пройти стажування протягом 6 місяців, але



цей процес так само потребує певної методології, педагогічних навичок у керівника стажування тощо. При цьому варто усвідомлювати, що ніхто лекцій стажисту читати не буде. Отже він вчитиметься на помилках керівника стажування та своїх власних...

Ніхто ще не придумав кращого способу виховання ніж «батіг та пряник», тому найгірші представники професії мають позбавлятися статусу, щоб всі інші адвокати зрозуміли, як працювати не слід і самостійно підвищували кваліфікацію всіма розумними методами, а за пропозицію пройти підвищення кваліфікації були вдячні. Пряник адвокати знайдуть самі – виграні справ, хороші гонорари, повага, відчуття переваги над опонентом тощо, але для цього конче необхідно отримувати все нові і нові знання, щоб бути в курсі новітніх ідей. Отже, вони з задоволенням підвищуватимуть свою кваліфікацію, але їх слід зацікавити цікавою і складною інформацією, орієнтованою на високий фаховий рівень. Отже, підвищення кваліфікації має бути різних рівнів, різної спрямованості, із залученням авторитетних лекторів, а не тільки практикуючих адвокатів. В даному випадку система підвищення кваліфікації адвокатів має полягати в тому, щоб вивчати замовлення адвокатів на ту чи іншу інформацію, на того чи іншого лектора, а «не заганяти» адвокатів на відповідні заходи, щоб вони з великим бажанням йшли на курси підвищення кваліфікації за отриманням нових знань.

Щодо студентів юридичних спеціальностей, то для них мають існувати відповідні стимули, які мають демонструватися на прикладах успішної кар'єри відомих адвокатів. Цілком зрозуміло, що Міністр освіти та науки у 28 років – це приклад очевидного й нічим невиправданого, отже незаслуженого призначення, який породжує небажання натхненно вчитися і працювати. Як дівчина у 28 років може керувати академіками, професорами, учбовими закладами, якщо в неї не має ні професійного, ні навіть життєвого досвіду. При представленні певного керівника мають озвучуватися його переваги над іншими кандидатами, а не констатація призначення. Тоді повага до такого керівника виникатиме сама собою, а не за рахунок його посади.

Посилання на іноземні престижні дипломи як підставу для зайняття посад так само варто припинити, оскільки так принижується власна освіта і кропітка робота українського студентства над своїм професійним рівнем, які в силу об'єктивних обставин, як правило за відсутності коштів, не можуть навчитися у дорогих та престижних ВНЗ з кордоном ... Потрібно не дивитися на дипломи, а визначати фах кандидата на певну посаду або на зайняття ним певним видом діяльності. Припустимо, якщо адвокат Загоруйко поставить на свій стіл чоботи і сфотографує їх чи сфотографується з-під столу. Чи дадуть такі фото йому додаткових клієнтів? Але наш Міністр юстиції такі фото оприлюднює, отже це приклад і для студентів, і для адвокатів ... Тому не дивно, що в сучасному професійному світі падає інтерес до підвищення кваліфікації, а зростає бажання лише «засвітитися і отримати посаду»...

Тому ми сподіваємося, що такі тенденції істотно не вплинуть на адвокатське середовище, а ті хто вважає, що популяризація будь-якими методами власного імені в Інтернеті – це гарантія успіху, на довго не затримаються в адвокатурі, де має домінувати напружена праця у боротьбі з власною лінню та над підвищенням своєї кваліфікації.

Ми, абсолютно, поділяємо занепокоєння керівництва адвокатурою, яке бачить ознаки деградації в суспільних відносинах, роблять спроби ставати на заваді цьому процесу в адвокатурі, намагається стимулювати підвищення кваліфікації будь-якими дозволеними методами, включаючи порівняння із суддями. В той же час, ми звертаємо увагу на те, що скоро до адвокатури будуть намагатися потрапити не зовсім підготовлені до самостійної роботи кандидати, які роблять велику кількість орфографічних та інших помилок в документах і тут потрібно створювати істотний бар'єр – ґрунтовні іспити, де будуть аналізуватися не тільки знання норм законодавства, а й навички кандидатів до самостійного мислення, грамотного написання документів, вміння себе вести в публічних місцях, навіть одяг адвоката має відповідати його статусу.

Щодо підвищення професійного рівня діючих адвокатів можна висловити побажання про необхідність системного проходження підвищення кваліфікації і застосовувати не тільки батіг, а й зацікавити адвокатів корисною і цікавою інформацією та для цього створити програму підвищення кваліфікації, яка має постійно вдосконалюватися з урахуванням викликів сьогодення, змін у суспільних відносинах, законодавстві та його прогресивному розвитку.

## **Theorie und Praxis staatlicher Exportförderung**

Keine Glanzleistung ukrainischer Gesetzgebung

Hans Janus<sup>1</sup>

Nach jahrelanger Diskussion, immer neuen Konzepten und vielen ergebnislosen Ansätzen hat die Verchovna Rada im Dezember 2016 ein Gesetz über die Steigerung der Exporte durch Exportkreditversicherung, Garantien und Rückversicherung verabschiedet.<sup>2</sup> Doch eine Exportkreditversicherung als staatlich unterstützte Einrichtung für die Exportförderung gab es damit in der Ukraine noch lange nicht. Erst Ende 2018 wurde die ukrainische Exportkredit-Agentur gegründet.<sup>3</sup> Die unendliche Geschichte der Schaffung einer international vergleichbaren und wettbewerbsfähigen ukrainischen Exportkreditversicherung dauert dennoch bis heute an.

### **I. Staatliche Exportfinanzierung und Exportkreditversicherung**

Die hohe Relevanz von staatlichen Maßnahmen der Exportförderung ist unter Ökonomen inzwischen weitgehend unstrittig. Auch Volkswirte, die staatlichen Interventionen in den Markt grundsätzlich kritisch gegenüberstehen, haben die Sinnhaftigkeit staatlicher Exportförderung anerkannt. Arbeitsplatzsicherung, Markterschließung, internationale Wettbewerbsfähigkeit, Förderung von kleinen und mittelständischen Unternehmen, aber zunehmend auch Klimaschutz und Innovationen sind treibende Kräfte für die Schaffung von staatlichen Exportförderinstrumenten. Die aktuelle COVID-19 Pandemie zeigt, wie wichtig die

---

<sup>1</sup> Hans Janus ist Rechtsanwalt und Unternehmensberater in Hamburg. Er ist seit Jahrzehnten mit Aufgaben im Management und in der Gründung und dem Aufbau von Exportkredit-Agenturen weltweit betraut.

<sup>2</sup> Закон України, Про забезпечення масштабної експансії експорту товарів (робіт, послуг) українського походження шляхом страхування, гарантування та здешевлення кредитування експорту, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 4, ст.43, Gesetz der Ukraine vom 20.12.2016 „Über eine bedeutende Exportsteigerung von Waren (Bau- und Dienstleistungen) ukrainischen Ursprungs durch Versicherung und Garantien und die Verbilligung von Exportkrediten“, VVR 2017, Nr. 4, Pos. 43. Mit Änderungen durch Gesetze vom 16.11.2017, VVR 2018, Nr. 6-7, Pos. 38 und vom 21.06.2018, VVR 2018, Nr. 30, Pos. 239; im Folgenden ECA-Gesetz.

<sup>3</sup> ПрАТ "Експортно-кредитне агентство", <https://eca.gov.ua>.

Aufrechterhaltung von internationalen Lieferketten, der Insolvenzschutz für exportorientierte Firmen und der Erhalt und die Weiterentwicklung des globalen Handels sind.<sup>4</sup>

Die rechtliche Form und inhaltliche Ausgestaltung der staatlichen Exportförderung ist trotz weitgehend homogener Zielsetzungen sehr unterschiedlich. Es gibt nicht zwei identische Exportfördersysteme auf der Welt. Und doch operieren diese Einrichtungen nicht im luftleeren Raum, sie sind eingebettet in ein internationales Regelwerk, das den Beteiligten klare Regeln und international vergleichbare Standards setzt.

## **II. Der internationale rechtliche Rahmen für staatliche Exportförderung**

Im Wesentlichen wird die Zulässigkeit staatlicher Exportförderung mit zwei Grundgedanken definiert. Zum einen darf der Staat nicht in die Wirtschaft eingreifen, soweit diese reibungslos funktioniert und derartige Marktintervention nur zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Notwendig ist also ein partielles Marktversagen (market gap), um staatliches Eingreifen überhaupt zu rechtfertigen (Prinzip der Subsidiarität). Zum anderen sollte der Staat nicht selbst Wettbewerb betreiben, indem er besonders großzügige Fördermaßnahmen anbietet und damit einen Wettbewerb eröffnet oder verschärft, in dem das Land mit den großzügigsten Finanzierungsangeboten am Ende obsiegt. Der Wettbewerb auf den internationalen Märkten soll durch Qualität, Preis und Service der gehandelten Produkte entschieden werden, nicht durch die besonders großzügige staatliche Förderung. Zur Erreichung dieser Ziele gibt es Regeln der Welthandelsorganisation (WTO), der OECD und der EU. Diese Regeln können auch für Länder, die diesen Internationalen Organisationen nicht angehören, als gemeinsamer Standard, als „best practice“, angesehen werden.

### **1. Das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen im Rahmen der WTO**

Seit 2008 gehört die Ukraine der WTO an. Das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen<sup>5</sup> setzt damit auch für eine ukrainische Exportkreditagentur (ECA) den rechtlichen Rahmen in Fragen der Zulässigkeit von Subventionen im internationalen Handel.<sup>6</sup> Dabei ist der Grundsatz sehr klar formuliert in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe a) ASCM, dass

---

<sup>4</sup> International Union of Credit and Investment Insurers, Export Credit Insurance: Industry response to COVID-19. Support Measures introduced by Berne Union Members in response to the COVID-19 Pandemic, London 2020, <https://www.berneunion.org/>.

<sup>5</sup> Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM).

<sup>6</sup> Art. 3 Abs. 3 ECA-Gesetz.

Exportsubventionen verboten sind. Die üblichen Exportsubventionen sind in einer illustrativen Liste als Anlage 1 dem Übereinkommen beispielhaft angehängt. Dort finden sich zwei mögliche Exportsubventionen, die unter engen Voraussetzungen auch unter WTO-Recht zulässig sind.

- Exportversicherungsprogramme sind gem. Buchstabe j) der Anlage 1 zum ASCM erlaubt, wenn sie zu Prämiensätzen angeboten werden, die langfristig die Betriebskosten und Betriebsverluste der Programme decken. Die Exportkreditagenturen müssen also auf lange Sicht kostendeckend arbeiten. Da fast alle ECAs weltweit seit langen Jahren verlässlich schwarze Zahlen schreiben, ist die früher sehr Streitig geführte Debatte über den Subventionscharakter der staatlichen Exportkreditversicherung heute in den Hintergrund getreten.<sup>7</sup>
- Exportkredite sind gem. Buchstabe k) der Anlage 1 zum ASCM immer dann verboten, wenn sie zu Konditionen herausgelegt werden, die unterhalb der eigenen Refinanzierungskosten liegen oder wenn der Staat Kosten übernimmt, die Exporteuren oder Kreditinstituten für die Kreditbeschaffung entstehen. Zulässig ist eine staatliche Vergabe von Exportkrediten aber dann, wenn sie den Regeln des OECD Arrangement on Officially Supported Export Credits entsprechen.<sup>8</sup>

Diese beiden im Rahmen der WTO zugelassenen Formen staatlich unterstützter Exportfinanzierung und Exportversicherung bilden die Grundlage, aber auch die Grenze für die operative Tätigkeit der ECAs in mehr als 100 Staaten der Welt.

## **2. Das OECD Arrangement on Officially Supported Export Credits**

Dieses Abkommen, das allgemein als OECD Konsensus bezeichnet wird, regelt die grundlegenden Bedingungen für Exportkredite mit Kreditlaufzeiten ab 2 Jahren für alle Wirtschaftszweige mit Ausnahme von Agrarexporten und Rüstungsgütern. Im Kernbereich handelt es sich um Mindeststandards bei Kreditlaufzeiten und Versicherungsprämien, die grundsätzlich nicht unterboten werden dürfen. „Sound underwriting“ ist das Ziel der Anwendung des Konsensus. Die Kreditversicherung soll zu risikoadäquaten Prämiensätzen angeboten werden, Kreditlaufzeiten der Lebensdauer der versicherten Exportgüter entsprechen, vergleichbare Rückzahlungsprofile der gedeckten Geschäfte gewährleistet werden und Standards der Korruptionsprävention und der

---

<sup>7</sup> Hierzu ausführlich *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, 5. Aufl. 2017, § 122 (*Janus/Scheibe*), Rd.Nr. 18-22.

<sup>8</sup> [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg\(2020\)1\(02.07.2020\)](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=tad/pg(2020)1(02.07.2020)).

Umwelt- und Sozialverträglichkeitsprüfung vereinheitlicht werden. Für staatliche oder staatlich unterstützte Exportkredite gilt ein System der langfristigen Zinsfixierung auf der Grundlage der staatlichen Refinanzierungskosten und einer einheitlichen Kostenmarge in der jeweiligen Währung, wodurch ein marktnaher Zinssatz („Commercial Interest Reference Rate“, CIRR) abgebildet werden soll.<sup>9</sup> Die Regeln des Konsensus werden von der EU jeweils im Wege einer Verordnung in das EU-Recht übernommen und erlangen damit unmittelbare Rechtswirkung in den Mitgliedsstaaten.<sup>10</sup> Da die Ukraine der OECD nicht angehört, wäre sie theoretisch nicht an die Konsensus-Disziplin gebunden. Gem. Art. 11 Abs. 9 ECA-Gesetz hat sie die Regelungen des OECD-Konsensus jedoch als verbindlich übernommen.

### **3. Rechtssetzung der EU im Bereich staatlich unterstützter Kreditversicherung**

Die EU ihrerseits hat in zwei Regelungsbereichen wichtige Rahmensetzungen für staatlich unterstützte Exportförderung in Form der Kreditversicherung vorgenommen. Auf der Basis des Beihilfeverbots gem. Art. 107, 108 AEUV hat die EU-Kommission im Wege einer Mitteilung ihre Rechtsauffassung zur staatlich unterstützten Versicherung von Exportkrediten mit einer Risikolaufzeit von unter zwei Jahren zum Ausdruck gebracht.<sup>11</sup> Der Kerngedanke dieser Mitteilung besteht in einem Verbot staatlicher Unterstützung in einem Marktbereich für Exportkredite, der als „marktfähig“ eingestuft wird und daher der privaten Assekuranz exklusiv zustehen soll. Nur im nicht-marktfähigen Bereich sollen die EU-Staaten als Versicherer oder Garantiegeber operieren dürfen. Als marktfähig gelten im Grundsatz die kurzfristigen Exportkreditrisiken in allen EU-Staaten sowie wichtigen OECD-Ländern.<sup>12</sup> Für die Ukraine ist diese Mitteilung jedenfalls zurzeit nicht relevant. Einerseits fehlt es an einer leistungsfähigen privaten Kreditversicherungswirtschaft und andererseits sind Fragen der staatlich unterstützten

---

<sup>9</sup> Hierzu: *Janus/Poluschkin*, Interest support for Ukrainian exports, Berlin 2020, [https://www.german-economic-team.com/ukraine/wp-content/uploads/sites/7/GET\\_UKR\\_PB\\_06\\_2020\\_EN\\_.pdf](https://www.german-economic-team.com/ukraine/wp-content/uploads/sites/7/GET_UKR_PB_06_2020_EN_.pdf) (03.07.2020).

<sup>10</sup> Zuletzt erfolgt durch VO (EU) Nr. 1233/2011 vom 16.11.2011, ABl. EU L 326/45.

<sup>11</sup> Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf die kurzfristige Exportkreditversicherung vom 19.12.2012, Abl. EU C 392/1.

<sup>12</sup> Vgl. die Länderliste im Anhang der Kommissionsmitteilung. Die Einstufung der marktfähigen Risiken hat sich mehrfach geändert, so insbesondere nach der globalen Finanzkrise 2008, der Staatsschuldenkrise Griechenlands 2016 und im Rahmen der Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19 Pandemie 2020, vgl. *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, 5. Aufl. 2017, § 122 (*Janus/Scheibe*), Rd.Nr. 176 und weitere Mitteilungen der EU-Kommission vom 19.03.2020, Abl. EU C 91/1 und vom 28.03.2020, Abl. EU C 101/1.

Exportkreditversicherung nicht Gegenstand des EU-Ukraine Assoziierungsabkommens und der darin vereinbarten Deep and Comprehensive Free Trade Area.

Die zweite Regelung der EU ist eine Harmonisierungsrichtlinie für Exportkreditversicherungen mit einer Risikolaufzeit von zwei Jahren und länger.<sup>13</sup> Diese Richtlinie und die auf ihrer Grundlage erfolgten Anpassungen nationaler Regelungen haben einheitliche Standards für Schadenstatbestände, Deckungsquoten, schadensbegründende Fristen usw. geschaffen. Die Wirkung dieser Harmonisierungsrichtlinie geht weit über die EU hinaus, da sie letztlich das festgeschrieben hat, was international als „best practice“ für staatlich unterstützte Exportkreditversicherung angesehen wird. Auch die Ukraine hat diese Regelungen inhaltlich übernommen.<sup>14</sup>

### **III. Das ukrainische Gesetz zur Exportförderung**

#### **1. Entstehung des Gesetzes**

Das am 20.12.2016 verabschiedete Gesetz „Über eine bedeutende Exportsteigerung von Waren (Bau- und Dienstleistungen) ukrainischen Ursprungs durch Versicherung und Garantien und die Verbilligung von Exportkrediten“ hat eine sehr wechselhafte Entwicklung genommen. Vorausgegangen waren fast 20 Jahre mit immer neuen Ansätzen und Ideen, die alle erfolglos blieben. Inhaltlich wirkte das Gesetz wenig durchdacht und notwendige untergesetzliche Normen wurden zunächst nicht verabschiedet. Der Hauptmangel bestand aber darin, dass im Staatshaushalt 2017 keine Finanzmittel für die Schaffung einer ECA eingeplant waren, und schon gar nicht in der mittelfristigen Haushaltsplanung. Diese Unvollkommenheit war auch ausschlaggebend dafür, dass der Internationale Währungsfonds (IWF) im Rahmen seiner jährlichen Konsultationen auf der Basis von Art. IV des IWF-Abkommens von der ukrainischen Regierung ein eindeutiges Statement verlangte, dass eine ECA-Gründung nur bei vorausgegangener Budgetierung des Finanzbedarfs für drei Jahre erfolgen werde. Diese Erklärung wurde von der Regierung auch abgegeben.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Richtlinie 98/29 vom 07.05.1998 des Rates der EU zur Harmonisierung der wichtigsten Bestimmungen über die Exportkreditversicherung zur Deckung mittel- und langfristiger Geschäfte, Abl. EU 1998, L 148/22.

<sup>14</sup> So ausdrücklich festgehalten in der „Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення ефективного функціонування Експортно-кредитного агентства“ aus dem Spätsommer 2017, unterzeichnet vom damaligen stv. Ministerpräsidenten S.I. Kubiv.

<sup>15</sup> IMF Staff Report for the 2016 Article IV Consultations, 07.03.2017, S. 80. Das Statement der Regierung in Ziff. 13 f. der Anlage 1 zum ukrainischen letter of intent lautet: We will refrain from making operational the recently created



Die unbestreitbaren Schwächen des ECA-Gesetzes von 2016 wurden international deutlich kritisiert.<sup>16</sup> Einige notwendige Änderungen des Gesetzes folgten daraufhin in den Jahren 2018 und 2019.

## **2. Inhalt des Gesetzes**

Das ECA-Gesetz sieht die Gründung einer Exportkreditversicherung in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft vor. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt (unverändert) 200.000.000,00 UAH<sup>17</sup> und soll mindestens in Höhe von 50 Prozent plus 1 Aktie in der Hand des Staates sein. Das Statut der ECA soll durch eine Verordnung des Ministerkabinetts bestätigt werden (vgl. Art. 2 des ECA-Gesetzes).

Als wesentliche Ziele der ECA-Gründung werden die Absicherung wirtschaftlicher und politischer Risiken im Exportgeschäft durch Versicherungen und Garantien angegeben sowie die Verbesserung des Zugangs zu langfristiger Exportfinanzierung. Ferner soll ein Zinsstützungssystem etabliert werden, um Exportkredite zu verbilligen. Bei Bedarf kann der Staat die ECA mit Garantien unterstützen, damit diese ihre Verpflichtungen erfüllen kann. Als Prinzipien der staatlichen Exportförderung werden genannt: Freiwilligkeit, Transparenz, Wettbewerbsfähigkeit und Gesetzmäßigkeit (vgl. Art. 3 ECA-Gesetz).

Die eindrucksvolle, nicht abschließende Liste möglicher Produkte der ECA schließt alle international üblichen, aber nicht unbedingt für eine im Aufbau befindliche Organisation notwendigen Produkte ein, wie z.B. Lieferantenkreditdeckung, Finanzkreditdeckung, Fabrikationsrisikodeckung, Absicherung von Akkreditivrisiken, Vertragsgarantiedeckung (für Bietungs-, Anzahlungs-, Vertragserfüllungs-, Mängelgewährleistungsgarantien), Verbriefungsgarantien, Absicherung von Investitionen im Ausland, Zinsstützung für Exportkredite, Beratungstätigkeit usw. (vgl. Art. 6 ECA-Gesetz).

Auffällig ist, dass die ECA nicht jedwedes sinnvolle und risikomäßig vertretbare Exportgeschäft unterstützen darf, sondern nur Exportgeschäfte bestimmter Wirtschaftszweige. In der Aufzählung finden sich Lebensmittel, Pharmazeutika, Kleidung, Schuhe, Kernkraftwerke, Maschinen und Anlagen, Elektroartikel, Eisenbahnen, Straßenbahnen, Fahrzeuge, Flugzeuge, Schiffe, optische

---

Export Credit Agency until all related cost and capital needs for the next three years are clearly identified, on the basis of an independent assessment, and included in the government budget.

<sup>16</sup> USAID, Analysis of Ukrainian Law Creating an Export Credit Agency (ECA), unveröffentlicht; *Janus/Kirchner*, An Export Credit Insurance Agency for Ukraine: Analysis of the current legislation and the Statute, German Advisory Group Ukraine, Policy Paper Series, PP/03/2017.

<sup>17</sup> Ca. 6,5 Mio. EUR.

Geräte, Medizintechnik, Möbel usw. Obwohl dies insgesamt eine durchaus umfangreiche Aufzählung ist, repräsentieren diese Bereiche nach einer Auswertung des ukrainischen Wirtschaftsministeriums für 2016 nur 16,5 % des ukrainischen Gesamtexports (vgl. Art. 8 ECA-Gesetz).<sup>18</sup>

Die ukrainische ECA unterliegt, wie es auch in den meisten anderen Ländern der Fall ist, nicht dem Versicherungsrecht. Damit ist die ECA auch der Versicherungsaufsicht entzogen. Der maßgebliche Grund ist, dass die staatlichen Exportkreditgarantien vielfältigen Sonderregelungen folgen und von ihrer Rechtsnatur weniger einer Versicherung entsprechen, als vielmehr einem bankähnlichen Garantieprodukt. Der international übliche Begriff der „Exportkreditgarantie“ trägt diesem Wesensmerkmal besser Rechnung als der Begriff Kreditversicherung.<sup>19</sup>

### 3. Die Schwächen des Gesetzes

Die Schwächen des ECA-Gesetzes sind vielfältig und durch die Korrekturen in den Jahren 2018 und 2019 nur zu einem sehr geringen Teil behoben worden. Im Wesentlichen sind hier zu nennen:

- **Die geringe Kapitalisierung der Gesellschaft von 200 Mio. UAH.** Während in einem alternativen Gesetzentwurf des Ministeriums für wirtschaftliche Entwicklung und Handel (MEDT) aus dem Jahr 2015<sup>20</sup> von „nicht weniger als 50 Mio. USD“ die Rede war, wurde der Kapitalbedarf 2017 vom MEDT auf 345 Mio. UAH beziffert und in den Staatshaushalt 2018 sollten 267 Mio. UAH eingestellt werden. Doch es blieb bei 200 Mio. UAH. Ein so niedriges Kapital ohne weitere staatliche Garantien bei einer im Prinzip insolvenzfähigen privatrechtlichen Aktiengesellschaft lässt der ECA selbst bei einem hohen Maß an Rückversicherung der gezeichneten Risiken kaum finanziellen Spielraum.
- **Fehlende staatliche Haftung.** Der ukrainische Staat haftet nur aufgrund seiner Funktion als Aktionär der ECA für deren Verbindlichkeiten. Dabei soll der staatliche Kapitalanteil von 100 auf nicht weniger als 50 Prozent plus eine Aktie durch private Investoren gesenkt werden.<sup>21</sup> Ohne eine weitergehende staatliche Haftung wird die ECA ihren Garantienehmern keine wirkliche Sicherheit bieten können. Vor allem wird sie das

---

<sup>18</sup> Janus/Kirchner, Exportkreditversicherung: Gute Idee, aber Korrekturbedarf, Deutsche Beratergruppe Ukraine, Newsletter 107, September 2017, S. 2.

<sup>19</sup> Vgl. zu dieser Frage ausführlich Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 5. Aufl., 2017, § 122 (Janus/Scheibe) RdNr. 30-35.

<sup>20</sup> Проект МЕРТ: Закон України «Про державну фінансову підтримку експорту».

<sup>21</sup> Das ECA-Gesetz spricht in Art. 2 Abs. 3 fehlerhafter Weise von der Möglichkeit der Privatisierung von 50 Prozent plus 1 Aktie des Kapitals. Richtig wäre 50 Prozent minus eine Aktie.

gewünschte Kreditrating mindestens auf Höhe des sovereign ratings der Ukraine nicht erreichen.<sup>22</sup>

- **Nationale Wertschöpfung oder nationales, wirtschaftspolitisches Interesse.** Die Definitionen von Exporten, Bauleistungen und Dienstleistungen aus der Ukraine (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 5) und 12) ECA-Gesetz) sind nicht eindeutig genug. Es geht um die sehr grundlegende Frage, ob die ECA nur solche Exporte absichern darf, bei denen ein festzusetzender hoher Anteil in der Ukraine gefertigt worden ist, oder ob der Wertschöpfungsanteil auch niedriger sein darf, wenn dies der Exportstrategie entspricht und ökonomischen Nutzen für die Ukraine bedeutet. Es handelt sich hierbei um eine strategische Festlegung, die jede ECA weltweit treffen muss.
- **Im internationalen Vergleich geringe Deckungsquoten.** Die ECA deckt wirtschaftliche Risiken mit 85 % und politische Risiken mit bis zu 90 % ab. Der nicht gedeckte Teil bleibt im Risiko des Lieferanten bzw. der finanzierenden Bank. Dies sind im internationalen Vergleich eher niedrige Werte. Gerade in Zeiten von Corona haben viele Länder ihre höheren Deckungsquoten nochmals erhöht.<sup>23</sup>
- **Zinsstützung.** Die Subventionierung von Zinsen im Exportgeschäft ist nur in sehr begrenztem Umfang zulässig. Die mehrfachen Hinweise im ECA-Gesetz auf die beabsichtigte Subventionierung der Zinsen lassen einen eindeutigen Hinweis auf das CIRR-Verfahren nach dem OECD-Konsensus vermissen. Selbst wenn die Ukraine zinsverbilligte Kredite zur Exportförderung auf CIRR-Basis einsetzen sollte, im Zweifel durch die Ukreximbank, wäre dies eine sehr kostspieliges Verfahren, das im Staatshaushalt entsprechend abgesichert sein müsste.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Nur als Beispiel sei erwähnt, dass die Russische Föderation für die staatliche ECA AO EXIAR 2012 eine zusätzliche Garantie von 10 Mrd. USD übernommen hat, die 2018 auf 20 Mrd. USD aufgestockt wurde.

<sup>23</sup> *Klasen*, Who Delivers? European Support Measures for Exporters in Times of Corona Crisis, <https://www.globalpolicyjournal.com/blog/22/03/2020/who-delivers-european-support-measures-exporters-times-corona-crisis> (09.07.2020).

<sup>24</sup> Vgl. hierzu *Janus/Poluschkin*, Interest support for Ukrainian exports, a.a.O.

#### IV. Weitere Gesetzgebungsakte für die ECA Gründung

Die Gesetzgebung wurde komplettiert durch zwei Regierungsverordnungen vom 07.02.2018<sup>25</sup> und vom 21.08.2019<sup>26</sup>. In der Verordnung vom 07.02.2018 ist als wichtigstes Element das Statut der ECA-Aktiengesellschaft enthalten und darüber hinaus die Geschäftsordnungen für den Aufsichtsrat und den Vorstand der Gesellschaft, die Geschäftsordnung für die Revisionskommission und Verfahrensvorschriften für die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder. Dem Aufsichtsrat sollen fünf auf fünf Jahre gewählte Mitglieder angehören (Statut, Ziff. 98). Die früher vorgesehene Regelung, dass darunter drei Unabhängige Direktoren sein sollten, ist entfallen. Völlig überdimensioniert wirkt die Auswahlkommission für die Aufsichtsratsmitglieder, die aus 11 Mitgliedern bestehen soll aus unterschiedlichen Ministerien und Institutionen, darunter auch internationale Organisationen.<sup>27</sup> Auch der Vorstand soll aus fünf Mitgliedern bestehen (Statut, Ziff. 119).

Die Verordnung vom 21.08.2019 erlaubt der ECA die Absicherung wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher (politischer) Risiken durch Versicherung, Rückversicherung und Garantien, wobei unklar ist, ob es sich bei der Rückversicherung nur um die passive Rückversicherung der selbst gezeichneten Risiken (Regeln Ziff. 11) handelt oder auch um die aktive Rückversicherung von Kreditrisiken, die von anderen ECAs abgesichert wurden. Durch die Verordnung werden die auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 5 ECA-Gesetz erlassenen „Regeln“ bestätigt. Diese sind als staatliche Verwaltungsrichtlinien zu qualifizieren, die die wesentlichen Rahmenbedingungen der ECA-Tätigkeit definieren. Auf ihrer Grundlage werden sodann auf zivilrechtlicher Basis Allgemeine Versicherungsbedingungen für die einzelnen Versicherungsprodukte erlassen und die Versicherungsverträge geschlossen, die weitere besondere Bedingungen enthalten können. Die Versicherungsentgelte sind risikobasiert festzulegen, indem sie das politische Risiko des Bestellerlandes und das Kreditrisiko des ausländischen Bestellers berücksichtigen, wobei die Regeln des OECD Konsensus und des internationalen Verbandes der Kreditversicherer „Berner Union“ zu berücksichtigen sind. Weitere Vorschriften der Regeln betreffen die Publizitätspflichten der ECA, die Reservenbildung, die Prüfung des Jahresabschlusses u.a.

---

<sup>25</sup> Кабинет Міністрів України, Постанова від 07 лютого 2018 р. № 65, «Питання утворення Експортно-кредитного агентства».

<sup>26</sup> Кабинет Міністрів України, Постанова від 21 серпня 2019 р. № 772 «Про затвердження Правил провадження діяльності приватного акціонерного товариства “Експортно-кредитне агентство” із страхування від комерційних та некомерційних ризиків, перестраховування та надання гарантій».

<sup>27</sup> Die in Art. 5 Abs. 3 ECA-Gesetz enthaltene Aufzählung der entsendenden Organisationen listet aber nicht 11, sondern sogar 14 Mitglieder auf.

## V. Gründung der ECA, operative Tätigkeit und weitere Reformen

Trotz aller Defizite war nach dem Erlass der Verordnung vom 07.02.2018 die Erleichterung erkennbar, dass die ECA nunmehr würde gegründet werden können.<sup>28</sup> Offiziell registriert wurde sie aber erst am 23.11.2018.<sup>29</sup> Die geringe Kapitalisierung und die offenbar bisher nicht zufriedenstellend geregelte Rückversicherung schränken die Möglichkeiten der ECA noch sehr ein. Angeboten werden aktuell vor allem die Absicherung von kurzfristigen Bankkrediten für exportierende Unternehmen (working capital) und Lieferantenkreditdeckungen im kurzfristigen Geschäft. Mittel- und langfristige Lieferantenkredite und die Absicherung von exportgebundenen Finanzkrediten (Bestellerkredite) können aktuell noch ebenso wenig abgesichert werden, wie Auslandsinvestitionen und exportbegleitende Bankgarantien. Damit operiert die ECA noch auf niedrigstem Niveau.

Das Ziel einer Ankurbelung ukrainischer Exporte gerade auch im Bereich der nicht traditionellen Exportgüter kann auf diese Weise nicht erreicht werden. Diese Erkenntnis scheint auch das Ministerkabinett erreicht zu haben. In seiner Pressekonferenz aus Anlass der ersten 100 Tage im Amt kündigte Premierminister Dennys Shmyhal am 11.06.2020 an, die Regierung plane, eine ECA auf der Grundlage der Ukreximbank zu schaffen.<sup>30</sup> Ob damit eine erneute, vielleicht substanzielle Änderung des ECA-Gesetzes eingeleitet werden könnte, die Ukreximbank über eine Kapitalerhöhung Aktionär der ECA wird oder eher auf operativer Ebene Kooperationsmodelle von ECA und Ukreximbank zur Verbesserung der mittel- und langfristigen Exportfinanzierung gemeint sind, bleibt abzuwarten. Auch Wirtschaftsminister Ihor Petrashko informierte über eine erste Exportdeckung der ECA für ein Geschäft mit einem Abnehmer in Afrika und bezeichnete dabei das Kapital der ECA von 200 Mio. UAH als „Testbetrag“.<sup>31</sup> Dabei deutete er auch den Deckungsschutz für ukrainische langfristige Bankkredite ab 2022 an.

---

<sup>28</sup> In einer Pressemitteilung des Ministerkabinetts vom 07.02.2018 werden der Erste stellvertretende Ministerpräsident Stepan Kubiv und die stellvertretende Ministerin für wirtschaftliche Entwicklung und Handel Natalia Mykolska mit entsprechend positiven Statements zitiert, <https://www.kmu.gov.ua/en/news/250564824> (10.07.2020).

<sup>29</sup> S. auch *Rundell*, Ukraine set for export boost with inaugural export credit agency, <https://www.gtreview.com/news/europe/ukraine-set-for-export-boost-with-inaugural-export-credit-agency/>.

<sup>30</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=XDdq8yye9-w> (32:30-33:30), (16.07.2020).

<sup>31</sup> <https://en.interfax.com.ua/news/economic/673579.html>, Economy minister announces signing of first agreement with ECA (16.07.2020).

## VI. Fazit

Die ECA-Gesetzgebung ist ein Beispiel einer besonders schwerfälligen und im Ergebnis kaum zufrieden stellenden Gesetzgebung. Dabei waren die Ausgangsbedingungen nicht ungünstig. Die Regierung versprach sich sehr viel von dieser Gesetzgebung. Die Steigerung der Exporte insgesamt, der Zugang der Exportunternehmen zu Bankkrediten, die Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit, die Unterstützung der KMU, alle diese sehr vernünftigen Ziele sollten erreicht werden. Und doch blieb die Ukraine trotz jahrzehntelanger Anläufe eines der ganz wenigen industrialisierten Länder, das keine funktionsfähige ECA besaß, vielleicht sogar das einzige.

Die Gründe für diese Probleme sind vielfältig. Nicht zuletzt liegen sie im politischen Bereich.<sup>32</sup> Immer wieder gab es in der Verchovna Rada nicht die nötigen Mehrheiten, um die Gesetzgebung zu verabschieden. Auch wurde die ECA-Gründung Teil haushaltspolitischer Kompromisse, die zwar 2016 zur Verabschiedung des Gesetzes führten, mangels Budgetierung der Mittel die ECA-Gründung aber gar nicht möglich machten. Die minimale Kapitalisierung der ECA-Aktiengesellschaft und die Verweigerung darüber hinausgehender staatlicher Haftung machten der ECA eine normale Entwicklung und die Erfüllung der mit ihr verbundenen Ziele unmöglich.

Die ECA-Gesetzgebung hätte sehr viel besser ausfallen können. An kompetenter Beratung hat es nicht gefehlt. Hier sind insbesondere PwC und Euler Hermes aus Deutschland zu nennen, SACE aus Italien, die amerikanische USAID, aber auch die German Advisory Group Ukraine. Dieser Expertenrat ist aber nur in sehr begrenztem Umfang in die Gesetzgebungsakte eingeflossen. Das Gesetz von 2016 ist 2018 und 2019 nur sehr geringfügig geändert worden. Die Chance zu einer grundlegenden Verbesserung wurde nicht wahrgenommen. Vermutlich wollte die Regierung möglichst unbemerkt geringfügige Änderungen durch das Parlament bringen, ohne die Grundsatzdebatte über Form und Inhalt staatlicher Exportförderung wieder auf die Tagesordnung zu bringen.

Das ECA-Gesetz weist eindeutige Fehler auf, die noch korrigiert werden müssen. Zwischen ECA-Gesetz, ECA-AG-Statut und ECA-Regeln gibt es vielfältige Wiederholungen und Doppelungen. Dadurch werden zukünftige Anpassungen unnötig kompliziert. Auch wird der ECA die Anpassung an Marktveränderungen und Produktentwicklungen erschwert, da aufgrund nicht notwendig detaillierter Regelungen auf Gesetzesebene schon für sinnvolle kleinere Anpassungen ein

---

<sup>32</sup> *Janus*, Finally! An Export Credit Agency for Ukraine?, Berne Union Yearbook 2018, S. 138 f.

parlamentarisches Verfahren notwendig wird. Wesentlich sinnvoller wäre es gewesen, auf gesetzlicher Ebene nur die notwendigsten Parameter zu regeln und die detaillierteren Regeln in leichter anzupassende untergesetzliche Akte aufzunehmen. Die praktische Erfahrung zeigt, dass die ECAs genau wie die Exportwirtschaft sich immer wieder neuen Entwicklungen anpassen müssen. Dies ist in der Ukraine zukünftig kompliziert.

Und doch hat die Ukraine mit der ECA Gründung den lange erwarteten und entbehrten Schritt vollzogen. Die ECA kann nicht nur der ukrainischen Exportwirtschaft und den Banken wichtige Unterstützung leisten. Sie kann auch in enger Kooperation mit anderen ECAs durch gemeinsame Risikoabsicherung in Form von Rückversicherung, durch sachkundige Einschätzung der Kreditrisiken von Ländern und Unternehmen, durch internationalen Erfahrungsaustausch auf bilateraler Ebene oder in der „Berner Union“ wichtige Beiträge zu einer frühen Erkennung von Insolvenzrisiken und zum Schutz der Exporteure vor Forderungsverlusten beitragen. Zu wünschen wäre ihr eine starke Unterstützung von staatlicher Seite, die ihren Niederschlag in einer wesentlich verbesserten ECA-Gesetzgebung finden sollte. Da der Ministerpräsident das Thema der ECA aktuell wieder aufgegriffen hat, geht die Geschichte des Aufbaus einer ukrainischen ECA vielleicht schon wieder in eine neue Etappe.

**Крушницька Оксана Володимирівна**  
**аспірант кафедри процесуального права**  
**Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича**  
**(м. Чернівці, Україна)**

**Науковий керівник – д.ю.н., доц. О.В. Щербанюк**

## **ПРЕДСТАВНИЦТВО ІНТЕРЕСІВ КЛІЄНТА ЯК ВИД ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ**

Зростання ролі представництва інтересів клієнта зумовлене конституційними гарантіями реалізації прав громадян, а також зобов'язаннями України перед міжнародними та європейськими установами щодо реалізації та захисту прав людини.

Проте практика застосування чинного законодавства України дозволяє визначити низку протиріч, колізій, що унеможливають забезпечення ефективного захисту прав громадян, а таким чином, негативно впливають на функціонування приватноправових відносин.

Не має сумнівів у тому, що правнича допомога має чимало видів та форм її надання, це первинна та вторинна допомога, консультування, складання юридичних документів та безперечно представництво інтересів клієнта.

Особливість представництва інтересів клієнта - це те, що воно є невід'ємною складовою механізму реалізації, гарантії та захисту прав і свобод людини й громадянина, тобто безпосередньо пов'язане з ефективністю та якістю забезпечення інших прав, свобод і законних інтересів людини, є безумовною їх гарантією [1, с. 66].

Наприклад, представництво в цивільному праві можна визначити як організаційне правовідношення, відповідно до якого юридичні дії, що їх вчиняє в межах повноважень одна особа (представник) від імені іншої особи (яку вона представляє) щодо третіх осіб, обізнаних із представницьким характером таких дій, спричиняють виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків безпосередньо в особи, яку представляють, у її правовідносинах



з третіми особами [2, с. 320].

Діючи в чужих інтересах, представник зобов'язаний максимально слідувати інтересам представляваного, з іншої сторони, особа, яку представляють, зобов'язана створити для представника умови для досягнення необхідного правового результату, забезпечити представника документами та матеріальними ресурсами, необхідними для виконання доручення.

Також можна виділити певні ознаки представництва інтересів клієнта як виду правничої допомоги:

Першою ознакою є те, що представництво - це здійснення прав особи, яку представляють, шляхом здійснення представником правомірних юридичних дій. Представник повинен здійснювати юридично значимі дії.

Друга ознака передбачає те, що представництво здійснюється шляхом вчинення цілеспрямованих дій представника в інтересах особи яку представляють. При цьому такі дії вчиняються представником стосовно третіх осіб це третя ознака представництва.

Четверта риса представництва передбачає, що представник вчиняє дії стосовно третіх осіб і такі особи проінформовані про те, що мають справу із представником. Останньою ознакою є те, що дії представника безпосередньо породжують, змінюють і припиняють цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє [3, с. 47].

Також до вказаних вище ознак треба додати, що:

- 1) представництво інтересів клієнта це правові відносини;
- 2) його учасниками є представник та особа, яку він представляє;
- 3) представник клієнта зобов'язаний або має право діяти від імені особи, яку він представляє;
- 4) представник клієнта здійснює свою діяльність обов'язково від імені особи, яку він представляє;
- 5) діяльність представника, пов'язана зі здійсненням представництва, полягає у вчиненні юридичних дій;
- 6) представництво інтересів клієнта виникає на підставі договору,

закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених законодавством.

7) представник може бути уповноважений на вчинення лише тих дій, право на вчинення яких має особа, яку він представляє.

Відповідно до останніх конституційних змін і доповнень: «Кожен має право на професійну правничу допомогу» (стаття 59); «Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення» (стаття 232-2) [4]. Тобто можна зробити висновок, що Конституція гарантує надання правової допомоги виключно професійним правником (адвокатом). А щодо інших видів правової допомоги, наприклад, безоплатної первинної правової допомоги, суб'єктами надання якої є органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи приватного права, спеціалізовані установи, то вони не підпадають під конституційне гарантування.

І досі гостро точаться дискусії щодо того, чи прийняття даних змін спричинило обмеження доступу громадян до представництва своїх інтересів, оскільки громадянам відтепер треба звертатися тільки до адвокатів за представництва своїх інтересів у судах. Але ж відповідно до статті 22 Конституції України конституційні права і свободи гарантуються й не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Зокрема, не можуть бути обмежені в будь-який спосіб права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 55, 59, 63 Конституції України (стаття 64 Конституції України). А у статті 157 Конституції зазначається, що Конституція України не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина [4].

Звуження змісту прав і свобод означає зменшення змістовних характеристик можливостей людини, які відображені відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу права й свобод – це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики [5, с. 25].

Коментоване положення принципово забороняє законодавцю погіршувати становище людини в суспільстві шляхом обмеження тих прав і свобод, які вже закріплені в законах України [6].

Так, зокрема, судді Конституційного суду України Сліденко І. Д., Вдовіченко С. Л. та Сас С. В. вирішили скористатися своїм законним правом на висловлення окремої думки й зазначили, що виключне право адвоката на

представництво у суді спричинить обмеження прав людини, а положення наданого висновку, які стосуються цього питання, не є достатньо обґрунтованими. Наприклад, суддя Сас С. В. вважає: «Практичний аспект реалізації права на правову допомогу у варіанті, запропонованому [Законопроект](#)ом, полягає в недоступності послуг адвоката для широких верств населення. Запровадження монополії на представництво інтересів особи в суді виключно адвокатами спрямоване на обмеження конституційного права особи на вільний вибір захисника своїх прав» [7].

Отже, можна зробити висновок, що проведення конституційно-правової реформи з одного боку покращує гарантії права на захист, шляхом реформування судової системи, запровадженням конституційної скарги, з іншої ж сторони противники даної реформи говорять про знищення права на захист та правову допомогу шляхом внесення змін щодо монополії адвокатів на представництво у судах, і прості громадяни не зможуть оплачувати їх послуги та не матимуть змоги отримувати більш якісну допомогу порівняно з безоплатною правовою допомогою, також прийняті зміни значно звужують коло у виборі представника, що безсумнівно впливає на реалізацію конституційного права на захист у нашій демократичній, правовій країні.

Список використаних джерел:

1. Лубенець С. А. Право на правову допомогу в аспекті конституційної реформи в Україні / С. А. Лубенець // Порівняльно-аналітичне право – електронне наукове фахове видання юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет /2016/ - №5. С. – 66-70.
2. Россильна О. В. Поняття, ознаки, види господарського процесуального представництва / О. В. Россильна // Форум права. - 2014. - № 3. - С. 320.
3. Цюра В. В. Юридичні ознаки представництва в світлі загальної теорії цивільного права / Вадим Васильович Цюра // Бюлетень міністерства

юстиції України. 2009. - № 10. - С. 47.

4. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141. - [Електронний ресурс] - Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

5. Возгрін С. Неприпустимість звуження змісту та обсягу прав і свобод людини як гарантія захисту прав людини: теоретичний і практичний аспекти / С. Возгрін // Проблеми законності. - 2014. - Вип. 126. - С. 22-28.

6. Юркевич О. Відношення обсягу і змісту в логіці практичного мислення (на прикладі коментаря до ст. 22 Конституції України) / О. Юркевич // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина. 36. наук. ст. та тез наук, повід, за матеріалами Міжнар. наук.-практ. конф. 23.11.2012 р.: у 2 ч. - Ч. 1 / редкол.: А. Гетьман, Ю. Барабаш, О. Бушан та ін. - Х.: «Точка», 2012 [Електронний ресурс]. - Режим доступу : [http://dspace.nuiou.edu.ua/bitstream/123456789/6647/1/Yrkevich\\_151-154.pdf](http://dspace.nuiou.edu.ua/bitstream/123456789/6647/1/Yrkevich_151-154.pdf)

7. Висновок Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 20 січня 2016 року № 1в/2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v001v71016/print1459262616155274>

**Andrii Kubko, Ph.D.**

**Partner - Salkom Law Firm**

**12 Khreschatyk Street, 01001 Kyiv, Ukraine**

## **Ответственность государства и государственные интересы**

### **(международные стандарты и украинский контекст)**

В 90-е годы XX века в правовой системе Украины начались процессы, связанные с построением правового, демократического государства, внедрением принципа верховенства права и утверждением неотъемлемых прав человека. Это обусловило актуализацию вопроса ответственности государства. Существование и дальнейшее развитие юридических механизмов ответственности государства, правового института ответственности государства стало объективной необходимостью с точки зрения обеспечения соблюдения принципов правового государства. Например, соблюдение прав и свобод лица лишается практического содержания и приобретает в значительной степени лишь декларативный характер если в правовой системе отсутствуют механизмы привлечения государства, государственных органов, должностных лиц к ответственности за нарушения прав и свобод лица или эти механизмы являются недостаточно эффективными. Сегодня для правовой теории в Украине характерно рассматривать ответственность государства в качестве важного фактора становления современного правового государства и одной из гарантий прав человека, а также обеспечения гуманизации правовой системы<sup>1</sup>.

Важным этапом в становлении в Украине института ответственности государства следует считать принятие в 1996 году Конституции Украины. Этот нормативный акт в статье 3 прямо установил, что государство отвечает перед человеком за свою деятельность. В конституционных актах, которые действовали в Украине до вступления в силу Конституции 1996 года – Конституции Украины 1978 года (с последующими изменениями) и Конституционном договоре 1995 года<sup>2</sup> аналогичного положения не содержалось. Норма

---

<sup>1</sup> См., например: В.Ю. Васецкий. Юридична відповідальність держави як чинник гуманізації правової системи у сфері забезпечення прав і свобод людини. Правова держава, Вип.29. С.101.

<sup>2</sup> Полное наименование документа: Конституційний договір між Верховною Радою та Президентом України

статьи 3 Конституции 1996 года носила достаточно обобщенный характер; она не детализировала о каких видах юридической ответственности идет речь и не содержала более конкретных механизмов привлечения государства, его органов к ответственности. Тем не менее, положения статьи 3 Конституции 1996 года заложили основы дальнейшего законодательного и научно-теоретического становления, развития института ответственности государства. Позднее, в 2001 году принцип ответственности государства за свою деятельность, введенный статьей 3 Конституции, был конкретизирован в одном из решений Конституционного суда Украины. Конституционный суд указал, что ответственность государства в понимании статьи 3 Конституции не сводится лишь к политической или моральной ответственности государственной власти перед обществом, а представляют собой ответственность юридического характера и выражается в применении конституционно-правовых или международно-правовых мер к государству и его органам за неисполнение или ненадлежащее исполнение их обязанностей<sup>3</sup>.

Существенное влияние на развитие в правовой системе Украины института ответственности государства оказало присоединение Украины к Европейской Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод (Европейская Конвенция) в 1997 году, а также к Договору к Энергетической Хартии (ДЭХ) в 1998 году. Хотя сфера применения этих международных соглашений различна – Европейская Конвенция закрепляет основные права и свободы человека, в то время как ДЭХ предусматривает гарантии прав частных лиц-инвесторов в энергетическом секторе – оба документа стали своего рода базой для применения международно-правовой ответственности к государству за нарушения частных прав лица. В более широком смысле, ратификация Украиной Европейской Конвенции и ДЭХ привнесла существенный международный аспект в институт ответственности государства, включая нормативное регулирование, доктринальные подходы к этому институту и практику его применения. Данные соглашения устанавливают стандарты защиты прав лица, обязанности государств по их соблюдению, а также вводят механизм привлечения государства к ответственности за нарушения данных стандартов. Европейская Конвенция предусматривает механизм обращения частного лица с заявлением в

---

про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України

<sup>3</sup> Конституційний суд України: Рішення у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Всеукраїнський Акціонерний Банк» щодо офіційного тлумачення положень пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України, частин першої, третьої статті 2, частини першої статті 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про відповідальність юридичних осіб), 30.05.2001 р., справа №1-22/2001.

Европейский Суд по правам человека (Европейский Суд) против государства. Что касается ДЭХ, международно-правовая ответственность государства находит реализацию посредством обращения лица-инвестора с иском в международный арбитражный суд по рассмотрению инвестиционных споров между государствами и инвесторами.

В 90-х годах XX века Украиной был ратифицирован ряд двусторонних межгосударственных соглашений в сфере поощрения и взаимной защиты инвестиций, известных как Bilateral Investment Treaties (BIT). Данные соглашения, подобно ДЭХ, предусматривают стандарты обращения с иностранными инвестициями, гарантии прав иностранных инвесторов и внедряют механизмы международно-правовой ответственности государств за нарушения таких стандартов. В основном эти механизмы предполагают рассмотрение споров между государством и иностранным инвестором арбитражными судами в рамках международного инвестиционного арбитража и привлечение государства к ответственности согласно решениям международных арбитражных судов в случае нарушения со стороны государственной власти стандартов защиты прав инвестора, установленных соответствующим двусторонним соглашением (BIT). Процесс присоединения Украины к двусторонним международным соглашениям по защите инвестиций продолжается и течении последних лет<sup>4</sup>.

Вступление в силу для Украины Европейской Конвенции, ДЭХ и двусторонних соглашений в сфере защиты инвестиций с точки зрения развития национальной правовой системы в целом, и в частности в аспекте ответственности государства имело последствием следующие основные тенденции, которые сохраняют свою актуальность и сегодня.

Во-первых, была значительно расширена потенциальная возможность для привлечения государства к ответственности, поскольку были внедрены новые юридические механизмы такой ответственности. Граждане и юридические лица получили право использовать помимо национальных, также международно-правовые средства защиты своих прав и законных интересов: Европейский Суд, международные арбитражные суды по рассмотрению инвестиционных споров. Разумеется, обращение в данные международные учреждения возможно при соблюдении ряда условий. Что касается обращения в Европейский Суд на основании Европейской конвенции, такими условиями являются критерии приемлемости заявлений (*admissibility criteria*). Среди этих критериев, в

---

<sup>4</sup> Например, Соглашение между Украиной и Японией о содействии и защите инвестиций было подписано 5 февраля 2015 года и ратифицировано Украиной 3 июня 2015 года; Соглашение между Украиной и Турецкой Республикой было подписано 9 октября 2017 года и ратифицировано Украиной 6 сентября 2018 года.

частности: исчерпание внутригосударственных средств правовой защиты, подача заявления до истечения 6-месячного срока с момента вынесения окончательного решения на национальном уровне, соблюдение требований о предметной юрисдикции *ratione materiae*, которое состоит в том, что заявление должно касаться нарушений прав лица, гарантированных Европейской Конвенцией. В случае обращения с иском против государства в арбитражные суды в рамках инвестиционного арбитража основным требованием является наличие инвестиции в понимании соответствующего международного договора, а также наличие спора между государством инвестором, вытекающего из норм ДЭХ или двустороннего соглашения о защите инвестиций. Иные критерии, выполнение которых необходимо для обращения с иском против государства в международный инвестиционный арбитраж могут быть предусмотрены соответствующим международным договором. Например, в ряде случаев двусторонние соглашения о защите инвестиций требуют, чтоб инвестор и государство приняли меры для урегулирования спора путем переговоров прежде чем такой спор будет передан в международный арбитражный суд.

Во-вторых, было положено начало внедрению в правовую систему Украины международно-правовых стандартов защиты частных прав и норм об ответственности государства. Речь идет не только о нормах, закрепленных в Европейской Конвенции, ДЭХ и двусторонних соглашениях о защите инвестиций, которые, будучи ратифицированными Верховной Радой (Парламентом) Украины, стали обязательными для соблюдения в Украине как часть ее национального законодательства<sup>5</sup>. Такие международно-правовые стандарты включают в себя также подходы, которые были выработаны в практике Европейского Суда и международных арбитражей в процессе применения международных актов. Это имеет место когда нормы, которые устанавливают обязательства государств в сфере защиты прав человека и защиты иностранных инвестиций, закреплены на уровне международного соглашения в более общем виде, а детализировано их содержание в практике международных юрисдикционных органов – Европейского Суда и инвестиционных арбитражей. Например, согласно статье 1 Дополнительного протокола №1 к Европейской Конвенции ограничение прав лица на мирное владение имуществом

---

<sup>5</sup> Конституция Украины предусматривает, что действующие международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины, являются частью национального законодательства Украины (статья 9). Аналогичное правило было предусмотрено Законом «О международных договорах Украины» от 22 декабря 1993 года (статья 17), который действовал на момент ратификации Украиной Европейской Конвенции и ДЭХ.



допускается исключительно на условиях, предусмотренных законом (in accordance with law). Схожее требование содержится и в ряде других статей Европейской Конвенции, которые устанавливают, что ограничения гарантированных Европейской Конвенцией прав должно основываться на законе. Более детально содержание требования законности раскрыто в решениях Европейского Суда. Согласно его устоявшейся практике требование законности означает как наличие в национальном праве государства законодательной базы для ограничений прав лица, так и соблюдение критерия качества закона (quality of law). Этот критерий предполагает, что закон должен быть четким, доступным, предсказуемым в применении, а также содержать гарантии от произвола со стороны государственной власти. Более того, отдельные международные стандарты, которые прямо не закреплены в тексте Европейской Конвенции, были выработаны на уровне юриспруденции Европейского Суда и сегодня являются устоявшимися. Это, например, стандарт пропорциональности. В своих решениях Европейский Суд неоднократно указывал, что меры государства, ограничивающие права лица, должны быть пропорциональными по отношению к цели, на которую они направлены и обеспечивать справедливый баланс между общими интересами, целями государства и необходимостью защиты фундаментальных прав человека. Еще одним примером служит стандарт правовой определенности (legal certainty). Он также получил распространение в практике Европейского Суда прежде всего при применении статьи 6 Европейской Конвенции, которая гарантирует право на справедливый суд. Согласно подходам, принятым Европейским Судом правовая определенность представляет собой один из аспектов права на справедливый суд. Она означает запрет пересмотра окончательных судебных решений с целью добиться нового рассмотрения дела и допускает возможность такого пересмотра лишь в исключительных случаях, в частности, для исправления серьезных судебных ошибок. Детализация международных обязательств государств на уровне практики международных органов по рассмотрению споров характерна и для сферы защиты инвестиций. ДЭХ и двусторонние соглашения о защите инвестиций устанавливают стандарты обращения с инвестициями и защиты прав иностранных инвесторов, а детально содержание таких стандартов раскрывается в решениях инвестиционных арбитражей. Подходы, высказанные в таких решениях, часто находят применение другими арбитражными судами при рассмотрении схожих вопросов. Например, на уровне международных соглашений о защите инвестиций получило распространение требование о запрете экспроприации инвестиций. При этом отдельные критерии, которые позволяют квалифицировать действия (бездействие) государства как экспроприация выработаны в решениях международных арбитражных судов. На уровне

арбитражной практики нашли применение концепция ползучей экспроприации (creeping expropriation), косвенной экспроприации (indirect expropriation) и т.д.

Присоединение Украины к Европейской Конвенции и международным соглашениям о защите инвестиций означало признание Украиной юрисдикции, соответственно, Европейского Суда и международных арбитражных судов (в пределах их компетенции, установленной этими соглашениями). Тем самым, это означало по сути и распространение на национальную правовую, в том числе судебную систему стандартов (подходов, принципов) разработанных в практике Европейского Суда и международных арбитражных судов. Распространение на правовую систему Украины таких стандартов подразумевало, как минимум, необходимость принятия их во внимание со стороны судов и, в целом, государственных органов. Это было обусловлено тем, что несоблюдение данных стандартов создавало потенциальную возможность для привлечения государства к международно-правовой ответственности за нарушения Европейской Конвенции или соглашений о защите инвестиций. В отношении стандартов защиты прав человека, которые закреплены в практике Европейского Суда, в законодательстве Украины прямо предусмотрено требование об их применении. В Украине принят Закон «Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека»<sup>6</sup>, который установил, что суды Украины обязаны применять при рассмотрении дел Европейскую Конвенцию и практику Европейского Суда как источник права<sup>7</sup>. Сфера действия данного правила не ограничивается лишь решениями Европейского Суда, которые приняты в отношении Украины или в связи с которыми рассматривается дело в суде Украины: согласно данному закону область применения практики Европейского Суда судами Украины достаточно обширна и охватывает собой практику Европейского Суда (подходы, позиции, принципы) по любым вопросам, относящимся к его компетенции. Более того, при отсутствии перевода решения Европейского Суда на украинский язык суд Украины, который применяет практику Европейского Суда, обязан руководствоваться оригинальным текстом решения,<sup>8</sup> в случае несоответствия между украинским текстом решения Европейского Суда и оригинальным текстом суд обязан использовать оригинальный текст<sup>9</sup>.

С начала 2000-х годов институт ответственности государства находил все более системное отражение в национальном законодательстве Украины. Нормы, регулирующие

---

<sup>6</sup> Закон от 23 февраля 2006 года №3477-IV (с последующими изменениями).

<sup>7</sup> Статья 17 Закона от 23 февраля 2006 года №3477-IV.

<sup>8</sup> Статья 18 ч.3 Закона от 23 февраля 2006 года №3477-IV.

<sup>9</sup> Статья 18 ч.4 Закона от 23 февраля 2006 года №3477-IV.

вопросы ответственности государства, во многом основывались на международных стандартах защиты прав человека, выработанных в юриспруденции международных судебных органов, прежде всего Европейского Суда. В соответствии с Кодексом административного судопроизводства от 6 июля 2005 года (КАС) были не только введены новые процессуальные механизмы привлечения государства к ответственности, которые предполагают обжалование решений, действий, бездействия государственных органов в административные суды, но и по сути установлен перечень требований (критериев правомерности) к решениям, действиям органов власти. Формулировки этих критериев, содержащиеся в КАС, даже текстуально воспроизводили некоторые международные стандарты, касающиеся защиты прав человека и ответственности государства. Согласно КАС при рассмотрении дел об обжаловании решений, действий или бездействия органов государства административные суды обязаны, в том числе, проверить приняты ли такие решения или совершены ли действия пропорционально, в частности с соблюдением необходимого баланса между какими-либо негативными последствиями для прав, свобод и интересов лица и целями, на достижение которых направлено данное решение (действие)<sup>10</sup>; с учетом права лица на участие в процессе принятия решения<sup>11</sup>; своевременно, в течении разумного срока<sup>12</sup>. Очевидно, что перечисленные требования представляют собой отражение стандартов пропорциональности, качества закона (в аспекте наличие гарантий от произвола при принятии решений государством), разумного срока, которые применяются в прецедентной практике Европейского Суда и других международных учреждений.

Один из проблемных аспектов, которыми в значительной мере обусловлено нарушение международно-правовых стандартов со стороны государства и, как следствие, привлечение государства к международно-правовой ответственности связан с категорией интересов, лежащих в основе действий государства. Со стороны органов государственной власти имеет место не всегда корректная идентификация интересов, для реализации которых государство ограничивает частные права лица, а также не всегда обоснованный выбор правовых средств реализации таких интересов.

Как установлено Европейской Конвенцией<sup>13</sup> и признано в практике Европейского Суда, государство может ограничивать реализацию частных прав и свобод, если такие

---

<sup>10</sup> Статья 2 ч.2 п.8) КАС.

<sup>11</sup> Статья 2 ч.2 п.9) КАС.

<sup>12</sup> Статья 2 ч.2 п.10) КАС.

<sup>13</sup> Например, статья 1 Дополнительного протокола №1 к Европейской Конвенции.

ограничения необходимы в публичных (общих) интересах и при этом соблюдаются требования законности и пропорциональности таких ограничений. Нередко нарушения со стороны Украины международных стандартов защиты прав человека обусловлены тем, что со стороны национальных органов государственной власти имеет место применение ограничений прав, гарантированных Конвенцией, для защиты интересов, которые ошибочно квалифицируются государством как публичные, хотя по своей природе являются ведомственными интересами, интересами отдельных государственных учреждений, должностных лиц и т.д. Такие интересы не носят публичного (общественного) характера. Правовые средства, которые применяет государство для защиты этих интересов, не соответствует их (интересов) характеру. Как следствие, применяемые государством правовые средства нередко признаются Европейским Судом несоответствующими требованию пропорциональности. Показательным примером является решение Европейского Суда по делу *Batkivska Turbota Foundation v. Ukraine*. Вмешательство государственных органов в имущественные права лица было направлено на защиту интересов государства, которые заключались в восстановлении его (государства) права собственности на спорное имущество. Европейский Суд указал в этой связи, что органы государственной власти не привели обоснования, каким образом интерес государства в возвращении имущества служил публичным интересам и почему лишение лица-заявителя права собственности являлось единственной возможной мерой для защиты этих интересов<sup>14</sup>. С учетом данного обстоятельства Европейский Суд пришел к выводу о том, что ограничения частных прав лица, которые были применены государством, носили непропорциональный характер и нарушали международно-правовые обязательства Украины. Подобная в этом отношении ситуация имела место в деле *Svit Rozvag, TOV and others v. Ukraine*, в котором компании-заявители были лишены лицензий на осуществление коммерческой деятельности в сфере проведения азартных игр на основании закона 2009 года<sup>15</sup>, который запрещал игорную деятельность в Украине. Европейский Суд согласился, что применяемые к заявителям ограничения были формально направлены на защиту публичных интересов. Однако он отметил, что со стороны государства не был проведен анализ вопроса о правовых средствах, которые были необходимы для защиты таких интересов. В частности, не было указано причин, по которым для защиты этих интересов государство избрало правовые средства, которые носили наиболее ограничительный

---

<sup>14</sup> *Batkivska Turbota Foundation v. Ukraine*: ECHR Judgment, 9 October 2018, §62.

<sup>15</sup> Закон «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15 травня 2009 року, №1334-VI.

характер по отношению к правам лица и предполагали полный запрет деятельности в сфере азартных игр<sup>16</sup>.

Направленность государственных мер, ограничивающих частные права, на защиту интересов, которые по природе не являются публичными, а также некорректных выборов государством правовых средств для защиты публичных интересов может иметь более или менее глобальные проявления. Но и в одном, и в ином случае это способно приводить к тому, что такие средства могут рассматриваться как не соответствующие международным стандартам защиты прав человека.

Примером более глобального проявления некорректного выбора со стороны государства в лице органа законодательной власти средств защиты интересов, которые государство провозгласило публичными служит дело *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, которое касалось ограничений имущественных прав лиц-заявителей вследствие введения в Украине фактически бессрочного моратория на отчуждение земель сельскохозяйственного назначения. Европейский Суд отметил, что государство не привело убедительных доводов необходимости выбора наиболее ограничительных по характеру (и наиболее неблагоприятных для имущественных прав заявителей) мер для защиты публичных интересов, хотя законодателем могли быть использованы альтернативные (менее ограничительные) механизмы<sup>17</sup>.

Ситуации, когда государство ограничивало права лица для защиты публичных интересов, которые не являлись публичными по существу и были некорректно квалифицированы как публичные имели место и на уровне судебной власти. В качестве примера можно привести дело *Agrokompleks v. Ukraine*, которое рассматривалось Европейским Судом в 2003-2013 годах. В одном из эпизодов Европейский Суд фактически констатировал, что пересмотр окончательного судебного решения, которым был решен вопрос о гражданских правах компании-заявителя был произведен не в публичных интересах надлежащего осуществления правосудия, в интересах отдельных должностных лиц органов государственной власти. Такой пересмотр был обусловлен исключительно несогласием государственных органов с судебным решением, их стремлением добиться пересмотра дела и нарушал принцип правовой определенности<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> *Svit Rozvag, TOV and others v. Ukraine*: ECHR Judgment, 27 June 2019, §176-177.

<sup>17</sup> *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*: ECHR Judgment, 22 May 2018, §147.

<sup>18</sup> *Agrokompleks v. Ukraine*: ECHR Judgment (Merits), 6 October 2011, §151-152.

Сегодня этот институт ответственности государства основывается как на положениях национального права Украины, так и на международно-правовых стандартах, включает в себя также международно-правовую ответственность государства. Международно-правовая ответственность проистекает из нарушений со стороны государства гарантий прав лица, закрепленных в Европейской Конвенции, международных соглашениях в сфере защиты иностранных инвестиций, стандартов, выработанных в практике Европейского Суда и международных арбитражных судов по рассмотрением инвестиционных споров. На основании подходов международного права к вопросам ответственности государства можем говорить о том, что проблематика публичных интересов, на защиту которых направлена деятельность государственных органов является одной из ключевых. От правильной идентификации государством публичных интересов и внедрения обоснованных юридических механизмов защиты таких интересов в значительной степени зависит правомерность решений, действий государства, затрагивающих права частных лиц, гарантированные международным правом. Поскольку регулирование ответственности государства и на национальном уровне во многих отношениях основано на международных стандартах, вопрос толкования публичных интересов, их идентификации, признания со стороны государства становится актуальным также для реализации ответственности государства в рамках не только международных, но и национальных механизмов.

Oksana Shcherbanyuk  
Doctor of Laws  
Member of the Board of the German-Ukrainian Lawyers Association  
Head of the Department of Procedural Law, Faculty of Law  
Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University  
Chernivtsi, Ukraine  
[oksanashcherbanyuk7@gmail.com](mailto:oksanashcherbanyuk7@gmail.com)  
o.shcherbanyuk@chnu.edu.ua

## **IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL STANDARDS OF THE BAR INSTITUTE IN THE UKRAINIAN MODEL**

**Abstract.** The article explores the peculiarities of implementation of the international standards of the Law Institute in the Ukrainian model. It is stated that the Bar, together with the court and the Prosecutor's Office, as institutions, form a system of justice for the common purpose - the protection of human rights and freedoms in the state. But they depend on the type of domestic legal system, which is conditioned by the transitional state in which Ukrainian society and the state reside. This gives reason to talk about the transition state of the national bar. It is established that in the member states of the Council of Europe the practice of implementing European standards is different from Ukraine, this is explained by the fact that in a particular country there are certain legal traditions and established constitutional implementation mechanisms of correlation of its legislation and international treaty or custom. As for the means of implementation, they are elaborated by the practice of the states and formulated in the doctrine of international law. It is concluded that Ukraine needs to ratify the General Code of Practice for European Community lawyers and harmonize with it the provisions of the Advocates' Ethics Rules of Ukraine and the Law of Ukraine "About Advocacy and lawyer's job"..

**Introduction.** Ukraine, integrating with the European Union, focuses its attention on the value models that focus on human rights, its rights and freedoms. It is widely recognized that the bar is the quintessence of the human rights protection system in the country, of universal values with the undisputed priority of human life, health, freedom, honor and dignity. Advocacy as an institution of the legal system of the state changes and develops in the general direction of the prevailing tendencies in society, reflecting the economic, political and socio-cultural features of the society at a certain stage of its development. But effective protection of human rights cannot be guaranteed only by following legal regulations, so recognized international standards, in particular European standards, are of paramount importance.

"Standard" in this context is legal in nature, therefore, the state and society must perceive the new paradigm, based not on individual regulatory patterns, and universal standards that will ensure the practical implementation of the rule of law. Of course, each country has its own traditions and specifics in advocacy due to colostrum, justice, system of laws, but there is the original General provisions that have the same force in different European legal States. These provisions are to European standards. This is the motivation of many reforms in the field of advocacy that are underway in Ukraine. Therefore, standardization is the most peculiar for the Ukrainian way of transformation of national institutions of the legal system.

**The purpose of this article** is to study the specifics on directions of implementation of international standards of the Institute of advocacy in the Ukrainian model.

**Presentation of the basic material.** Indisputable is the fact that Ukraine's accession to the Council of Europe and cooperation with European organizations, there is a tendency towards integration into the European Union, open to our country's great opportunities in the European space. A necessary condition for this occurrence is the approximation of Ukraine over the spectrum of activities to the European standards, which in turn implies institutional convergence with the European legal institutions.

To ensure the constitutional rights and freedoms by independent professional parties, international law tends to establish uniform rules and status for lawyers, professional lawyers who provide legal assistance to the public. Under the "counsel" the Recommendations № R (2000) 21 of the Committee of Ministers of the Council of Europe On "freedom of exercise of profession of lawyer" means a qualified person authorised in accordance with national law to file pleadings and to act for and on behalf of their clients, to engage in legal practice, to appear in court or to consult and represent their clients on legal matters<sup>1</sup>.

The basic standards enshrined in documents professed by most countries of the world that Ukraine still needs to implement are in particular the recognition by society and the state of the "special role" of the bar, its unique and universal function in society as an institution entrusted with the rights of modern democracy of protecting human law and freedom<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> O svobode osushchestvleniya professyy advokata: rekomendatsyy Rec 2000(21) Kom. Mynystrov Hosudarstvam-chlenam. // Eshra: expert Support of Human Rights Activity. URL: <https://eshra375.files.wordpress.com/.../rec200021.docx> [On the freedom to exercise the profession of lawyer: recommendations Rec 2000 (21) com. Ministers to Member States]

<sup>2</sup> Zahalnyi kodeks pravyl dlia advokativ krain Yevropeiskoho Spivtovarystva: vid 01.10.1988 r. // Verkhovna Rada Ukrainy: ofits. veb-portal. URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_343](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_343) [General Code of Conduct for Advocates of the European Community: 01.10.1988]



Professor D. Donnelly identifies four sets of human rights standards: binding; standards that allow states to make certain exceptions, for example when signing treaties with reservations; all kinds of recommendations that are optional; national standards that operate in the absence of international standards<sup>3</sup>.

It is advisable to cite the views of other scholars on this. Thus, P.M. Rabinovich<sup>4</sup> defines the European human rights standards as defined in the legal acts and documents of European international organizations certain indicators of the content and scope of these rights, to which states are encouraged or obliged to achieve. These organizations are primarily the Council of Europe and the European Union, and the standards themselves are contained in the 1950 Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR or Convention), the European Social Charter<sup>5</sup> and the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>6</sup>.

European standards in the field of the organization of the bar are characterized by a particular legal nature, due to the need to take into account the substantive burden of the concept of "European standards" in relation to the concept of "international standards" and the legal nature of the bar as an institution.

Various terms are used in the scientific literature to define international and European human rights standards. For example, the terms "international" and "world standards" are used.

International standards are a category with a number of such features. First, it is a fundamental rule of conduct. The standard is a prescription, but not a one-off, but one that has a universal, long-lasting character.

Secondly, international standards of law are not simply rules of conduct, but rules of conduct of subjects of international law in the relevant field, which are standardized, ie suitable

---

<sup>3</sup> Council Framework Decision № 2001/220/JAI of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings // Eur-lex-europa.eu. URL: <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>

<sup>4</sup> Rabinovich, P. M. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny yak «pravoliudynni» standarty. Vybrani rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny (1993–2002 rr.). 9, (2003). Vyp. 3. (Pratsi Lvivskoi laboratorii prav liudyny i hromadianyna NDI derzhavnogo budivnytstva ta mistsevoho samovriaduvannia. Serii 2: Komentari prav i zakonodavstva). [Rabinovich, PM European Court of Human Rights judgments as "human" standards. Selected judgments of the European Court of Human Rights (1993–2002). 9, (2003). No. 3. (Proceedings of the Lviv Laboratory for Human Rights and Citizen of the State Construction and Local Self-Government Research Institute. Series 2: Comments on Law and Law).]

<sup>5</sup> Yevropeiska sotsialna khartiia : vid 03.05.1996 r. ETS № 163 URL:[http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_062](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_062) [European Social Charter].

<sup>6</sup> Khartyia osnovnykh prav Evropeiskoho Soiuzu: torzhestvennaia proklamatsiia ot 07.12.2000 h. URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_524](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_524) [Charter of Fundamental Rights of the European Union]

for general and multiple application. Third, any standard in the field of law is inherently as close as possible to the category of "principle of law", and therefore requires regulatory support. This is a mandatory form of his existence. Fourth, international standards of law are of a general nature, that is, rules of conduct that enable the national level, taking into account the peculiarities of the country, its traditions, to implement them without going beyond the requirements of the regulations. Fifth, international standards of law are always interstate. Sixth, by its very nature, the international standard is imperative, binding. Seventhly, international standards are addressed not by individuals but by public law entities, as they are intended to change the direction of the legislature<sup>7</sup>.

Thus, awareness of such values as human and civil rights and freedoms by the world community gave impetus to the development of human rights institutions in the post-war period of the second half of the twentieth century. All these values are reflected in the normative level - in a number of international legal instruments. The first international basis for the recognition of human rights was the Universal Declaration of Human Rights<sup>8</sup>, adopted in 1948 by the UN General Assembly. The Declaration emphasizes the indivisibility of rights: civil, political, economic, social and cultural. A further step in this direction was the consolidation of the principle of respect for human rights in the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>9</sup>.

The issue of the social purpose, organization, and activity of the bar has been secured on a global basis in the "Basic Provisions on the Role of Advocates"<sup>10</sup>, adopted by the Eighth United Nations Congress on Crime in August 1990 in New York. The main provisions on the role of lawyers are rightly regarded as the first international legal act that enshrines the public importance

---

<sup>7</sup> Biriukova, A.M. Mizhnarodni standarty pravovoho statusu advokatury i advokata yak oriientyr dlia rozvytku zakonodavchoi modeli Ukrainy. Visnyk Akademii advokatury Ukrainy. 89-97. (2017). № 2. Tom 14 [Biryukova, A.M. International standards for the legal status of the bar and the lawyer as a benchmark for the development of the legislative model of Ukraine. Bulletin of the Academy of Advocates of Ukraine. 89-97. (2017). No. 2. Volume 14]

<sup>8</sup> Zahalna deklaratsiia prav liudyny, pryiniata v 1948 rotsi Heneralnoiu Asambleieiu OON. URL:[http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015) [Universal Declaration of Human Rights, adopted in 1948 by the UN General Assembly]

<sup>9</sup> Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod vid 04.11.1950 r. Ratyfikovano zakonom vid № 475/97-VR vid 17.07.97 URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 04.11.1950.]

<sup>10</sup> Osnovni polozhennia pro rol advokativ. Pryiniati VIII Konhresom OON po zapobihanniu zlochynam u serpni 1990 roku. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_835](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835) [Basic provisions on the role of lawyers. Adopted by the VIII Congress of the United Nations for the Prevention of Crime in August 1990.]

of the lawyer. The main provisions on the role of lawyers are rightly considered as the first international legal act that enshrines the public importance of the lawyer.

International documents on the organization and operation of the bar are also referred to as the "General Code of Conduct for Advocates of the European Community"<sup>11</sup>, adopted in October 1998, which emphasizes the important and special role of the bar in the society of any EU country, the Charter of the International Bar Association and others. documents adopted by the International Bar Association. The code states that a lawyer has a whole set of obligations, both legal and moral, which are often at odds with one another. The general code of conduct for European Community lawyers has been a model for the development of professional codes of conduct in many countries, including for Ukraine. The Ethics Rules of Ukraine approved by the Constituent Congress of Advocates of Ukraine on November 17, 2012<sup>12</sup> are in force in Ukraine. This document has been adopted by a higher body of self-governing law that meets international standards.

Another international legal instrument that reflects European values and is a benchmark for countries on the road to democratic development is the Paris Charter for a New Europe<sup>13</sup>, signed in Paris in 1990.

On November 25, 2006, the Council of Associations of Advocates and Legal

Societies of Europe (CCBE) unanimously approved the "Charter of Fundamental Principles of the European Bar Profession"<sup>14</sup>. The Charter contains a list of ten principles common to the European legal profession. The Charter takes into account: national professional rules from states across Europe, including the non-CCBE domestic rules, which also share these general

---

<sup>11</sup> Zahalnyi kodeks pravyl dlia advokativ krain Yevropeiskoho Spivtovarystva. Pryiniato delehatsiieiu dvanadtsiaty krain-uchasnyts na plenarnomu zasidanni u Strasburzi v zhovtni 1988 roku. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_343](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343) [General Code of Practice for European Community Lawyers. Adopted by a delegation of twelve participating countries at the Strasbourg plenary meeting in October 1988]

<sup>12</sup> Pravyla advokatskoi etyky, zatverdzeni Ustanovchym Zizdom advokativ Ukrainy 17 lystopada 2012 r. URL: <http://vkdk.org/pravil-advokatskoji-etiki/> [Rules of Attorney Ethics Approved by the Constituent Congress of Advocates of Ukraine on November 17, 2012]

<sup>13</sup> Paryzhskaia khartyia dlia novoi Evropy Ytohovyi dokument Soveshchanyia po bezopasnosti y sotrudnychestvu v Evrope, sostoiavshehosia v Paryzhe 21 noiabria 1990 hoda. Novaia era demokratyy, myra y edynstva. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_058](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_058) [Charter of Paris for a New Europe Outcome of the Conference on Security and Cooperation in Europe, held in Paris on November 21, 1990. A new era of democracy, peace and unity.]

<sup>14</sup> Khartiia osnovnykh pryntsyviv yevropeiskoi advokatskoi profesii. URL: [http://zib.com.ua/files/hartia\\_brenduvannia.pdf](http://zib.com.ua/files/hartia_brenduvannia.pdf) [Charter of the Basic Principles of the European Bar Profession.]

principles of European bar practice, the CCBE Code of Conduct for European Barristers; the generally accepted principles of the International Code of Ethics for the International Bar

Association (IBA); Recommendation Rec (2000) 21 of 25 October 2000 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on the freedom to pursue the profession of lawyer; Guidelines on the Role of Advocates, Adopted by the Eighth United Nations Congress on Crime Prevention, Havana (Cuba), August 27 to September 7, 1990; the case-law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union and, in particular, the judgment of the European Court of Justice of 19 February 2002 in Case C-309/99<sup>15</sup> *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*; The Universal Declaration of Human Rights<sup>16</sup>, the European Convention on Human Rights<sup>17</sup> and the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>18</sup>; European Parliament resolution on the legal profession and the general interest in the functioning of the legal systems<sup>19</sup>.

**Conclusions.** The legal value and effectiveness of international and European standards are ensured by their implementation into national law. According to Art. 9 of the Constitution of Ukraine, the current international treaties, the consent of which is provided by the Verkhovna Rada of Ukraine, are part of the national legislation of our state. In our opinion, first of all, the ratification of the General Code of Laws for attorneys of the countries of the European Community, harmonization with the provisions of the Rules of Advocate Ethics of Advocates of

---

<sup>15</sup> Case C-309/99 J.C.J Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV m Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Avocaten, [2002] ECR I-1577.

<sup>16</sup> Zahalna deklaratsiia prav liudyny, pryiniata v 1948 rotsi Heneralnoiu Asambleieiu OON. URL:[http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015) [Universal Declaration of Human Rights, adopted in 1948 by the UN General Assembly.]

<sup>17</sup> Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod vid 04.11.1950 r. Ratyfikovano zakonom vid № 475/97-VR vid 17.07.97. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 04.11.1950.]

<sup>18</sup> Khartiia osnovopolozhnykh prav Yevropeiskoho Soiuzu, pidpysana ta proholoshena prezidentom Yevropeiskoho parlamentu, holovoiu Rady ta holovoiu Komisii na zasidanni Rady Yevropeiskoho Soiuzu v Nitstsi 7 hrudnia 2000 roku. URL: [https://stud.com.ua/54739/pravo/hartiya\\_yevropeyskogo\\_soyuzu\\_osnovni\\_prava](https://stud.com.ua/54739/pravo/hartiya_yevropeyskogo_soyuzu_osnovni_prava) [Charter of Fundamental Rights of the European Union, signed and proclaimed by the President of the European Parliament, the President of the Council and the President of the Commission at a meeting of the Council of the European Union in Nice on 7 December 2000.]

<sup>19</sup> Rezoliutsiia Yevropeiskoho parlamentu shchodo yurydychnoi profesii ta zahalnoho interesu v funktsionuvanni pravovykh system, ukhvalena 23 bereznia 2006 roku. URL: [http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya\\_brenduvannya.pdf](http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya_brenduvannya.pdf) [European Parliament resolution on the legal profession and the general interest in the functioning of legal systems, adopted on 23 March 2006.]

Ukraine and the Law of Ukraine “On Advocacy and Legal Activities” are necessary. In addition, when drafting new laws and amending existing ones, Parliament should take into account not only the European standards contained in the conventions to which Ukraine is a party, but also the relevant European standards contained in resolutions and recommendations of Council of Europe bodies.

## **Constitutional law and the constitutionality criterion of state bodies' acts**

**Tetiana Slin'ko**, PhD in Law, Associate Professor, Department of Constitutional Law of Ukraine, Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

**Yevhenii Tkachenko**, PhD in Law, Associate Professor, Department of Constitutional Law of Ukraine, Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

### **ABSTRACT**

The article explores the contemporary academic views concerning the right for a constitutional state and constitutionality criteria of the state bodies acts (that are related to the principles of a constitutional state). The article explains the constitutional state nature and characteristics. It is stated that in the constitutional state it is of utmost importance to implement the principle of powers separation and to exercise an effective constitutional control over power in the state mechanism in order to ensure the principle of the rule of law and individual freedom. Based on the analysis of Western and Ukrainian scientists, legal positions of the Constitutional Court of Ukraine, it is concluded that the basic for understanding the constitutionality criteria of the state bodies acts should be the substantive and procedural components of the rule of law (constitutional legality, ensuring the right for access to fair justice, human rights adherence).

**Keywords:** power restriction, constitutional state, constitutional control, constitutionality criteria of the acts, principle of the rule of human rights, human rights, access to fair justice.

### **[I] INTRODUCTION**

One of the key ideas in terms of constitutionalism is the idea that state power should act only within the limits defined and allowed by free citizens. The majority of constitutional law scholars (adherents of liberalism) state that in a constitutional state, power (state) should function only in three roles: as an arbitrator to resolve conflicts between citizens according to the objective laws, as police to protect citizens from criminals, and as the army to protect citizens from external enemies [1]. R. Nozick calls a constitutional state a "night watchman" [2], and A. Rand defines the state as a way to put repressive use of physical force under objective control, that is, under the control of objectively defined laws [3]. The

implementation of the power separation principle (checks and balances system) on the state level and the effective control of power, which are important conditions for the existence of individual freedom and for the realization of the constitutional idea concerning government limitation and power abuse prevention. The wider is the state power sphere of influence, the narrower is the sphere of individual freedoms, and vice versa. In context of constitutionalism every member of civil society should be free to make his or her own political choices, which implies respect for the freedom of the other ones and free access for everyone to control the state policies, president, government, all other authorities and officials, both at the state and local levels [4].

Freedom does not stem only from mere election. The elected government can be aggressive, vindictive and despotic. An unelected government can give broad autonomy to individuals, regions, cities, the arts and literature [5]. Indeed, the fact of the representative bodies' election does not indicate that the political regime of the country is democratic. Here it is important to note that the regimes of Mussolini, national-socialist regime in Germany and the one in the USSR were originally democratic [6]. This fact is hardly correlated with the negative historical facts of these totalitarian regimes' activities [7]. Not only the fact of the representative bodies presence, but also their formation principles, the existence of a compromise between the majority and the minority, the role of parliament and its powers in the state power exercise, compliance with the criterion of "representing the interests of the people", the ability to control over the activity of other authorities are important for a democratic state and the "ability" to be controlled by the people.

In democracy the principle of government accountability to the people is quite obvious. The ability to influence the decisions of public authorities and to determine the political fate of public officials is one of the criteria for building a democratic political regime. Otherwise, not guaranteeing citizens' participation in the public affairs management and the lack of control over power leads to a gradual power authoritarianisation, when the lack of operational control leaves the

opportunity to make political decisions without taking into account the opinion of civil society.

Therefore, we agree with S. Seryogina's assertion that the most effective means of legitimizing power is the citizen participation in the government, which creates a sense of people's involvement in the government's policy and enables people to feel their efficacy [8]. That is why democratic regimes have the highest degree of legitimation, compared to others.

We believe that the constitutional system of control over power should be considered in two aspects: broad and narrow. In a narrow sense, the constitutional system of control in Ukraine is the system of distribution of control between constitutional bodies of state power, which is directly envisaged by the Constitution of Ukraine and the laws of Ukraine. In a broad sense, the constitutional system of control includes not only the ability to exercise control powers by higher public authorities, but also the ability to exercise control (quasi-control) by the people, civil society institutions and individuals. That is, control over power entails two different levels of action: on the one hand, actions taken by the government itself, on the other, actions that are the civic activity manifestations.

The first group includes methods of internal control carried out with concentration or deconcentration of various degrees. External controls include the involvement of public members, such as mass-media, civic organizations, and voters. For example, voter participation in government control is implemented through elections and referendums.

The internal control exercised within the state system of checks and balances is the most effective mechanism at the central level of the public authority exercise. After all, in a "non-consolidated" democracy this system may fail, and therefore there is always a high probability of returning to authoritarianism, which, incidentally, can be supported by the majority of the population.



### [III] MATERIALS AND METHODS

It should be emphasized that neither at the legislative nor at the doctrinal level there is no clear definition of the constitutionality criteria for the public authorities acts, which leads to ambiguous interpretation of their content by the subjects of the constitutional legal relations. Therefore, the question of clarifying the concept and content of the principle of a constitutional state and its elements and their influence on the essence of the constitutionality criteria of power normative acts for their actual regulation and implementation is urgent.

First and foremost, understanding the constitutionality criteria for the public authorities' acts should be based on the principle of the rule of law, which in practical terms is manifested primarily through the principle of the Constitution supremacy. But the constitutional legislation does not clearly define the constituent elements of the principle of the rule of law, and accordingly, the criteria for the constitutionality of public authorities acts and their content have not been established.

In addition, the fulfilment by the Constitutional Court of Ukraine of its task of guaranteeing the Constitution of Ukraine supremacy is impossible without the approval of scientifically substantiated legal criteria for the acts' constitutionality in the process of constitutional control.

The problem of defining the concept and structure of the rule of law and the supremacy of the Constitution principle was considered by such Ukrainian researchers as D. Ablyazov, Y. Barabash, D. Belov, M. Buromensky, S. Holovatiy, M. Hultai, V. Campo, M. Kozyubra, A. Krusyan, V. Lemak, S. Maksymov, V. Pogorilko, S. Pogrebnyak, P. Rabinovych, M. Tsvik and others.

Some aspects of determining the constitutionality criteria of the public authorities' acts were also explored by V. Kolesnik, M. Savchyn, A. Selivanov, V. Skomorokha, O. Skrypniuk, P. Stetsyuk, A. Strizhak, V. Tatsiy, M. Teslenko, and Yu. Todyka, V. Shapoval, S. Shevchuk, Y. Shemshuchenko, and others.

**The purpose of this scholarly publication** is to identify the problems concerning the doctrinal understanding of the idea of a constitutional state and the

practical implementation of the constitutionality criteria of the public authorities acts.

### **[III] RESULTS**

As the practice of democratic countries shows, constitutional control is the most effective form of control over the power.

H. Kelsen, the founder of the idea of European model of constitutional control, in his article "Judicial Guarantee of the Constitution (Constitutional Justice)" emphasizes that in order to preserve this principle of powers separation in the republican democracy, it is better to understand this principle not as separation, but as separation of powers, not to isolate one another, but rather to allow one another to control each another. This is important not only to prevent the excessive concentration of power in the hands of one body, which is dangerous for democracy, but also to guarantee the proper functioning of the various bodies. Thus, the institution of constitutional justice does not deny the principle of separation of powers, but, on the contrary, is its confirmation...

Apart from that, the Austrian scholar emphasizes that "the court guarantee of the constitution (constitutional justice) is an element of the system of technical means, their purpose is in the lawful state functions exercise".

H. Kelsen explains the special nature of the Constitution and its prescriptions by the necessity of introducing material and formal constitutional control. "The main meaning of the constitution is that it defines the principles, directions, boundaries and main content of the laws. While proclaiming the equality of citizens in terms of law, the freedom of thoughts, the inviolability of private property in the form of guarantees of the subjective right to equality, freedom, property, etc., the constitution stipulates that laws should be developed not only in accordance with its prescriptions, but also they should not contradict with the provisions that fix equality, freedom, property. Therefore, the Constitution, is not only the rule which determines the procedure overall, but also the rule which determines the content, which entails that the law may be recognized as unconstitutional because of the

illegal procedure at its creation or if its content contradicts with the principles established by the constitution" [9].

Thus, the essence of constitutional control is that specially authorized bodies of constitutional jurisdiction or general courts (when considering a particular legal dispute or court case) check a certain range of legal acts and actions of public authorities and officials for their conformity with the constitution.

The fundamental principle (the criterion of constitutionality of normative legal acts), guided by the Constitutional Court of Ukraine, exercising constitutional control, is the principle of the rule of law, which has been embodied in the principle for the constitution supremacy<sup>1</sup> [10]. In particular, the Constitutional Court of Ukraine states that by adopting the Law of Ukraine concerning the all-Ukrainian referendum, the Verkhovna Rada of Ukraine of the sixth convocation went beyond its constitutional powers, which is not consistent with the principle of the rule of law, in particular with the provision that "the Constitution of Ukraine has the highest legal force. Laws and other legal acts are adopted on the basis of the Constitution of Ukraine and must respond to it by resolving the issues raised in the constitutional submission, proceeding from the fact that the principle of the rule of law, according to which "the Constitution of Ukraine has the highest legal force" [11].

It is also important to emphasise on the characteristic of the rule of law.

It is widely recognized that the classic rationale for the rule of law was made by a known English lawyer, Professor at the University of Oxford, Albert Wen Daisy, in his "Introduction to the Study of Constitutional Law". In his view, the principle of the rule of law, consists of three provisions: 1) lack of state arbitrariness; 2) the subordination of each common law applicable by ordinary courts; 3) the general rules of constitutional law form the result of the common law of the country [12].

---

<sup>1</sup> As stated by Y. Todyka, "Consideration of the principle of the rule of law outside the rule of the Constitution and laws is the path to lawlessness and permissiveness, and recognition of the principle of the rule of law only outside the systematic understanding of the principle of the rule of law is the path to the adoption of unjust, inhuman, undemocratic laws, other regulations"

According to the statement of the well-known representative of the Austrian liberalism school F. Hayek, the general nature, equality and certainty of the law, as well as the fact that the discretionary powers of administrative authorities for applying coercive measures (administrative interference with individuals and their property) can always be challenged in court, make in practice "the very essence of the matter, the decisive point which the rule of law depends on" [13].

There are many different definitions of the rule of law in contemporary literature. But they all boil down into two basic concepts of the rule of law - "formal" and "substantive". The peculiarity of the substantive component is that it includes requirements for the content of the law (as a rule, it must proceed from such fundamental legal and moral principles as freedom, equality and justice); and the peculiarity of the formal one is that it focuses on the external form of legality.

B. Tamanaga, while analyzing the various definitions of the rule of law, distinguishes the formal components (rule based on law; formal legitimacy; democracy and legality), and the substantive components (individual rights; dignity and justice; the common welfare state) in the concept of the rule of law [14].

L. Fuller, in his famous work "Moral of Law", which deals with the analysis of the external moral characteristics of natural law, emphasizes eight procedural requirements for the rule of law. In his view, the first and most obvious method that can lead to a "failure" of legal rules is the inability to set any rules at all, so that every case must be decided *ad hoc*. Other means include: 2) non-disclosure, or at least inaccessibility, of the laws expected to be observed by the party concerned; 3) abuse of retroactive laws, which not only are not capable of directing actions but also undermining the integrity of future laws, jeopardizing them with retroactive changes; 4) inability to make the laws understandable; 5) the adoption of conflicting laws or 6) laws requiring behaviour that exceeds the limits of the capabilities of those who must comply with them; 7) amendments to the laws are so frequent that the subject cannot use them to direct his actions; and, finally, 8) the discrepancy between the written laws and their actual application.

The complete failure that awaits any of these eight directions, not only means a bad legal system, but also leads to the fact that it cannot be called a legal system at all [15].

In his basic understanding of the principle of the rule of law, P. Gauder also emphasizes his substantive and formal concepts, indicating equality as its key component. First, the rule of law is of moral value, since it requires the state to treat subjects as equals (the "equality thesis"). In particular, the rule of law promotes vertical equality between officials and ordinary people and horizontal equality among the latter. Secondly, the states adhere to the rule of law to the extent that they meet the three conditions (the "three principles" thesis): Regulation: Officials are restricted in the use of coercive public authority only when it is used for the proper purpose and on the basis of reasonable interpretation regarding a specific rule of law. Publicity: subjects of law have the opportunity to read the rules to which officials refer to justify coercion; upon request, officials explain the application of the rules which permit coercion in a particular case; officials suggest that those who are being coerced provide arguments on the application of legal rules in their situation; the public can hear these arguments and arguments in their favour. Generality: neither the rules according to which officials apply coercion nor the discretion exercised by the officials do not establish an unreasonable distinction between subjects of law; the difference is unjustified if it is not justified by public justification for all the concerned [16].

According to the Ukrainian scholar S. Pogrebnyak, the formal aspect of the rule of law provides the following requirements: 1) in general, a system of law must exist in society as a set of rules (rules established for an infinite number of cases of a certain type and an unknown number of people of a certain category); 2) these rules of law must be clear (understandable and non-contradictory); 3) these rules of law must be accessible (ie public) and generally not retroactive; 4) the right must be reasonably stable and the law-making process has to be consistent. There must be an optimal balance between stability and dynamism in the legal system; 5) a well-

established practice of the rule of law implementation should exist, supported by a guarantee of its equal use [17].

The substantive aspect of the rule of law provides the following requirements: 1) the rules of law must comply with the standards of fundamental rights and freedoms of human and citizen; 2) the rules of law must comply with the general principles of law and other principles of natural law. As the Constitutional Court of Ukraine notes in its Decision No. 15-rp / 2004 of November 2, 2004 in the case of imposing a milder sentence, the rule of law requires the state to implement it in law-making and law-enforcement activities, namely the laws that content the ideas of social justice, freedom, equality and more.

The Venice Commission report on the Rule of Law, March 25-26, 2011 noted that the concept of the "rule of law" manifests itself as a fundamental feature of the state in many constitutions of the former socialist countries of Central and Eastern Europe and is much less common in the constitutions of the old democracies. In spite of all this, a consensus has been reached in modern Europe concerning the key importance of the concept of "rule of law" and the elements covered by it. These elements are not only formal but also substantive [18].

Experts of the Venice Commission note that the main substantive and formal elements of the principle of the rule of law include:

Legality (rule of law), which applies to individuals, as well as to the authorities, public and private entities. This principle means that the rules of law (national, international and common law) must be strictly observed. And also, that the state powers and their officials had authority over their actions and act within the limits of their powers.

Legal certainty, which means the availability of the text of the laws, the accuracy and clarity of their content. Public authorities are also required to comply with the laws they have implemented and apply them in a predictable and logical manner. This principle also means that the retroactive effect of the law, at least in criminal law, is inadmissible, the finality of national court decisions, the consistency of jurisprudence, the foreseeability of the consequences of law enforcement.

Provision of discretionary powers to public authorities (where necessary), subject to procedures that make it impossible to abuse them. In addition, legal certainty means that the state as a whole must adhere to certain obligations, fulfil certain functions and promises made by it to the people (the concept of "legitimate expectations").

The prohibition of arbitrariness, in which discretionary powers, although necessary for the exercise of the full range of powers in modern complex societies, should not be exercised arbitrarily.

Access to justice represented by independent and impartial courts. Everyone should be given the opportunity to challenge the actions and decisions of the authorities if they do not correspond with the rights or interests of the individual. This requires the judiciary to be independent and impartial, the hearing to be fair and open and that such a hearing and decisions made are implemented within a reasonable time; judgments must be effectively enforced and there should be no possibility (except very extraordinary cases) to review the final judgment (adherence to the *res judicata* principle). There should also be a recognized, organized and independent legal profession (advocacy) that is ready and *de facto* capable of providing legal services and empowered by law. Indeed, the right to a fair trial has an important place in the system of constitutional judicial guarantees of human rights, since the basic principle of human rights protection is that any violated right can be restored by a specific procedure. If the state does not have such an effective procedure for the protection and restoration of the infringed right, then any other rights enshrined in the legislation are simple declaratory provisions, legal fiction. Justice standards should be seen as an important element of the rule of law. It is well known that, according to European and American legal tradition, law and justice are inextricably linked. Many authors define law through justice. Thus, in O. Höffe's view, a system of norms that violates the fundamental criteria of justice is not a legal system [19].

In Ukraine, on February 12, 2015, the Law of Ukraine "On Ensuring the Right to a Fair Court" was passed in order to guarantee the state effective protection of human rights and freedoms, to ensure the independence of the court and justice in

the administration of justice, to restore public confidence in the judiciary. The law has amended some legal acts that extend the rights of citizens to safeguards: equality before the law and the court, transparency, openness of the trial, binding court decisions; fair distribution of court cases is standardized. At the same time, according to the latest sociological opinion polls, such changes in the legislation and in the judicial reform in general did not reduce the level of effective realization of the right to fair judicial protection [20].

Respect for human rights. First of all, this component of the principle of the rule of law means the real securing of these rights and legal guarantees: the right for access to justice, the right to have a competent judge, the right to be heard, the prohibition of retroactive effect of the law, the right for effective remedies, the presumption of innocence.

Prohibition of discrimination and equality before the law. Prohibition of discrimination means that laws restrict discrimination against individuals or groups of individuals. Any unjustified unequal treatment is prohibited by law and all the people are guaranteed equal and effective protection against discrimination on any grounds – race, colour, sex, language, religion, political or other beliefs, national or social origin, property, birth or other status. Equality before the law means that every individual is subject to the same laws, and no individual or group of individuals has special legal privileges.

For this purpose, laws should be applied equally to all, they should not contain discriminatory provisions, laws should not be interpreted in a discriminatory way, and there should be no groups with special legal privileges in society. It is important that the essence of the rule of law as a guiding principle for the future, in the view of the Venice Commission, should be extended to cover not only the area of cooperation between the state and private entities, but also the activities of private sector entities delegated to exercise their powers as public authorities.

The principle of the rule of law and its constituents have been repeatedly considered by the Constitutional Court of Ukraine. For example, in the Judgment of the Constitutional Court of Ukraine of November 2, 2004 No. 15-rp / 2004 (case of



imposition of a lesser sentence by the court), the body of constitutional control stated that in accordance with Part 1 of Art. 8 of the Constitution of Ukraine, the principle of the rule of law is recognized and valid in Ukraine. The rule of law is the rule of law in the society” (paragraph 4, subparagraph 4.1, paragraph 4 of the motivation part) [21]. The Court also identified the substantive components of the rule of law, namely, that the rule of law requires the state to be involved in law-making and law-enforcement activities, in particular laws that, in their content, must be permeated above all by the ideas of social justice, freedom, equality, etc. And since these categories are not only legal, but above all – moral, the CCU has come to the conclusion that law is not limited to legislation as one of its forms, but also includes other social regulators, such as moral standards, traditions, customs, etc. predetermined by the historically achieved cultural level of the society and legitimized by society. That is why such an understanding of law does not give rise to an identification of it with legislation, which can sometimes be unfair, including restrictions of the individual freedom and equality. Separately, the body of constitutional jurisdiction emphasizes the importance of justice as one of the key elements of the rule of law, noting that it was decisive in determining it as a regulator of social relations, one of the universal dimensions of law.

In another decision of June 20, 2019 No. 6-p / 2019, the rule of law is defined as a mechanism for ensuring control over the use of power by the state and the protection of human beings against arbitrary acts of state power. It is emphasized that the principle of the rule of law is a normative ideal that every system of law should strive for, and should be considered as a universal and integral principle of law, in particular in context of its fundamental components: the principle of legality, the principle of separation of state power, the principle of public sovereignty, the principle of democracy, the principle of legal certainty, the principle of fair trial [22].

Thus, the fundamental component of the substantive conception of the rule of law is the respect for human rights. As T. Allan rightly points out, “at the heart of the analysis of the rule of law as the ideal of the constitutional system of government is a well-defined concept of law. From this point of view, human dignity and

individual autonomy stand for basic values and, therefore, inalienable prerequisites of any right: accordingly, we reject the "positivist" understanding of law as a certain condition or requirement at the state level, imposed by some power source, regardless of the nature of his figure. "As human rights are an integral part of law, their existence is unlawful and impossible, as well as law cannot exist without human rights. After all, through the list of human rights, and above all the constitutional ones, the ideas of equality, freedom and justice are embodied and guaranteed [23]. By the way, this idea has been implemented in national legislation. In particular, in Part 1 of Art. 6 of the Code of Administrative Jurisdiction states that in deciding a case, the court is guided by the principle of the rule of law, according to which, in particular, a person, his rights and freedoms are recognized as the highest values and determine the content and orientation of the state.

One of the requirements of the substantive aspect of the rule of law is the establishment of clear rules on the restriction of human rights in law-making and law-enforcement practice. In the practice of the body of constitutional jurisdiction, the following fundamental ideas have been worked out on this issue. In particular, in its Decision of June 2, 2016 № 2-rp (case on judicial control over the hospitalization of incapacitated persons in a psychiatric institution), the Constitutional Court of Ukraine stated that restrictions on the exercise of constitutional rights and freedoms cannot be arbitrary and unfair, they have to be established solely by the Constitution and laws of Ukraine, to pursue a legitimate aim, to be conditioned by the public necessity to achieve this goal, proportional and justified, in case of restriction of constitutional right or freedom of laws vets must introduce a regulation that will make it possible to optimally achieve the legitimate aim of minimal interference in the exercise of this right or freedom and not to violate the essential content of the law.

Therefore, one of the principles that is fundamental to determining the limits of the enjoyment of human rights is the principle of proportionality. The content of this fundamental principle is manifested in a proportionate and reasonable relation between the restriction of a particular human right and the means used by the state

to limit it. As noted in the scientific literature, this principle is aimed at ensuring in the legal regulation of a reasonable balance of private and public interests, according to which the objectives of the restrictions must be substantial, and the means of achieving them should be justified and minimally burdensome for the people whose rights are limited [24]. For example, in German constitutional law, the principle of balance is understood as one of the manifestations of a more general principle, namely the principle of proportionality. According to R.Alexi, the principle of proportionality includes three elements (sub-principles): admissibility, necessity and proportionality in its narrow sense, which together express the idea of optimization. Interpreting constitutional rights in the light of the concept of proportionality means treating them as preconditions for optimization, that is, as principles, rather than simple ordinary rules. As a prerequisite for optimization, principles are the rules that require that everything considered highly possible should be factual and legal. The principles of acceptability and necessity contribute to optimization, determining what is possible in reality. Thus, they express the idea of Pareto optimality. The third sub-principle – proportionality in its narrow sense has to do with the concept of optimization in terms of determining legal possibility. Since legal opportunity is based on competition of principles, achieving a balance is nothing more than optimizing the relation of these competing principles. Thus, the third sub-principle can be expressed as the following rule: the greater the degree of dissatisfaction or violation of one principle, the more important is the observance of another [25].

In its practice, the Constitutional Court of Ukraine has repeatedly dwelled on the content of the principle of proportionality and, on the basis of its understanding, recognized the rules of law that were the subject of its consideration as unconstitutional [26]. In particular, in its Decision on the case concerning the constitutional submissions of 49 Members of Parliament of Ukraine, 53 Members of Parliament of Ukraine and 56 Members of Parliament of Ukraine on compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with paragraph 4 of Section VII "Final Provisions" of the Law of Ukraine "On the State Budget of Ukraine for 2011" on December 26, 2011 No. 20-rp / 2011 The Court stated that adherence to the

constitutional principles of the social state and the rule of law, the rule of law necessitates the implementation of legislative regulation of social relations on the basis of justice and dimension considering the state's obligation to provide decent living conditions for every citizen of Ukraine (paragraph 8 of part 2.1, paragraph 2 of the reasoning part) [27]. In another judgment of 3 January 2012 No. 3-rp / 2012, the Court emphasized that the principle of proportionality is one of the elements of the rule of law, which means, in particular, that the measures provided in legal acts should aim at the achievement of a legitimate aim and should be commensurate with it (paragraph 3, subparagraph 2.2 of paragraph 2 of the motivation part) [28].

Thus, the designation of the idea of proportionality as a component of the rule of law manifests itself in limiting state interference with human rights and balancing public and private interests, making the goals of human rights restrictions essential and the means of achieving them justified and minimally burdensome to those whose rights are limited.

As stated above, one of the elements of the formal concept of the rule of law is the principle of legal certainty. In its legal positions, the Constitutional Court of Ukraine also discloses the content of legal certainty. The content of the constitutional principles of equality and justice implies the requirement of certainty, clarity and ambiguity of the legal rule, since the other cannot ensure its equal implementation, does not exclude the unlimited interpretation in law enforcement practice and inevitably leads to arbitrariness (paragraph 5 of sub-clause 5.4 of subparagraph 5.4 of sub-clause 5.4). The principle of legal certainty as an element of the rule of law states that the restriction of fundamental human rights and the implementation of these restrictions in practice is possible only if the predictability of the legal rules established by such restrictions is ensured. In the Court's view, this implies that the restriction of any right must be based on criteria which enable a person to separate lawful conduct from unlawful conduct and to foresee the legal consequences of his conduct (paragraph 3, subparagraph 3.1 of paragraph 3 of the motivating part) [29]. Also, the Constitutional Court of Ukraine emphasizes that the principle of legal certainty requires the clarity and unambiguity of legal laws, in particular their

predictability (predictability) and stability (paragraph 6 of paragraph 2.1 of the motivating part) [30].

## **CONCLUSIONS**

The research conducted allows for the following conclusions:

1. One of the main ideas of a constitutional state is that state power should act only within the limits defined and allowed by free citizens. An important condition for the realization of the constitutional idea of a limited government, for the prevention of power abuse is the powers separation principle (system of checks and balances) implementation and the exercise of effective control of power, which are important conditions for the existence of individual freedom. The wider is the sphere of influence of the state power, the narrower is the sphere of individual liberties, and vice versa. In a constitutional state, each individual should be free in his or her own political choices, which implies free access for everyone to control the policies of the state, the head of state, parliament and government, as well as all other authorities.

2. The constitutional system of control over power should be considered in broad and narrow aspects. In a narrow sense, the constitutional system of control in Ukraine is directly envisaged by the Constitution of Ukraine and the laws of Ukraine as the system of distribution of control powers between constitutional bodies of state power. In a broad sense, the constitutional system of control includes not only the ability to exercise control powers by higher public authorities, but also the ability to exercise control (quasi-control) by the people, civil society institutions and individuals. That is, control over power entails two different levels of action: on the one hand, actions taken by the government itself, on the other, actions that the manifestations of civic activity.

3. The essence of constitutional control is to check the accordance of a certain range of legal acts and actions of public authorities and officials to the Constitution by specially authorized bodies of constitutional jurisdiction or general courts (when considering a particular legal dispute or court case).

The fundamental principle (the criterion of constitutionality of normative legal acts), guided by the Constitutional Court of Ukraine, exercising constitutional control, is the principle of the rule of law, which has been embodied in the principle of the Constitution supremacy. In particular, the Constitutional Court of Ukraine states that by adopting the Law of Ukraine "On All-Ukrainian Referendum" the Verkhovna Rada of Ukraine of the sixth convocation went beyond its constitutional powers, which is not consistent with the principle of the rule of law, in particular with the provision that "the Constitution of Ukraine has the highest legal force". Laws and other normative legal acts are adopted on the basis of the Constitution of Ukraine and must respond to it by resolving the issues raised in the constitutional submission.

4. According to the analysis of the Western and national researches and legal positions of the Constitutional Court of Ukraine, it is important to conclude that the basic substantive and procedural components of the rule of law (constitutional legality, legal certainty, right to access to justice, respect for fundamental freedoms) are the basis for understanding the constitutionality criteria of public authorities' acts). It should also be noted that one of the components of the criterion of the respect for human rights is the principle of proportionality, which is fundamental in determining the limits of the realization of human rights. The content of this fundamental principle is manifested in a proportionate relation between the restriction of a specific human right and the means used by the state to limit it.

## REFERENCES

1. Humboldt V. fon O. About the limits of state activity. - Chelyabinsk: Socium, 2009. - 287 p .; Bastia F. Protectionism and Communism. - Chelyabinsk: Socium, 2011. - 441 p .; Mill, John Stewart On Freedom: An Essay / Trans. From English - K .: Publishing house of Solomiya Pavlychko, "Fundamentals", 2001. - 463 p .; Hayek F.A. Background Law, law and freedom: A modern understanding of the principles of justice and

- politics. - M .: IRISEN, 2006. - 644 p .; Friedman M. Capitalism and freedom. - K .: SPIRIT AND LETTER, 2010. - 320 p.
2. Nozik R. Anarchy, State and Utopia. - M .: IRISEN, 2008. - P. 49.
  3. Rand A. Capitalism: The Strange Ideal. - M .: Alpina Publishers, 2011. - P. 409-418.
  4. Rechitskyi V.V. Freedom and the state / Kharkiv human rights group. - X.: Folio, 1998. - P. 106.
  5. Revel J.-F. Recovery of democracy / J.-F. Revel. - K .: Critique, 2004. - 592 p. - P. 44.
  6. Valades D. Constitutional problems of the rule of law. - M.: Idea-Press, 2009. - 168 p. - pp. 24-25.
  7. See Snyder T. Bloody Lands: Europe Between Hitler and Stalin: Monograph / Timothy Snyder. - K .: Grani-T, 2011. - 448 p.
  8. Seryogina S.G. Form of government: issues of constitutional law theory and practice: monograph / SG Seryogina. - H.: Law, 2011. - 768 p. - P. 169.
  9. Kelsen G. Judicial Guarantee of the Constitution (Constitutional Justice) // Law and Politics. 2006. № 8.
  10. Todyka Y.N. Basics of the constitutional system of Ukraine. - Kharkiv: Fact, 1999. - P. 67-68.
  11. See Judgment of the Constitutional Court of Ukraine of April 26, 2018 No. 4-r / 2018 in the case of the constitutional submission of the 57 People's Deputies of Ukraine regarding the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the Law of Ukraine "On All-Ukrainian Referendum".
  12. Dicey A.V. Fundamentals of State Law of England. Introduction to the study of English constitutions. - P. 212-231.
  13. Leoni B. Freedom and the law. - M .: IRISEN, 2008. - 308 p.
  14. Tamanaga B. Rule of Law: History, Politics, Theory. -p. 106-107.

15. Fuller Lon L. *Morality of Law* / Lon L. Fuller; trans. with English. T. Danilova, ed. A. Kuryaev. - M.: IRISEN, 2007. - P. 53.
16. *The Rule of Law in the Real World* by Paul Gauder / [trans. from English. D. Vovk, V. Goncharov, K. Gorobets, Y. Razmetayeva, O. Storozhenko, O. Uvarova, O. Shumilo; D. Luchenko's project; ed. D. Vovk]. - Kharkiv: Law, 2018. - P. 33.
17. Pogrebnyak S.V. *Fundamental principles of law (substantive characteristics): Monograph*. - H.: Law, 2008. - P. 148-178.
18. *Rule of Law. Report No. 512/2009, approved by the Venice Commission at the 86th plenary session, March 25-26, 2011 // Law of Ukraine*. - 2011. - № 10. - P. 168-184.
19. Höffe O. *Politics, Law, Justice* / Transl. by him Moscow: Gnosis Publishing House, 1994, pp. 97-98.
20. *Attitudes of Ukrainian citizens to the judicial system* Electronic resource access mode: <http://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/stavlennia-gromadian-ukrainy-do-sudovoi-systemy>
21. *Judgment of the Constitutional Court of Ukraine of November 2, 2004 No. 15-rp / 2004 (the case on the imposition of a lesser sentence by the court)*.
22. *Judgment of the Constitutional Court of Ukraine of 20 June 2019 No. 6-p / 2019*.
23. Allan T. P.C. *Constitutional justice. The liberal theory of the rule of law*. - K.: Kyiv-Mohyla Academy, 2008. - P. 14-15.
24. Pogrebnyak S.P. *Basic principles of law (substantive characteristics): Monograph*. - X: Right. - P. 204.
25. Alexi R. *Balance, Constitutional Control and Representation // Comparative Constitutional Review*. - 2006. №2. - P. 113; Maximov S.I. *Robert Alexi Constitutional Rights and Constitutional Control // Philosophy of Law and General Theory of Law № 1–2 / 2015*.
26. *Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the 56 people's deputies of Ukraine on the*



conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the provisions of the second part of the first article of Article 39 of the Law of Ukraine "On Higher Education" July 2004 No. 14 & rp / 2004; Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional complaint of the open joint-stock company Kirovohradoblenergo on the official interpretation of the provisions of part eight of Article 5 of the Law of Ukraine "On restoration of solvency of a debtor or bankruptcy" (case of creditors of enterprises of communal ownership) of 20 June 2005 5 & pp / 2007; Decisions of June 2, 2016 # 2-rp (case on judicial control over the hospitalization of incapacitated persons in a psychiatric institution) and others.

27. The Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional submissions of 49 People's Deputies of Ukraine, 53 People's Deputies of Ukraine and 56 People's Deputies of Ukraine regarding the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with paragraph 4 of Section VII "Final Provisions" of the Law of Ukraine "On the State Budget of Ukraine for 2011" December 26, 2011 # 20-RP / 2011
28. Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the Board of the Pension Fund of Ukraine on the official interpretation of the provisions of Article 1, first, second, third Article 95, second part of Article 96, paragraphs 2, 3, 6 of Article 116, second part of Article 124, first part Article 129 of the Constitution of Ukraine, paragraph 5 of Part 1 of Article 4 of the Budget Code of Ukraine, paragraph 2 of Part 1 of Article 9 of the Code of Administrative Judiciary of Ukraine in systematic connection with certain provisions of the Constitution of Ukraine of January 25, 2012 No. 3-rp / 2012.
29. Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the Commissioner for Human Rights on the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the

eighth paragraph of part 5 of the first article of Article 11 of the Law of Ukraine "On Police" of June 29, 2010 No. 17-rp / 2010.

30. Decision of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of 49 People's Deputies of Ukraine on the conformity of the Constitution (Ukraine) of paragraph 7 of Part Two of Article 42 of the Law of Ukraine "On Higher Education" of December 20, 2017 No. 2-r / 2017.

*Olga Anatolijivna Yavor*

*Doctor of Law,*

*Professor of the Civil Law Department No. 2,*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

**Restrictions imposed by the Law of Ukraine «On prevention of corruption»  
on persons that cease activity linked with government function or municipal  
administration**

**Обмеження, встановлені Законом України «Про запобігання корупції»  
щодо осіб, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій  
держави або місцевого самоврядування**

The Law of Ukraine «On prevention of corruption» (№ 1700) defines *corruption* as exercising by a person granted with authority or position of power their possibilities to acquire illicit benefit or to accept such benefit or the proposition of such benefit destined for this person or other persons, and also promise/proposal or offering of illicit benefit to such person as well as on request - to other persons or legal entities in order to persuade this person to abuse their power and authority [1]. The Law of Ukraine «On Foundations for prevention and counteraction of corruption» sets a row of fundamentally innovative anti-corruption measures. In particular, definite personal restrictions may be imposed, such as the restrictions for persons that were dismissed from official duties or ceased activity linked to government function or municipal administration.

It should be noted that imposing this restriction may be viewed as a universal international anti-corruption standart. As Article 12 of the *UN Convention against* names amongst the anti-corruption instruments in the private sector such a measure as preventing conflicts of interest by imposing restrictions, as appropriate and for a reasonable period of time, on the professional activities of former public officials by the private sector after their resignation or retirement, where such activities or

employment relate directly to the functions held or supervised by those public officials during their tenure [2]. The necessity to introduce this restriction precipitates from Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe № R (2000) 10 concerning guidelines for public officials. By its nature the prevention mechanism mentioned above is set to minimize the risks of creating a conflict of interest when transferring a public official to a new job that is not connected with government function [3].

Article 10 of the Law of Ukraine «On Foundations for prevention and counteraction of corruption» provides three kinds of such restrictions that have similar characteristics. First, unlike all others, such restrictions apply not to officials, but to persons that are dismissed from public duty. Another peculiarity worth mentioning is a defined time span for such restrictions, that is one year since official duties are terminated. Such a relatively short time span is optimal because excessive restrictions for persons that are dismissed from government and municipal bodies must not be imposed. On the other hand such time is enough to eliminate or considerably weaken the person's possibilities to unscrupulously use their previous official position.

*First kind* of restrictions set by Article 10 of the law prevents the person that leaves the official service from accepting working agreements (contracts) or deals in business sector with enterprises, institutions and organizations of any form if within one year before ceasing the activity linked with government function or municipal administration this person had control and supervision powers or prepared and approved formal decisions about these enterprises, institutions and organizations.

This restriction set by law aims to prevent the cases when persons of power are preparing in advance to take positions in some enterprises and organizations that they supervise or otherwise influence. Also, this restriction will keep officials unbiased while performing their duties.

*Next kind* of restrictions imposed on persons that cease activity linked with government function or municipal administration prevents such persons from divulging information that they obtained while performing official duties or otherwise using it to their benefit, with exceptions set by law.

The restriction mentioned above will eliminate possible unscrupulous usage of data obtained while the person was performing official duties for personal gain. After all, it happens too often that an official gathers information while performing official functions and afterwards may choose to use it for the benefit of future employment or for the sake of achieving some personal practical gain.

*Another restriction* set by Article 10 prohibits persons that leave public service to represent the interests of any person in any case (including court trials), when the opponent is the government body (bodies) they worked for.

This restriction will prevent the former public official from using connections while performing representational activity. This rule may be applied to lawyers, that tend to represent the interests of persons and entities after leaving public service or quitting a job in law enforcement and supervisory legal structures and turn to the career in advocacy.

International experience points to many diverse approaches to the prevention of the conflict of interests for former government officials. As a rule, in the majority of states there are laws imposing similar restrictions set in the Ukrainian legislature for persons leaving the public service. But of course each state has some peculiar restrictions.

For example, in such states as Japan, the Netherlands, Turkey and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland similar restrictions last for two years, and in Norway - six months. In Canada such restrictions apply for one year for officials and two years for the ministers, and furthermore there is a restriction for principal public officers and ministry officials that limits their lobbying activity for five years after termination of their public authority. In France there are committees

for ethics that consult government workers on their possible activity in the public sector. In addition, French legislation prohibits a government official for five years after leaving service to be involved financially in any private enterprise that had contact with the government agency the official worked for [4].

*And one more* characteristic trait of the Ukrainian model of restrictions for persons that leave the public service is that there is no separately defined liability for their violation.

Thus, if someone violates the restriction for working agreements and deals in the business sector it may result in recognition of such an agreement or deal *as not legally valid*.

Concerning the violation of the restriction *on representation* of interests of some person or legal entity, in this case there may be some procedural results (if it was a court trial) or again the recognition of the deals made with such representation as not legally valid (if it was a business deal matter).

Actually, only the persons of duty may be liable by administrative legislation for unlawful usage of the information obtained while performing official responsibilities (Article 172-8 of the Code of administrative offences of Ukraine) [5].

Of great interest today is the matter of *restrictions while performing public service and combining it with other means of activity or working part tim*.

As Article 25 of the Law №1700 states, the persons that are entrusted with performing the government function or municipal administration are prohibited:

1) to hold other paid position (except scolastic, scientific or creative activity, medical practice, instructor or referee jobs in sport) or entrepreneurship if the opposite is not defined by Constitution or the laws of Ukraine.

2) be a member of the board of directors, other executive or control body, supervisory council of a business entity or an organization that has a purpose of obtaining financial gain (except the cases when such officials administer stock and

shares that belong to the state or municipality and represent the interests of state or municipality in the council (supervisory council), revision committee of a legal entity) if not stated otherwise by Constitution or laws of Ukraine.

Combination and part time must be separately defined because these are different matters. Part 2 of Article 21 of the Code of Labour of Ukraine recognizes an employee's right to exercise the ability for productive and creative labour by working agreements with one or several entities, institutions and organizations, if not otherwise stated by legislature, collective agreement or deal [6]. This limitation also *doesn't apply to* scholastic, scientific or creative work, medical practice, instructor and referee jobs in sport. Nowadays special legislation makes it possible to make these statements more concrete. Liability for the violation of counter-corruption law restrictions is defined by Article 172-4 of Code of Administrative Offences of Ukraine.

Also, in cases when Constitution or laws of Ukraine impose additional or special restrictions for some positions of combination or part time, adherence to them is provided by special procedures. But it should be noted that these restrictions don't apply to deputies of municipality (except those that exercise their authority in the council on general basis), members of the Supreme Council of Justice (except those who work there on general basis), people's judges and arbiters.

In order to eradicate corruption not only the effort of special law enforcement agencies is needed, but the joined power of all government officials, the general public, the media and any separate citizen. With their help intolerance for corruption must be bred in all people, and they must realize that the government is able and will punish any public officials for their offences.

From all discussed above we should draw a conclusion that in the Ukrainian way the adherence to the restrictions imposed on persons that cease the activity of government function and municipal administration must be provided by a high level

of virtue of such persons. In its turn, the provision for fair conduct of public officials is one of the key aims of current state anti-corruption policy.

### Reference:

1. Закон України «Про запобігання корупції» [Law of Ukraine On prevention of corruption] (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 49, ст.2056) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>
2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції [United Nations Convention against corruption] (укр/рос) (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2007, N49) [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16)
3. РЕКОМЕНДАЦІЯ № R (2000) 10 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи щодо кодексів поведінки державних службовців (прийнята Комітетом міністрів на 106 сесії 11 травня 2000 року) [Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe No. R (2000)10] [http://www.dridu.dp.ua/cpk/Lib/7\\_Zapobigannya%20ta%20protydiya%20proyava m%20korup/Legislation](http://www.dridu.dp.ua/cpk/Lib/7_Zapobigannya%20ta%20protydiya%20proyava m%20korup/Legislation)
4. О.Г. Сендецька. Антикоруційні обмеження щодо осіб, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування [Sendetska, O.G. Anti-corruption restrictions for persons that cease the activity linked with government function or municipal administration] <http://obljust.gov.ua/uploads/bulletin02.pdf>
5. Кодекс України про адміністративні правопорушення [Code of Ukraine on administrative offences] (Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР) 1984, додаток до № 51, ст.1122) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>
6. Кодекс законів про працю України [Code of Ukraine on Labour] {Затверджується Законом № 322-VIII від 10.12.71 ВВР, 1971, додаток до № 50, ст. 375} <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>



*Ольга Анатоліївна Явор,*  
*доктор юридичних наук,*  
*професор кафедри цивільного права № 2*  
*Національного юридичного університету*  
*імені Ярослава Мудрого*

**Обмеження, встановлені Законом України «Про запобігання корупції»  
щодо осіб, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій  
держави або місцевого самоврядування**

Законом України «Про запобігання корупції» (№ 1700) визначено, що **корупція** – це використання особою наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, а також відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди цій особі або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей [1]. Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» передбачено низку принципово нових інструментів запобігання корупційним проявам. Зокрема, йдеться про обмеження для певних категорій осіб, спрямовані на попередження корупції, одним з яких є обмеження щодо осіб, які звільнилися з посад або припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування.

Варто зазначити, що запровадження такого обмеження є загальновизнаним міжнародним антикорупційним стандартом. Так, статтею 12 *Конвенції ООН проти корупції* серед інструментів, спрямованих на запобігання корупції в приватному секторі, передбачено запобігання виникненню конфлікту інтересів шляхом встановлення обмежень, у належних випадках й на обґрунтований строк, стосовно професійної діяльності колишніх державних

посадових осіб у приватному секторі після їхнього виходу у відставку або на пенсію, якщо така діяльність або робота безпосередньо пов'язана з функціями, що такі державні посадові особи виконували в період їхнього перебування на посаді або за виконанням яких вони здійснювали нагляд[2]. Необхідність впровадження подібного обмеження впливає із Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R (2000) 10 щодо кодексів поведінки публічних посадових осіб. За своєю природою згаданий превентивний механізм має на меті мінімізувати ризики виникнення конфлікту інтересів при переході службовця на іншу, не пов'язану з виконанням функцій держави роботу [3].

Стаття 10 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» передбачає три види таких обмежень, для яких притаманні певні спільні ознаки. Перш за все, на відміну від усіх інших, вказані обмеження стосуються не службовців, а осіб, які припинили перебування на публічній службі. Ще однією особливістю, на яку слід звернути увагу, є визначений строк дії таких обмежень, а саме *один рік* з моменту припинення служби. Такий відносно нетривалий строк є найбільш оптимальним з огляду на неприпустимість встановлення надмірних обмежень для громадян, які звільнилися з державних органів чи органів місцевого самоврядування. З іншого боку такий строк є достатнім аби усунути або значно послабити можливість особи недобросовісно використовувати своє попереднє службове становище.

*Першим видом* передбачених статтею 10 Закону обмежень є заборона особам, які припинили службу, укладати трудові договори (контракти) або вчиняти правочини у сфері підприємницької діяльності з підприємствами, установами чи організаціями незалежно від форми власності, якщо такі особи протягом року до дня припинення виконання функцій держави або місцевого самоврядування здійснювали повноваження з контролю, нагляду або підготовки чи прийняття відповідних рішень щодо діяльності цих підприємств, установ чи організацій.

Наявність у Законі такого обмеження спрямова на запобігання випадкам, коли особа, перебуваючи на посаді, заздалегідь готує для себе робоче місце у підприємстві чи організації, які вона контролює чи іншим чином впливає на їх діяльність. Крім цього, дане обмеження запобігатиме необ'єктивності в діяльності службовців.

*Наступним видом обмежень, передбачених для осіб, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, є заборона розголошувати або використовувати в інший спосіб у своїх інтересах інформацію, яка стала їм відома у зв'язку з виконанням службових повноважень, крім випадків, установлених законом.*

Вказане обмеження запобігатиме недобросовісному використанню особою конкретної інформації, отриманої при виконанні службових обов'язків, в приватних інтересах. Адже не виключені випадки, коли перебуваючи на службі, особа отримує певну офіційну інформацію, яка в подальшому може бути використана нею на користь майбутнього роботодавця або в процесі безпосереднього здійснення тієї чи іншої приватної практики.

*Ще одне обмеження, встановлене статтею 10 Закону, полягає у забороні особам, які припинили службу, представляти інтереси будь-якої особи у справах (у тому числі в тих, що розглядаються в судах), в яких іншою стороною є орган (органи), в якому (яких) вони працювали.*

Зазначене обмеження сприятиме запобігання недобросовісному використанню колишнім службовцем своїх зв'язків при здійсненні ним представницької діяльності. Це правило, наприклад, є досить актуальним для юристів, серед яких поширеною є практика представництва інтересів громадян чи юридичних осіб після припинення державної служби чи роботи у правоохоронних та контролюючих структурах, в тому числі, в процесі здійснення адвокатської діяльності.

Міжнародний досвід свідчить про різноманіття підходів до попередження конфлікту інтересів у діяльності осіб, які припинили державну службу. Як правило, у більшості держав діють подібні до встановлених українським законодавством обмежень стосовно осіб, які припинили державну службу. Однак, в кожній державі встановлені ті чи інші особливості дії таких обмежень.

До прикладу, у таких державах, як Японія, Нідерланди, Туреччина та Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії подібні обмеження діють упродовж *двох років*, в той час як у Норвегії – протягом *шести місяців*. В Канаді такі обмеження діють упродовж *одного року* для службовців та протягом двох років для міністрів, при цьому для вищих посадових осіб та працівників міністерств встановлено обмеження на здійснення лобістської діяльності упродовж п'яти років з дня припинення служби. У Франції функціонують комітети з етики, які надають консультації державним службовцям щодо сумісності із подальшою діяльністю у приватному секторі. Крім цього французьке законодавство забороняє службовцю протягом *п'яти років* після припинення служби брати фінансову участь в діяльності приватних підприємств, які мали контакти з органом, в якому працювала особа [4].

*Ще однією* характерною особливістю української моделі обмежень для осіб, які припинили публічну службу, є відсутність окремо встановленої відповідальності за їх порушення.

Таким чином, порушення обмеження на укладання трудових угод та правочинів у сфері підприємницької діяльності може тягнути за собою правові наслідки у виді визнання відповідної угоди чи *правочину недійсним*.

Що стосується порушення обмеження *щодо представництва* інтересів тієї чи іншої фізичної юридичної особи, то у даному випадку може йти мова про певні процесуальні наслідки (якщо мало місце представництво інтересів у

суді) або знову ж таки про недійсність досягнутих під час такого представництва домовленостей (наприклад, у випадку представництва інтересів у комерційних операціях тощо).

Власне, суб'єктами адміністративної відповідальності за незаконне використання інформації, що стала відома у зв'язку з виконанням службових повноважень, є лише особи, які перебувають на службі (стаття 172-8 Кодексу України про адміністративні правопорушення) [5].

*Дуже актуальним на сьогодні є також питання обмеження під час перебування на державній службі сумісництва та суміщення її з іншими видами діяльності.*

Зокрема, ст.25 Закону №1700 особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, забороняється:

1) займатися іншою оплачуваною (крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту) або підприємницькою діяльністю якщо інше не передбачено Конституцією або законами України.

2) входити до складу правління, інших виконавчих чи контрольних органів, наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особи здійснюють функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, та представляють інтереси держави чи територіальної громади в раді (спостережній раді), ревізійній комісії господарської організації), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України.

Суміщення слід відрізнити від сумісництва, оскільки це різні поняття. Відповідно до частини 2 статті 21 Кодексу законів про працю України встановлено, що працівник має право реалізувати свої здібності до продуктивної і творчої праці шляхом укладення трудового договору на одному або на декількох підприємствах, установах, організаціях якщо інше не

передбачено законодавством, колективним договором чи угодою[6]. Така заборона також *не поширюється* на викладацьку, наукову і творчу діяльність, медичну практику, інструкторську та суддівську спортивну практику. На сьогодні спеціальне законодавство дає можливість достатньо конкретизувати зазначені положення. Відповідальність за порушення встановлених антикорупційним законом обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності передбачена статтею 172-4 КУпАП.

Крім того, у разі якщо Конституцією і законами України для окремих посад встановлено інші або додаткові спеціальні обмеження щодо сумісництва та суміщення, то їх додержання забезпечується за спеціальними процедурами. Водночас слід зазначити, що ці обмеження не застосовуються до депутатів місцевих рад (крім тих, які здійснюють у раді свої повноваження на постійній основі), членів Вищої ради юстиції (крім тих, які працюють там на постійній основі), народних засідателів і присяжних.

Для того щоб подолати корупцію, необхідні зусилля не лише правоохоронних органів, які ведуть боротьбу з цим явищем, а й спільні дії всіх державних службовців, громадськості, ЗМІ, окремих громадян. З їх допомогою необхідно виховувати непримиренність населення до корупції, переконати людей у спроможності держави покарати чиновника за вчинені правопорушення.

З наведеного можна дійти висновку, що в українському варіанті додержання обмежень для осіб, які звільнилися з посад або припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування, має бути забезпечене високим рівнем доброчесності таких осіб. В свою чергу, забезпечення доброчесної поведінки публічних службовців є одним із завдань сучасної державної антикорупційної політики.

## Література:

1. Закон України «Про запобігання корупції» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 49, ст.2056) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>
2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (укр/рос) (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2007, N49) [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16)
3. РЕКОМЕНДАЦІЯ № R (2000) 10 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи щодо кодексів поведінки державних службовців (прийнята Комітетом міністрів на 106 сесії 11 травня 2000 року) [http://www.dridu.dp.ua/cpk/Lib/7\\_Zapobigannya%20ta%20protydiya%20proyava m%20korup/Legislation](http://www.dridu.dp.ua/cpk/Lib/7_Zapobigannya%20ta%20protydiya%20proyava m%20korup/Legislation)
4. О.Г. Сендецька Антикоруційні обмеження щодо осіб, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування <http://obljust.gov.ua/uploads/bulletin02.pdf>
5. Кодекс України про адміністративні правопорушення (Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР) 1984, додаток до № 51, ст.1122) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>
6. Кодекс законів про працю України {Затверджується Законом № 322-VIII від 10.12.71 ВВР, 1971, додаток до № 50, ст. 375} <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>