

Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V. (DUJV)

Німецько-Українське Об'єднання Юристів



D U J V – Н У О Ю

**Tagungsband der Konferenz der Deutsch-Ukrainischen
Juristenvereinigung e.V.**

«Das Rechtssystem der Ukraine und der EU-Beitritt»

2. Dezember 2022

Köln

Rainer Birke (Hrsg.)

Schriften zum deutschen und ukrainischen Recht – 5

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 5

Том 5

Rainer Birke (Hrsg.)

Райнер Бірке (укладач)

Tagungsband der internationalen Konferenz 2022

«Das Rechtssystem der Ukraine und der EU-Beitritt»

Збірник матеріалів

Міжнародної конференції

«Правова система України та вступ до ЄС»

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

© 2022 Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V.

Schauenburgerstr. 59, 20095 Hamburg

<https://www.dujv.de>

ISBN-13 [978-3-947875-04-7]

Online veröffentlicht auf dem Server der DUJV e.V.

Опубліковано на онлайн-сервері НУОЮ

Vorwort

Unsere Konferenz in Köln am 2. Dezember 2022 stand unter dem Motto des Beitrittsprozesses der Ukraine zur EU. Sie stellte den Versuch dar, einen Blick in die Zukunft zu werfen. Nach dem Kriegsbeginn und angesichts der immensen Zahl der zu beklagenden unschuldigen Opfer auf Seiten der Ukraine ist die Anerkennung des Status eines EU-Beitrittskandidaten ein bedeutender Silberstreif am Horizont, welcher bei der Planung der Zeit nach dem Krieg zugleich wichtige Orientierung gibt.

Gegenstand des vorliegenden Bandes Nr. 5 der Schriftenreihe der DUJV sind demzufolge die vielfältigen, erneut anstehenden Rechtsreformen in der Ukraine und deren europarechtlicher Rahmen.

Ganz herzlich danken wir allen Referenten, (Mit-)Organisatoren und Teilnehmern für ihre Unterstützung der deutsch-ukrainischen rechtlichen Zusammenarbeit, die durch den Beitrittsprozess noch erheblich mehr Bedeutung gewinnen wird. Die EU kann hierbei einen starken Mitgliedstaat gewinnen, der eine beachtliche wirtschaftliche, kulturelle und – wie nun sichtbar wird – auch militärische Kraft einbringen wird. Das Rechtssystem der Ukraine wird durch den Beitritt eine neue Prägung erhalten. Möge es den Ukrainern und allen beteiligten Partnern gelingen, die Beiträge dieses Landes in ihrer Wesentlichkeit für die EU ganz zur Geltung zu bringen.

Hamburg/Düsseldorf, im Dezember 2022

Rainer Birke

Передмова

Наша конференція, котра відбулася 2 грудня 2022 року у м. Кельн, була присвячена процесу вступу України до ЄС. Це була спроба дещо зазирнути у майбутнє. Після початку війни та з огляду на величезну кількість невинних жертв, які щоденно доводиться оплакувати українському народу, надання статусу кандидата на вступ до ЄС є певним променем на горизонті, який водночас і дає важливий орієнтир для побудови повоєнних планів.

Тому темою даного Тому № 5 серії публікацій НУОЮ є різноманітні правові реформи в Україні та їх європейські правові рамки, що чекають на своє втілення.

Ми хотіли б висловити щире подяку всім нашим доповідачам, (спів)організаторам та учасникам за їхню підтримку німецько-українського правового співробітництва, яке набуде ще більш важливого значення під час вступу до ЄС. У цьому процесі ЄС може отримати сильну державу-члена, який привнесе значну економічну, культурну та - як зараз стає очевидним - також і військову силу. Правова ж система України набуде нового характеру в результаті вступу до ЄС. Бажаю українцям та всім залученим партнерам успіху в отриманні максимальної віддачі від вагомого внеску цієї унікальної країни в ЄС.

Гамбург/Дюссельдорф, грудень 2022 року

Райнер Бірке

Inhalt – Зміст

Shcherbanyuk, Oksana

Constitutional Democracy in the Conditions of War and the Establishment of a New Judicial Constitutionalism in the Conditions of the Integration of Ukraine into the EU.....9

Фурса, Світлана Ярославівна / Фурса, Євген Іванович

Системні кроки української правової системи щодо вступу України до ЄС.....32

Савчин, Михайло

Європейська конституційна ідентичність і трансформація правової системи України у період війни.....42

Зелена, Інга

Україна на шляху до статусу держави-кандидата до ЄС та умови отримання бажаного: про успіхи і перспективи.....50

Slinko, Tatyana

Adaptation of Ukrainian Media Legislation to European Standards.....58

Moskvyuch, Lidiia

Unabhängigkeit des Richters als europäischer Wert.....70

Vilchuk, Tetiana

Actum de Quota Litis: Ways of Implementation in the Legislation of Ukraine.....75

Шандула, Олександр Олексійович

Актуальні проблеми безоплатної правової допомоги в Україні.....84

Birke, Rainer

Das EU-weite Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bei der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen und der EU-Haftbefehl.....91

**CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN THE CONDITIONS OF
WAR AND THE ESTABLISHMENT OF A NEW JUDICIAL
CONSTITUTIONALISM IN THE CONDITIONS OF THE INTEGRATION
OF UKRAINE INTO THE EU**

Shcherbanyuk O.V.

Head of the Department of Procedural Law of the Chernivtsi National
University

Yuriy Fedkovich University,

Doctor of Law, Professor,

Professor of the Law Faculty of Vilnius University

1. Adaptation of the constitutional legislation of Ukraine to EU law.

Adaptation of Ukrainian legislation to EU legislation is the process of bringing the laws of Ukraine and other regulatory legal acts into compliance with the *acquis communautaire*. However, the adaptation of the legislation is not only the improvement of the existing legislation, but also the development of projects of regulatory legal acts taking into account the *acquis communautaire*. The *acquis communautaire* is the legal system of the European Union, which includes, but is not limited to, legislation adopted under the three pillars of the EU². The three pillars of the EU include the European Community, Common Foreign and Security Policy, and Cooperation in Justice and Home Affairs.

The concept of *acquis communautaire* was legislated for the first time in the National Program for the Adaptation of the Legislation of Ukraine to the Legislation

of the European Union, adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine in March of last year. However, the concept of adaptation of Ukrainian legislation to EU legislation is the most widespread in the normative legal acts of Ukraine. In order to ensure the adaptation of Ukrainian legislation to EU legislation, it was necessary to create an appropriate institutional mechanism.

The creation of such an institutional mechanism was actually started after the entry into force of the Partnership and Cooperation Agreement between Ukraine and the EU (UPC), Article 51 of which stipulates Ukraine's obligation to gradually bring national legislation into line with Community legislation in certain areas.

On June 17, 2022, the Commission presented its opinion on Ukraine's application for EU membership and recommended the Council to grant this country candidate status, recognizing that the following steps should be taken in a number of areas. On June 23, 2022, the EU granted candidate status to Ukraine and Moldova. Ukraine received the status of a candidate country for joining the EU in accordance with Article 49 of the Treaty on the European Union, which states that all European countries that meet the criteria can become members. The European Commission emphasized that the so-called EU accession negotiations are de facto not negotiations, but a process of adaptation of the candidate country to European rules, in which each step to the next stage requires the consent of all member states.

Implementation of the seven recommendations that Ukraine received along with the candidate status does not mean the automatic start of negotiations - Ukraine will need to work on building a consensus within the EU to start negotiations.

The process of negotiations is called negotiations, but it is actually the process of introducing European norms, rules, directives and regulations in Ukraine, their transfer into the system of Ukrainian legislation. Each further step in this process, in the process of EU enlargement, requires the unanimous consent of all member states. And there are many such steps in this process. On June 23, the European Council

published seven recommendations on various areas of reform, on which Ukraine should carry out further work. The European Commission presented seven recommendations for the implementation of the necessary reforms. In particular, among these recommendations are the acceleration of the selection of judges of the Constitutional Court, the continuation of the implementation of the reform of the justice system, the fight against corruption and money laundering, the demonstration of the tangible results of the implementation of the law on deoligarchization, the harmonization of audiovisual legislation with the European one, the adoption and implementation of the Law on National Minorities.

Having signed the association agreement and seeking to pave the way for membership in the European Union, Ukraine has begun the process of adapting legislation to EU law, including constitutional legislation.

At the same time, it is worth noting that at the end of the 80s, the countries of Central and Eastern Europe voluntarily initiated programs to adapt their political, economic and legal systems to the European community. It was a unilateral initiative, without any legal obligations under international law. Even before the Association Agreements, Hungary and Slovenia introduced procedures for examining the draft law for its compliance with EU legislation. Therefore, the questions arise, which methods can be used for the effective implementation of adaptation and how the sources of European Union law can influence the choice of adaptation method?

The Verkhovna Rada of Ukraine and the Cabinet of Ministers of Ukraine have determined a list of priority bills in the fields of European and Euro-Atlantic integration for 2022 and a list of EU legal acts that must be implemented in accordance with the Action Plan for the Implementation of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European by the Atomic Energy Community and their member states, on the other hand, bills that are under consideration in the committees of the Verkhovna Rada of

Ukraine and need to be checked for compliance with the EU acquis, in particular, we are talking about European integration bills that coincide with the list of bills in the fields of European and Euro-Atlantic integration for 2022, which are defined by the Government as priority. Issues in the field of constitutional regulation include:

Draft Media Law - Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council on audiovisual media services of March 10, 2010, as amended by Directive (EU) 2018/1808 of November 14, 2018;

Draft Law of Ukraine on Amendments to the Law of Ukraine "On Immigration" - to comply with Article 16 "Cooperation in the field of migration, asylum and border management" of Chapter III "Justice, Freedom and Security of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, on the other hand;

The Draft Law on Amendments to the Law of Ukraine "On the Security Service of Ukraine" regarding the improvement of the organizational and legal basis of the Security Service of Ukraine's activities - to comply with the Association Agreement Chapter III "Justice, Freedom, Security" strengthening political and security convergence and efficiency; the effectiveness of democratic institutions, the rule of law and respect for human rights and fundamental freedoms, etc. (Articles 4, 6, 7; 14, 22, 23);

Draft Law on Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine in Connection with the Ratification of the Convention on Choice of Court Agreements - to comply with the Convention on Choice of Court Agreements dated June 30, 2005, Article 14 "Rule of Law and Respect for Human Rights and Fundamental Freedoms" of the Agreement on association between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, on the other hand;

The draft Law of Ukraine "On the procedure for resolving issues of the administrative and territorial system of Ukraine" - the subject of legal regulation of the draft act is covered by the Regulation of the European Parliament and the Council (EC) No. 1059/2003 of May 26, 2003 on establishing a common classification of territorial units for statistics (NUTS);

The draft Law of Ukraine "On child-friendly justice" is covered by Article 14 of Chapter III "Justice, Freedom, Security" of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, with the other side

However, the issue of the competitive selection of judges of the Constitutional Court of Ukraine remains a key issue, as this is a requirement of trust and to the Constitutional Court of Ukraine and the depoliticization of its activity as a body that ensures the supremacy of the Constitution of Ukraine.

2. Constitutional supremacy.

Inaugurating the period of the history of constitutionalism called "Modern Constitutionalism", he a priori confirmed his first sub-phase of "liberal constitutionalism", the supremacy of parliament, and therefore a certain predominance of legislative power. After this period, after the end of the First World War, the executive power grew so much, given the circumstances of the historical context of the interwar period, that this subphase passed into the history of constitutionalism under the name "Social Constitutionalism or between the wars". After the Second World War and the restoration of democratic principles, another constitutional movement began, which was called "Modern Constitutionalism" or "Theoretical-Descriptive Neoconstitutionalism". According to which the supremacy of the parliament gave way to the principle of the supremacy of the constitution, in the reconstruction of law, combining the experience of the past with the experience of the present, with the theoretical support of famous German or Austrian publicists,

including Hans Kelsen. In this context, the judiciary gained special relevance, mainly because it was responsible for the interpretation and protection of constitutional norms, which in a new movement began to structure the entire legal and political life of the state, introducing what is conventionally called the "State Constitution of Democratic Law". From this new type of state, which replaced the welfare state (which in turn replaced the liberal state), emerges recent phenomena that academia and lawyers are still working to trace more precisely.

This is that in the context when the Constitution, located at the top of the legal pyramid, becomes the basis for the validity of other norms of the legal system, being the "law of laws", the main law of the state, the juridical-political status of a politically organized nation, the concept of constitutional supremacy would be inevitable. And it was, in fact, a doctrinal construct; the lawyers shouted, reworked their thoughts, abandoning their exegetical, codicist, positivist hermeneutic principles in order to embrace the post-positivist trend and advocate a new constitutional hermeneutics, giving the constitution the role of the protagonist on the stage of the legal system.

The idea of the supremacy of the Constitution is a recent phenomenon in legal science, which originates in the second half of the 20th century. Previously, there were no institutional means of imposing the constitutional right on the will of the parliament. Thus, the supremacy of the Constitution was established only after the Second World War, replacing the notion of the supremacy of the Parliament, which, according to Gilmar Mendes, cannot be reconciled with the idea of the supremacy of the Constitution, which certainly helps to explain the lack of interest of revolutionaries in Europe in instruments designed to protect the integrity constitutional order. There were no institutional safeguards of the Constitution capable of monitoring effective compliance with the principles. The protection of the Constitution was ultimately turned over, with a few words of rhetorical pomposity, to the people themselves. The lack of legal force of the Constitution was

explained by the reassessment of the supremacy of the law and the parliament. Such a concept of the unquestionable supremacy of the Parliament undermines the effective value of the Constitution, which in this context is not protected from legislative power. The supremacy of the parliament made judicial control of laws unthinkable.

Emergency legal regimes and ensuring constitutional order. For quite a long time, the domestic doctrine of constitutional law treated the issue of ensuring the constitutional order with the help of military means coolly. Recently, there has been frankly little research on these issues. Despite the transformation of power and public administration according to the lace-centric principle, these issues were not seriously addressed. Although the idea of protecting the constitution is at the heart of the concept of organic constitutionalism, and in it the question of forceful, extraordinary legal means of the constitution has always been prominent, if only for reasons of civilian control over the police, army and special services. Therefore, according to Vsevolod Rechytsky, organic constitutionalism consists in subordination not to a common concrete goal, but to abstract rules that are fundamentally the same for everyone, which provides the widest possible space for creative initiative, individual strategies and practices, that is, it is the establishment of a "universal grammar of political and economically free, autonomous individual".

To overcome the acute political crisis during the Orange Revolution, at the request of the political forces of Viktor Yanukovich and Leonid Kuchma, on December 8, 2004, the Verkhovna Rada adopted (403 votes "for"...) with amendments the Law based on the project of Simonenko Medvedchuk (!!!) on changes to the Constitution (on political reform), which provided for the transition from a presidential-parliamentary to a parliamentary-presidential form of government, the formation of a government by a coalition of parliamentary factions, and the extension of the term of office of the Verkhovna Rada to 5 years.

Since the introduction of these amendments, according to the current Constitution, without a majority loyal to the president in the parliament in Ukraine, the government has been paralyzed. If the president suddenly gets an absolute majority in the parliament, his power, with the weak institutionalization of the opposition and the dependence of the judicial branch of power, is practically unlimited and automatically becomes authoritarian.

The institutes of martial law and state of emergency are considered as the main tools for ensuring the constitutional order. Such institutions provide for some restrictions on human rights and fundamental freedoms, although they should not: a) extend to the basic rights of citizens; b) are limited in scope and time of action; c) are applied only on the basis of the relevant law. Hungarian constitutionalist Ondras Shayo emphasizes that "restrictions of rights introduced under the banner of protecting order can undermine the constitutional system with the same success as its opponents."

Special legal regimes aimed at protecting the constitution include: 1) martial law; 2) a state of emergency, 3) a state of economic necessity and 4) hybrid regimes (heightened readiness, emergency situation, military-civilian administration regime). Different types of mixed regimes for ensuring the supremacy of the constitution became relevant in Ukraine after the military aggression of the Russian Federation, which annexed Crimea and, through its own state agents, occupied certain areas of the Donetsk and Luhansk regions.

If we talk about the protection of the constitution with the help of extraordinary means, then the executive model, the parliamentary model, and the derogation model should be distinguished. The executive model assumes the burden of responsibility of the executive power for the introduction of emergency measures, and in the case of dominance in this process by the parliament, the parliamentary model takes place, if the decision-making process is carried out under judicial control, it is the judicial model. At the same time, the introduction of extraordinary

legal regimes must take place in a fairly short period of time, since the grounds for its introduction may constitute an irreversible and direct threat to the viability of the nation. Therefore, in most countries, they tend mainly to the executive, and somewhat less often to the parliamentary model of ensuring the constitutional order within the framework of extraordinary regimes for its protection. It should be noted that Ukraine has a parliamentary model of introducing emergency measures to protect the Constitution.

According to Kes Sunstein, an important component of the supremacy of the constitution is ensuring the legitimacy of the activities of constitutional courts. As Katarina Sobota rightly writes: "Law-guaranteed judicial protection against injustice on the part of the state means nothing more and nothing less than the fact that the state must recognize its own legal wrongdoing."

3. Activities of the Constitutional Court of Ukraine in wartime conditions

The issues submitted to the Constitutional Court of Ukraine are at the highest level: where law and politics meet. These are problems related to the organization and functioning of state authorities or the standards production system; or even to decide on what is called a "social choice" of enormous importance to individuals. In addition, the decisions of the constitutional courts often call into question the acts of the highest authorities of the state, in particular the laws of the parliament, which are considered to be the expression of the general will.

The Constitutional Court of Ukraine did not stop exercising its constitutional functions under the conditions of martial law. The court is holding meetings and a number of decisions have already been made, in particular, regarding the enhanced protection of military personnel, regarding the exercise of the right to judicial protection, the presumption of innocence, and the individualization of legal

responsibility. He cited statistical data on the acts adopted by the Court during this period, the total number of which is 204 acts.

And today, the body of constitutional jurisdiction is an element of the system of checks and balances, the appropriate balance between the branches of government, and regulates that they remain in the legal field. It is for this that the Court is given constitutional powers, and it can recognize laws of parliament and presidential decrees as inconsistent with the provisions of the Basic Law.

Employees of the Court Secretariat, due to objective reasons, ensure the fulfillment of assigned tasks remotely or in the administrative building of the Court. In particular, they continue to prepare materials for holding Court sessions, receive and process constitutional complaints, requests for public information and appeals received by the Constitutional Court of Ukraine, etc.

Since the beginning of the year, the Court has received 71 constitutional complaints. According to the results of their preliminary inspection, 34 constitutional complaints were distributed to judge-rapporteurs. 36 complaints that did not meet the requirements of the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine" were returned to the subjects of the right to constitutional complaints, one constitutional complaint is being processed at the Court's Secretariat.

Over the past few years, the Constitutional Court of Ukraine (KSU, the Court) has been diligently destroying its reputation and authority. "Merits" in this direction include, for example, the looting of some important assets of the anti-corruption reform, which caused the constitutional crisis of 2020, the inhibition of judicial reform, in particular the launch of mechanisms to clean the High Council of Justice and the Supreme Court of unscrupulous judges, constant resistance to the involvement of international experts as to the reform of the Court itself, as well as other bodies responsible for judicial appointments, independence and discipline.

That is why, in order to further serve the rule of law, the KSU must be significantly improved.

The Venice Commission has repeatedly expressed its comments and suggestions regarding justice reforms, in particular the functioning of the KSU (for example, in the conclusions CDL-AD(2016)034 dated 12.12.2016, CDL-PI(2020)019 dated 10.12.2020, CDL-AD(2021)006 dated 03/22/2021). The absolute majority of the recommendations of the commission in the specified conclusions were ignored by parliamentarians of Ukraine, but this time disregarding the instructions of the Venice Commission "For democracy through law" may cost too much, because one of the conditions of the European Commission is: "Adoption and implementation of legislation on the procedure for selecting judges of the Constitutional Court, including the appointment of judges of the Constitutional Court of Ukraine based on an assessment of their integrity and professional skills, as recommended by the Venice Commission."

Amendments to the Constitution of 2016 introduced a new principle of competitive selection of judges, which, however, still requires finalization. In the currently established procedure, behind the facade of the independent appointment of judges by three different entities, the absence of a real competition that would guarantee the integrity of the candidates is hidden. Thus, the congress of judges, the parliament and the president can, at their own discretion, set competitive procedures for their quotas of judges, involve or not involve independent commissions, even set different selection criteria, since the Constitution uses only vague concepts of the presence of "high moral qualities" and "recognized level of [legal] competence". Therefore, the risk of the influence of political motives has not disappeared, and the verification of the candidates' integrity may be hidden from society, which raises doubts about the appropriateness of the results of the competition in general.

In June 2022, the Supreme Court proposed a reform mechanism for the selection of judges of the Constitutional Court, which is required as part of the judicial reform from Ukraine as a candidate for EU membership.

According to V. Knyazev, it is about the requirement that candidates for the position of judge of the Constitutional Court undergo a preliminary integrity check before they are appointed to the position. He noted that today the Ethical Council has been created with the participation of Ukrainian judges and international anti-corruption experts, which is already functioning for the purpose of evaluating candidates for membership of the High Council of Justice.

"It was created on a democratic basis, it is already working, it has to check 60 candidates and it copes with it quickly. So checking 10 more candidates for the position of judge of the KSU will not be a big additional burden for her, especially since she is already financed, working, and all this can be done within a month or two," said the head of the Supreme Court.

At the same time, noted V. Knyazev, the congress of judges, which should, among other things, elect two judges of the KSU from the judicial community, was scheduled for mid-July this year. And since there is such a requirement that these candidates must be pre-screened for integrity, in his opinion, it will be necessary to postpone the date of the congress of judges, to quickly resolve at the legislative level the issues of screening candidates for the position of a judge of the KSU. "And in the future, the congress of judges will choose two judges of the Constitutional Court from among the list of honest candidates to fill these vacancies," said the head of the Supreme Court.

The European Commission's recommendation to grant Ukraine the status of a candidate for the EU was a kind of advance, for which we are expected to complete only seven steps. And the leading place among them is occupied by requirements designed to become the foundation for the reconstruction of an independent judicial

system in the state. In fact, the establishment of a clearly defined procedure for the selection of judges at the heart of the constitutional system of the state - the constitutional court - should not be a demand from above, but a self-evident step. Likewise, the end of the epic with judicial governance should be the instinct of a state with the rule of law, not a forced measure.

4. Complementarity of the Constitutional Court of Ukraine

Credibility in constitutional justice appears to suffer when one component is overrepresented or even exclusively represented. Furthermore, a constitutional jurisdiction consisting of "pure" lawyers, that is, those who had no other activity in the political or trade union spheres, would certainly not be fully accepted. Conversely, if "politics" were too dominant, there would also be a compositional dispute.

The constitutional experience of constitutional judges is different. In fact, only a practitioner with extensive experience as a judge, barrister, civil servant, professor or politician can be appointed. Most countries look for a combination of these five groups to bring different experiences of constitutional review.

The real sanction of the legitimacy of constitutional justice is given or provided by public opinion. It is she who, after all, sanctifies or rejects the institution regarding its jurisprudence and its activities in the state. The composition of the jurisdiction will be criticized if this case law is not satisfied. However, public opinion is certainly sensitive to the appointment of prominent figures to constitutional bodies, and the recent American example of the highly sensitive confirmation of Justice Thomas shows that attention should be paid to the reaction of public opinion.

In 2021, it was announced the start of a competition for the selection of candidates for the post of judge of the Constitutional Court of Ukraine for persons appointed by the President of Ukraine. The competitive commission for the selection

of candidates for the post of judge of the Constitutional Court of Ukraine for persons appointed by the President of Ukraine was established by the Decree of the President of Ukraine No. 167 of April 20, 2021, the personnel of which was approved by the Decree of the President of Ukraine No. 365 of August 17, 2021, in accordance with the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine" and its decision (Protocol No. 1 of August 20, 2021) announces the beginning of the competition for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine for persons appointed by the President of Ukraine.

The procedure and conditions for conducting a competition for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine are determined by the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine" and the Regulation on holding a competition for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine for persons appointed by the President of Ukraine, approved by the Decree of the President of Ukraine from August 17, 2021 No. 365.

The requirements for a judge of the Constitutional Court of Ukraine are determined by the Constitution of Ukraine and the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine".

Despite serious reservations about the legality and timing of the competition, expressed by individual members of the Competition Commission in separate opinions, the competition was announced on August 23, 2021. The conclusion of the Venice Commission, adopted back in 2020 at the request of President V. Zelensky after the constitutional crisis, states that the appointment of judges should take place only after competitive selection. This should stop the practice of political dependence of judges, which is the main source of problems in the KSU. The Venice Commission twice emphasized the need to introduce a competitive procedure, but already four judges of the Constitutional Court were appointed contrary to this recommendation: V. Kichun, O. Hryshchuk, O. Petryshyn and O. Sovgyria. If the

first two have already acquired powers, then O. Petryshyn will be sworn in in September, when the term of office of his predecessor O. Kasminin ends.

On July 28, 2022, the Verkhovna Rada of Ukraine appointed O. Sovgyra as a judge of the Constitutional Court, contrary to the Constitution of Ukraine, because the People's Deputy did not submit a parliamentary mandate before the election, which is a clear violation of Part 3 of Article 11 of the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine". According to the norm of this article: "A judge of the Constitutional Court must meet the criterion of political neutrality. A judge may not belong to political parties or professional unions, publicly show support for them, or participate in any political activity. In particular, a person may not be appointed a judge of the Constitutional Court who, on the day of appointment:

1) is a member or holds a position in a political party, other organization that has political goals or participates in political activities;

2) is elected to an elected position in a state authority or local self-government body, has a representative mandate;

3) participates in the organization or financing of political campaigning or other political activities.

A judge of the Constitutional Court cannot combine his position with any position in a body of state power or a body of local self-government, a body of professional legal self-government, with the status of a people's deputy of Ukraine, a deputy of the Verkhovna Rada of the Autonomous Republic of Crimea, oblast, district, city, district in a city, village council, with another representative mandate, with advocacy, with entrepreneurial activity, hold any other paid positions, perform any other paid work or receive other remuneration, with the exception of carrying out teaching, scientific or creative activities and receiving remuneration for her, and also cannot be a member of the governing body or supervisory board of a legal entity whose purpose is to obtain profit." The voting results indicate a gross violation of

the procedure for appointing judges of the Constitutional Court of Ukraine by the Parliament of Ukraine.

It should be noted that O. Sovgyria was appointed to the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine S. Shevchuk, who was dismissed from his position on May 14, 2019, due to gross procedural violations. S. Shevchuk appealed to the Kyiv District Administrative Court, by whose decision he was reinstated, but the Acting Chairman of the Constitutional Court of Ukraine, O. Tupytskyi, who is currently wanted internationally, refused to comply with this court decision. S. Shevchuk appealed to the European Court of Human Rights with application No. 474/21. The applicant complains under Article 6 § 1 of the Convention that the KSU was not an "independent and impartial court established by law" because (i) the KSU did not follow the rules when considering the issue of the applicant's dismissal, in particular, there was no decision of the plenary session of the KSU, which authorized the permanent commission of the KSU to consider the disciplinary case, and the applicant was not properly informed about this proceeding; (ii) some of the KSU judges who sought disciplinary proceedings against the applicant or were witnesses in relation to disciplinary charges later participated in the KSU proceedings. The applicant claims, referring to paragraph 1 of Article 6, that the commission on the regulations of the KSU and the plenary session of the KSU did not ensure equality of the parties, since the applicant was not given the opportunity to defend himself personally or through his lawyer and to refute the disciplinary charges. The applicant also complains under Article 6 § 1 and Article 13 that the national administrative courts violated his right of access to a court, as they refused to exercise their jurisdiction to review the decision of the SSC to dismiss the applicant. The applicant complains that his dismissal violated Article 8, as it had a serious impact on his private life, and Article 10, as it was a measure of retaliation in response to public comments he made in March 2019 in connection with the election of the President of Ukraine .

Therefore, the new judge was appointed by the Parliament of Ukraine to the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine, regarding which the legal dispute has not been resolved.

On August 12, 2022, the People's Deputies of Ukraine registered the draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Improving the Procedure for Selecting Candidates for the Position of Judge of the Constitutional Court of Ukraine on Competitive Basis" No. 7662, which provides for amendments to the Law of Ukraine "On the Regulations of the Supreme of the Council of Ukraine", the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine" and other normative legal acts. The main novel proposed by the People's Deputies is the creation of an Advisory Group of Experts, which includes: 1) one person appointed by the President of Ukraine; 2) one person designated by the Verkhovna Rada of Ukraine; 3) one person determined by the Congress of Judges of Ukraine; 4) one person designated by the European Commission "For Democracy through Law"; 5) two persons designated by international and foreign organizations who, in accordance with international or interstate agreements, have provided Ukraine with international technical assistance in the field of constitutional reform and/or rule of law, and/or human rights protection, and/or prevention and anti-corruption. The draft law defines the procedure for conducting a competition for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine by constitutional subjects of appointment, however, the holding of a competition by the President of Ukraine in accordance with Article 102 of the draft law remains unchanged, in particular: "Selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court on a competitive basis for persons appointed by the President of Ukraine, carried out by the competitive commission created by the President of Ukraine. The composition of the competitive commission created by the President of Ukraine is formed from the number of lawyers with a recognized level of competence who do not participate in the competitive selection for the position of judge of the Constitutional Court. Therefore, the President of Ukraine delegates his candidacy to participate in the

work of the Advisory Group of Experts on conducting the competition by the Parliament and the Congress of Judges of Ukraine, but this body does not participate in the competition conducted by the President of Ukraine. Moreover, the question of forming a rating of candidates remains unresolved, which, as practice shows, is not taken into account when appointing judges.

Thus, in order to implement the recommendations of the Venice Commission, while not violating the Constitution of Ukraine, it is possible to create a single body for vetting candidates for the position of judge of the KSU, which would include international and public experts, which would ensure a transparent vetting of candidates, as well as the selection of candidates according to the same criteria: in addition to formal ones based on age and seniority - also on clear criteria of moral qualities and level of competence. Further, according to the assessment of such a body, a single list of candidates who have passed the check would be sent to the powerful subjects for their own appointment to positions. However, as we can see, this did not find support in the draft law on amendments to the Law of Ukraine "On the Constitutional Court of Ukraine".

5. Judicial system during wartime

In connection with the full-scale invasion of the Russian Federation on the territory of Ukraine, the conduct of active hostilities and the temporary occupation of certain territories, a number of courts in the Donetsk, Zhytomyr, Zaporizhzhya, Kyiv, Luhansk, Mykolaiv, Sumy, Chernihiv, Kharkiv and Kherson regions have suspended their activities. As a result, by the relevant orders of the Chairman of the Supreme Court "On changing the territorial jurisdiction of court cases under martial law", taking into account the impossibility of courts to administer justice during martial law, the territorial jurisdiction of court cases considered in these courts was changed.

The implementation of such powers by the Chairman of the Supreme Court became possible thanks to the legislative changes to the seventh part of Article 147 of the Law of Ukraine "On the Judicial System and the Status of Judges" adopted at the beginning of March. This article in its current version stipulates that in the event of the impossibility of justice by the court for objective reasons during a state of war or emergency, in connection with a natural disaster, military operations, measures to combat terrorism or other extraordinary circumstances, to change the territorial jurisdiction of court cases considered in such a court, by a decision of the High Council of Justice, which is adopted at the request of the Chairman of the Supreme Court, by transferring it to the court that is closest territorially to the court that cannot administer justice, or to another specified court . In the event that the High Council of Justice is unable to exercise such authority, it is exercised by order of the Chairman of the Supreme Court. The corresponding decision is also the basis for the transfer of all cases pending before the court whose territorial jurisdiction is changing.

If the end of February-mid-April 2022 was marked by a permanent change in the territorial jurisdiction of many courts that found themselves in the occupied territory or were in the immediate zone of hostilities, then starting from April 21, the Supreme Court adopted an order to restore the territorial jurisdiction of court cases.

According to the recommendations of the Council of Judges of Ukraine dated March 2, 2022, judges are recommended to postpone the consideration of cases (with the exception of urgent court proceedings) and to remove them from consideration if possible, to take into account the fact that many participants in court proceedings do not always have the opportunity to submit an application for postponement of the consideration cases due to involvement in the operation of critical infrastructure, joining the ranks of the Armed Forces of Ukraine, territorial defense, volunteer military formations and other forms of countering armed aggression against Ukraine, or cannot appear in court due to danger to life.

Cases that are not urgent are recommended to be considered only with the written consent of all participants in the court proceedings.

At the same time, courts are increasingly actively using the possibility of holding court hearings remotely, in the mode of video conferences. This is not surprising, since the negative consequences of military aggression against Ukraine, fuel shortages and disruption of transport connections between cities make it much more difficult for the participants in the process to move to other regions of Ukraine.

The temporary suspension of the work of the Unified State Register of Court Decisions, as well as the functionality of the website of the judiciary "Status of Cases" in connection with the military aggression of the Russian Federation, significantly affected the ability to receive information about the progress of court cases and court decisions.

Now the participants in court proceedings have to do the same as they did 8-10 years ago: look for the court phone number in available sources, call the reference or office of the court (recordkeeping department) and find out information about the case there, or look for the phone number of the assistant or secretary of the court session to get the necessary information on the case. You can also inform by phone that you have sent a petition signed by the KEP by e-mail and ask to check whether it has not been sent to spam.

Along with this, although the "Electronic Court" system is positioned as one of the effective methods of remote judicial proceedings and was created to replace offline court sessions, its use is not always comfortable. One of the examples, in addition to the usual network interference, when the system "hangs" for various reasons, can also be a situation when the parties to the proceedings are given access to the case materials in electronic form, but for various technical reasons the litigant cannot get acquainted with them. As a result, it is necessary to postpone the consideration of the case again so that everyone has the opportunity to get acquainted

with its materials. And even in such cases, judges go to meet the parties and send scanned copies of cases and individual materials to the e-mail address specified by the disputant.

The Ukrainian judicial system continues to function and decently overcome the difficulties caused by the war. The uninterrupted functioning of the system is ensured by the Supreme Court by changing the territorial jurisdiction. Access to justice can be ensured either by direct participation in court sessions or by video conferencing. At the same time, it can be stated that judges are more loyal to litigants who, for various reasons caused by martial law, cannot attend court sessions and prepare procedural documents on time. This attitude is expressed in the fact that court sessions are postponed, and the deadlines for submitting procedural documents are extended.

Implementation of continuous and proper justice in force majeure conditions requires certain legislative changes and additions, primarily of a procedural nature. In particular, regulation of the remote form of work. The fact is that judges continue to consider cases and make court decisions, and the VRP has already received complaints about the remote form of work of judges with a request to bring them to disciplinary responsibility.

In an extreme situation in Ukraine due to the state of war, in order to protect both the parties to the court case and the judges, special tools must also be created. For example, a judge can be in a safe place if he alone makes a court decision and there is an opportunity to sign it with an electronic signature. In the case of consultations and meetings with colleagues, judges can be at home and connect to a video conference through secure communication systems. In the case of an oral hearing, according to the speaker, only one of the judges (perhaps the presiding judge) should be in court to ensure publicity, openness and publicity of the judicial process.

The working group under the Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine on legal policy, which includes judges and lawyers, representatives of the State Judicial Administration of Ukraine, the Ministry of Digital Transformation of Ukraine, prepared a draft law back in March, which provided for the simplification of judicial proceedings. The judges proposed to use written proceedings more widely without notifying the parties, without holding a court session, to notify the participants of the case by all means of communication known to the court: by regular mail, e-mail, through social networks, text messages, as well as by phone. In addition, there was a proposal to ensure the possibility and obligation of notification of the participants in the court case through the "Action" system.

In the first version of the draft law, remote working outside the court premises for judges and court staff was also proposed, but later they decided to submit this issue in a separate draft law, since the initiative was not supported by the majority of the members of the Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine on Legal Policy.

Unfortunately, draft law No. 7316 on amendments to the procedural codes regarding judicial proceedings under conditions of martial law or state of emergency did not receive the required number of votes in the Verkhovna Rada of Ukraine. The working group will continue work on it, improve it and propose it as a new draft law.

Taking into account the fact that in the conditions of military aggression against Ukraine, personal participation in the court session can be dangerous for the participants in the case, participation in the court session outside the court premises in the mode of video conference is actively practiced. Jurisprudence shows that the courts mostly grant the petitions of the participants in the case to participate in the court session in the mode of video conference outside the court premises, if the appropriate technical possibility is available.

So, for example, the Grand Chamber of the Supreme Court, considering a cassation appeal, noted in its decision dated June 7, 2022 in case No. 910/10006/19 that in view of the conditions and environment under which justice must be administered and the need to observe the principles of equality all participants in the legal process before the law and the court; transparency and openness of the judicial process; adversarial nature of the parties and reasonable terms of consideration of the case, applying to the court with a request for consideration of the case in the mode of video conference will allow to investigate and evaluate the arguments of the cassation appeal without violating the specified principles of judicial procedure and at the same time guarantee and not expose the visitors of the court session to threats to their life, health and safety , which may arise in the conditions of military aggression against Ukraine.

However, taking into account that many courts do not always have the opportunity to hold court sessions in the video conference mode, the participant in the court process should clarify the relevant information in court in advance. In addition, the availability of the appropriate technical capability in the court may be indicated in the decision to open proceedings in the case.

Thus, the martial law in Ukraine made its adjustments to the process of consideration of court cases. However, even under martial law, a person's constitutional right to judicial protection cannot be limited. Therefore, the measures that are currently implemented in the judicial system are aimed at ensuring the possibility of considering court cases and not endangering the life and health of the participants in the judicial process.

Фурса Світлана Ярославівна, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений юрист України

Фурса Євген Іванович, кандидат юридичних наук, професор, професор кафедри міжнародного, цивільного та комерційного права Державного торговельно-економічного університету

СИСТЕМНІ КРОКИ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ ЩОДО ВСТУПУ УКРАЇНИ ДО ЄС

Згідно ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. В Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування (ст. 7 Конституції).

У контексті теми конференції підняття питання про те на скільки Україна і особі інституцій, які представляють законодавчу, виконавчу та судову гілки влади готова до вступу до ЄС і, особливо, в період загарбницької війни РФ проти України є актуальним і своєчасним. Тому розглянемо декілька підходів до вирішення цієї проблематики.

Цілком очевидним є питання про те, а що ми очікуємо від вступу України до ЄС- політичні обіцянки чи реальні правові наслідки. В цьому випадку нам варто визнати, що ЄС – це не благочинна організація, яка буде підіймати рівень життя населення в Україні. ЄС можна розцінювати як об'єднання держав за інтересами, коли кожна з них має намір отримати певні

преференції від такого об'єднання. Дійсно, в ЄС існує й певна політична складова, яка свідчить про те, що досягнення певних результатів залежить від дотримання стандартів, що визнаються обов'язковими до виконання всіма країнами ЄС. Тому в ЄС стимулюється певна правова політика і використовуються санкції проти країн, уряди яких не бажають впроваджувати такі стандарти.

Так, у 2017 році «Єврокомісія намагалася переконати Варшаву переглянути свої реформи, які підривають принцип поділу гілок влади. Зокрема, нещодавні зміни щодо судочинства частково узалежнили суди від підконтрольного панівній партії міністерства юстиції. Досі Польща відкидала критику і заявляла про втручання Брюсселя у внутрішні справи країни»¹. На скільки позиція кожної зі сторін виправдана і раціональна важко сказати, але з цього приводу висловимо свої міркування.

Про незалежність судової гілки влади можна судити в тому випадку, коли суспільство вдоволене рівнем судочинства і масових претензій до суддів не існує. Тому для збереження такого стану і застереження випадків впливу на суд і суддів варто говорити і навіть кричати - *руки геть від судочинства*. Коли ж рівнем судочинства не вдоволені не тільки високопосадовці, а й пересічні громадяни та фахівці, то необхідно вживати заходів, щоб поліпшити стан судочинства, але законними способами. І на цьому шляху не варто абсолютизувати незалежність суддів, коли їх рішення далекі від законності. Якщо ж додати їм повноваження і визнати право не дотримуватися принципу законності, а діяти тільки згідно верховенства права, то результати будуть ще гіршими. Не буду аналізувати власний досвід звернення до суду, оскільки це приватна справа, а лише зауважу, що як позивач отримала рішення суду, в якому мало місце посилення на рішення ЄСПЛ, але в змісті пустота і

¹ Санкції проти Польщі. Український часопис конституційного права. URL: <https://www.constjournal.com/pub/4-2017/sanktsii-proty-polshchi/>

відсутність відповідей на конкретні вимоги позивача, а рішення ЄСПЛ, на яке посилається суд, не стосується розглядуваного питання. Тому рішення «зовні» виглядає законним, але реально не відповідає обставинам справи, не говорячи вже про те, що це була справа спрощеного провадження, яка мала бути розглянута не більше 60 днів з дня відкриття провадження у справі (ст. 275 ЦПК), а розглядалась майже рік².

Слід зазначити, що на безсторонність нашої позиції не вплинуло дане рішення, оскільки нас як юристів та громадян України турбує загальний стан правової системи нашої країни. А у багатьох випадках ситуація складається так, що фахівці намагаються терміново вирішувати ситуаційні завдання з поліпшення законодавства, а не скрупульозно і системно працювати над його удосконаленням. Зокрема, що концептуально змінилося після доповіді авторки Фурси С.Я. «Погляд очевидців на сучасне українське право і його перспективи» в м. Граці у 2020 році? Лише були внесені зміни до Житлового кодексу (щодо Преамбули Закону) і Україна перестала бути Українською соціалістичною республікою, а колишній керівник НАБУ, визнаний корупціонером, пішов з посади, але основні небезпеки для правової системи залишилися.

Сприймаючи вступ України до ЄС як правильний крок, не варто забувати, що ЄС не тільки може дати кошти для розвитку України, а й «серйозно спитати» за корупцію, судочинство та за вирішення інші проблем в Україні.

Отже, використовуючи метод «батога і пряника» ЄС може на перших порах миритися з тими проблемами, які матимуть місце в Україні, але не вічно.

Віце-прем'єр-міністр з питань європейської та євроатлантичної інтеграції України Ольга Стефанішина у своєму дописі зазначила, що

² **Примітка:** Цей абзац статті стосується одного із її авторів Фурси С.Я.

запропоновані Єврокомісією (надалі- ЄК) вимоги - залишаються необхідними до виконання, ЄК у кінці року зробить оцінку їх виконання і від цього визначатимуться подальші етапи, пов'язані з членством України в ЄС³.

Повний перелік вимог ЄС щодо реформ

(1) Ухвалити та впровадити законодавство про процедуру добору суддів Конституційного суду України, яке запроваджує попередній відбір суддів на основі оцінки їхньої доброчесності та професійних навичок, як рекомендувала Венеційська комісія;

(2) Завершити перевірку доброчесності Радою з етики кандидатів у члени Вищої ради правосуддя та відбір кандидатів до створення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України;

(3) Посилити боротьбу з корупцією, зокрема на високому рівні, з ефективним її розслідуванням та судовими рішеннями; завершити призначення нового керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, затвердивши визначеного переможця конкурсу; провести відбір та призначення на посаду нового директора Національного антикорупційного бюро України;

(4) Забезпечити відповідність законодавства про боротьбу з відмиванням грошей за стандартами FATF (Міжнародна група з протидії відмиванню брудних грошей -С.Ф.); прийняти комплексний стратегічний план реформування правоохоронного сектора;

(5) Втілити у дію "антиолігархічний закон" для обмеження надмірного впливу олігархів на економічне, політичне та суспільне життя; це має

³ Україна отримала статус кандидата в члени ЄС без умов- Стефанішина. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/3515169-ukraina-otrimala-status-kandidata-v-cleni-es-bez-umov-stefanisina.html>

бути зроблено юридично обґрунтованим способом та має враховувати майбутній висновок Венеційської комісії;

(6) Подолати вплив корисливих інтересів через узгодження закону про ЗМІ з Директивою ЄС про аудіовізуальні медіапослуги та передавши повноваження незалежному регулятору ЗМІ;

(7) Завершити реформу законодавства про національні мови згідно з рекомендаціями Венеційської комісії, разом з механізмами його негайного та ефективного впровадження⁴.

Отже, з цього допису можна зробити висновок, що ці сім умов є визначальними і першочерговими, щоб Україну не позбавили статусу кандидата на вступ до ЄС або для нашої країни не настали інші негативних наслідків.

Виходячи із аналізу вимог ЄС щодо реформ важливим є *концептуальне завдання* Голови Верховної Ради України Р. Стефанчука, висловлене в листі до членів Науково-консультативної ради (надалі- НКР) при Голові Верховної Ради України, яке стосується «*системного аналізу*» наведених у додатках до його листа законопроектів та надання вченими на ім'я голови НКР науково-експертних висновків.

Слід погодитися з тим, що Україна має здійснити **системний аналіз** тих кроків, які необхідно зробити, щоб наша держава відповідала, встановленим ЄС, вимогам і ці кроки є об'єктивно необхідними для самої України та її наступного правового розвитку. Отже, ці завдання мають бути належно виконані, однак виникає питання, а на які гілки влади ці завдання мають бути покладені, і які державні органи мають контролювати їх виконання?

⁴ Кандидат авансом: 7 вимог, які має виконати Україна, щоб ЄС не скасував її новий статус. URL: <https://www.euointegration.com.ua/articles/2022/06/18/7141516/>

Очевидно, що частина завдань має виконуватися законодавчою та виконавчою гілками влади, але їхній взаємний контроль неможливий в силу різного правового статусу.

Тому Верховна Рада України (надалі-ВРУ) має не тільки виконувати поставлені завдання, а й здійснювати відповідний контроль за їх виконанням іншими гілками влади. Саме такі повноваження й мають визначати *системність* у встановленні пріоритетів та розподілі завдань.

Верховна Рада України має **комплексно проаналізувати** не тільки вимоги ЄС, а й ті невідкладні завдання, які стоять нині перед нашою державою:

- агресор рушить нашу інфраструктуру, тому держава має турбуватися про забезпечення громадян України всім необхідним засобами;
- до кінця року виконати ті сім умов, на яких наполягає ЄС;
- зробити все необхідне для перемоги України у війні;
- паралельно має розроблятися План відновлення України, а також повинні бути визначені ті напрямки економіки, які дозволять не тільки наповнювати бюджет України, а й повернути із-за кордону наших громадян, щоб вони мали на батьківщині достойні заробітні плати, змогли відкрити чи відновити малий і середній бізнес, а також іноземні інвестори були зацікавлені вкладати в нашу економіку істотні інвестиції;
- приведення законодавства України до вимог ЄС необхідне, але цю умову не варто ставити на чільне місце через те, що брати сьогодні за основу слід ті плани розвитку законодавства України, які дозволять впорядкувати проблемні питання на довгострокову перспективу.

Системність полягає в тому, що графік роботи ВРУ має бути розписаний *не тільки на прийняття законів, а й на заслуховування звітів про результати виконання вимог створеної програми*, зокрема, щодо боротьби з корупцією, оскільки як показує життя сама наявність значної

кількості державних органів є недостатньою і це стало очевидним для всіх. Отже, **мають бути результати боротьби** і вони мають бути продемонстровані як суспільству, так і іноземним партнерам.

В той же час, **законодавчі акти потребують систематизації як у відповідності до вимог ЄС, так і за ступенем їх впровадження в дію.** Зокрема, вимоги ЄС – це мінімальні умови, які потребують удосконалення національного законодавства, але готуючись до вступу до ЄС нам самим варто переглянути всі нормативні акти, до яких мають бути внесені зміни у зв'язку зі вступом України до ЄС. Тому такі нормативні акти мають готуватися вже сьогодні, але умови їх вступу в дію мають відтерміновуватися до моменту набуття Україною членства в ЄС. Тому варто виділяти ті законопроекти, **які можна впроваджувати до вступу до ЄС, а також ті, які мають набувати чинності зі вступом України до ЄС.** Ми не повинні очікувати від ЄС вказівок на ті нормативні акти, які потребуватимуть внесення змін, але очевидно, що найпершим підготовленим нормативним актом має стати нова редакція Конституції України.

При цьому, такий проект Конституції має готуватися заздалегідь і без поспіху, з широким обговоренням і узгодженням його змісту. Адже неприпустимим є положення ст. 124 Конституції, зокрема : *«Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених Римським статутом Міжнародного кримінального суду».* Виникає питання, а яка мета появи цієї *недієвої норми* у Конституції України? Конституція має бути не декларацією про наміри, а дієвим «засобом» врегулювання основних суспільних відносин.

Тому варто конструктивно переглянути ті норми Конституції України, які мають бути узгоджені зі вступом України до ЄС. Більше того, вступ до ЄС передбачатиме внесення змін до багатьох інших нормативних актів, **а не тільки врахування умов регламентів ЄС.**

Однак, в процесі законотворення вже відчувається певний поспіх і намагання прозвітувати про готовність до вступу до ЄС. Але не будемо аналізувати ті недоліки, які були помічені лише в назвах законопроектів, оскільки це не самоціль, а лише застереження про те, що швидке прийняття законопроектів – **це не завжди успіх, оскільки в наступному прийнятими законами будуть врегульовуватися реальні відносини.**

Тому на аналізі законопроектів має бути зосереджена увага фахівців, що має застерегти від введення в дію законопроектів, які некоректні не тільки за назвою, а й за змістом. Вже сьогодні провідні фахівці Академії правових наук України відмічають низьку якість окремих законодавчих актів⁵, але основна скрупульозна праця нас чекає ще попереду.

Про необхідність перегляду багатьох законодавчих актів вже публічно говорилося владою до війни, зокрема, про рекодифікацію Цивільного кодексу^{6, 7}. Отже, виникла об'єктивна необхідність в перегляді законодавства України і процес активного обговорення новітніх ідей був лише призупинений війною.

Тому варто об'єднати процеси як виконання вимог Європейської комісії, так і кардинального перегляду положень чинного законодавства, щоб узгодити внесення змін до законодавства і не виникало прикрих помилок в подвійному регламентуванні суспільних відносин. Адже спроби фрагментарно у вузьких і спеціалізованих законах відобразити бажані ЄС або українськими фахівцями позиції можуть призвести до суперечності норм законодавства, що призведе

⁵ Правотворчість в Україні: перспективи законодавчого врегулювання : збірник наукових праць / за заг. ред. О. О. Кота, А. Б. Гриняка, Н. В. Міловської. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. 226 с.

⁶ Кінах М. Рекодифікація Цивільного кодексу: на які зміни очікувати правовій спільноті. URL:<https://yur-gazeta.com/golovna/rekodifikaciya-civilnogo-kodeksu-na-yaki-zmini-ochikuvati-pravoviy-spilnoti.html>.

⁷ Труба В.І. Теоретичні передумови рекодифікації приватного законодавства України. URL:<http://pd.onu.edu.ua/article/view/204101/>

до дисбалансу всієї правової системи України, а не поліпшить стан законодавчої регламентації правовідносин, а лише погіршить його.

Отже, законотворчий процес не повинен бути швидким і кулуарним, оскільки так виникне багато помилок. Варто залучити до роботи всіх провідних фахівців України і диференціювати роботу на певні етапи зі встановленими строками і призначити відповідальних за певні напрямки або окремі законопроекти.

Не зважаючи на те, що ми взяли курс на євроінтеграцію, в Україні дуже мало інформації про законодавство і юридичну практику розвинених країн, відсутні договори про правову допомогу з багатьма країнами Європи, тому створювані законопроекти в певних сферах можуть і не узгоджуватися з аналогічними законами в провідних країнах Європи. Директиви, які надсилаються Україні, не замінять питань співпраці з конкретними країнами. Отже, на цій стадії інтеграції варто аналізувати ці питання і заповнювати вакуум в двосторонніх відносинах.

Отже, законотворча робота є складною і кропіткою, яка займає багато часу і викликає багато дискусій, але її потрібно виконати якісно, якщо ми вважаємо за необхідне дотримуватися умов співпраці з ЄС і маємо реально і вчасно виконати поставлені перед нашою країною завдання, а не формально прозвітувати. Розраховувати на те, що Венеційська комісія буде усувати недоліки в законопроектній роботі українських фахівців не слід.

Тому терміново всі зусилля провідних українських вчених та практичних фахівців мають бути спрямовані саме на створення **системи в законопроектній роботі**, щоб визначити оптимальну послідовність розробки, обговорення і прийняття законів, а інша, навіть пріоритетна законопроектна робота, може здійснюватися паралельно або зачекати.

До кінця року залишився, фактично, один місяць і ЄК може приїхати для перевірки поставленого перед Україною завдання, яке слід виконати вчасно і якісно. Очевидно, що частина з семи завдань виконана, а інші? Дійсно, поспіх в створенні норм законодавства неприпустимий, особливо, коли ми маємо системно його поліпшити, а не поставити галочку про виконання. Для тих, хто усвідомлює обсяг роботи з рекодифікації і удосконалення лише одного Цивільного кодексу України (надалі -ЦК), стане зрозумілим, що це зробити якісно дуже складно. А якщо до цього додати оприлюднення результатів, етап обговорення і врахування зауважень, а також на наступний етап – проходження законопроекту у Верховній Раді України до остаточного його прийняття, то може здаватися, що таке завдання виконати неможливо. Але взяті на себе зобов'язання слід виконувати, оскільки від цього залежать інші закони, які безпосередньо пов'язані з ЦК, до яких слід внести зміни і доповнення.

Тому не варто поспішати, а треба **готуватися до обґрунтованого звіту про результати виконання вимог ЄС як кандидата на вступ до ЄС**, а також підготувати законопроекти, які мають довести ЄС, що ми спроможні усунути недоліки в правовій системі України без поспіху і виважено.

Сподіваємося, що всім в світі зрозуміло, що Україна перебуває в стані війни з РФ, тому можна розраховувати, що в такій ситуації Європейська Комісія не буде занадто вимогливою до України, коли гинуть наші громадяни, діти, горять наші міста і села, знищується інфраструктура і навіть фахівці не здатні працювати в повну силу, оскільки далеко не завжди мають світло...

Михайло САВЧИН,
доктор юридичних наук, професор,
Ужгородський національний університет, Україна,
Український вільний університет, Мюнхен, ФРН
віцепрезидент Світового конгресу українських юристів,
michaelsavchyn7@gmail.com

ЄВРОПЕЙСЬКА КОНСТИТУЦІЙНА ІДЕНТИЧНІСТЬ І ТРАНСФОРМАЦІЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ У ПЕРІОД ВІЙНИ

У своєму виступі я би хотів висвітлити окремі аспекти європейської ідентичності правової системи України, а також сім напрямів до прискореного членства України в ЄС у цьому контексті. Далі піде мова, чому право не мовчить в умовах війни. Буде розкрито рашизм як апогей геноцидних практик московства і які чесноти та цінності необхідні в умовах війни як чинники трансформації правової системи України. На завершення буде короткий огляд того, або який вклад має внести Україна у розвиток європейської традиції права.

Європейська ідентичність правової системи України позначається декількома маркерами. Хочу наголосити на тому, чому не завершилося формування ленного права в Русі та роль руської правової традиції для Польсько-Литовської Співдружності. Справа в інституційній пастці Русі – відсутності майоральної системи спадкування та фактору монгольської навали. Водночас існували механізми обмеження влади через традицію віче та підзвітність князів Києва і Новгороду. Руське право і мова виступали як основа правової системи Вел. кн. Литовського, що наклало свій відбиток на зміст

угоди внаслідок та Люблінської унії 1589 р. між Польщею і Литвою. Також існувало самоврядне право міст, у становленні якого відіграло провідну роль магдебурзьке і південнонімецьке/літомержицьке право.

Гетьманщина проявилася як модерна українська державність на тлі формування Вестфальської системи, зокрема визнання незалежності Нідерландів. Слід також нагадати, що запорізькі козаки брали участь у Тридцятилітній війні, що потім вдалося взяти на зміст Вестфальського миру та перебігу Національно-визвольної війни 1648/76. З точки зору конституціоналізму доволі суперечливим виглядає повстання чигиринського старости Хмельницького, оскільки конфедерація передбачало поновлення конституційного порядку, а *rokosz* був бунтом проти несправедливості та утисків. Коли постала Гетьманщина, то виникла дилема визнання між республікою та монархічною традицією, яка так остаточно не була розв'язана, оскільки Богдан Хмельницький шукав опіки у московського царя.

Водночас, правова традиція Гетьманщини сформувала першу писану конституцію Європи, про свідчать останні дослідження у Шведському державному архіві. У Конституції Пилипа Орлика фактично було закладено ідею поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову, що чітко впливає зі змісту і структури цього документу, власне звідси ідею поділу влади взяв пізніше Шарль Луї Монтеск'є, оскільки цей документ був також у бібліотеці Бордоського парламенту. Тому ми маємо наочне розвінчування своєрідного конституційного міфу, який перетворився у реальність – Пакти та встановлення Війська Запорозького 1710 р. є актом установчої влади. Цьому передувала трагедія Полтавської битви 1709 р, яка впливала із марноти марнот Березневих статей 1664 р., оскільки Московія традиційно не додержується контракту, а логіка дій гетьмана Мазепи була спрямована на попередження розорення земель Гетьманщини від військових дій. Як свідчать останні дані, у Прутському поході проти московської армії Петра I

протистояла коаліція зі Шведського королівства, Османської імперії та Гетьманщини і лише фактор корупції завадив завдати поразки московському війську.

Далі настала пора інкорпорації Гетьманщини та її остаточне поглинання Московією, яка з подачі інтелектуалів Могилянської академії стала Російською імперією. Основою цього став гарячий мікст інституційної пастки Речі Посполитої: *liberum veto* + корупція + *magneteria*. Це мало наслідком скасування Гетьманщини 1775/83 та магдебурзького права 1830, внаслідок чого було здійснено уніфікацію імперського законодавства. Однак традиції української державності були ствердженні на хвилі романтизму та Весни народів 1848 р. у ході діяльності Кирило-Мефодіївського товариство, де важливу роль відіграли Тарас Шевченко, Микола Костомаров та інші інтелектуали. Це заклало основи національної визвольних змагань УНР 1918/21, яка була окупована большевицькою Росією у результаті інституційної слабкості, розколотості національної еліти, надмірного лівацтва та неврахування мілітарного фактору. УРСР слід розглядати як період існування креольського уряду, який виступав інструментом впровадження волі Москви, прикладом чого служать хоча би Голодомор 1932/33 та період правління Щербицького в УРСР. Колапс СРСР, який оформився із подіями ГКЧП 19/22.08.1991 в Москві каталізував постання незалежної України, яка стала незалежною за результатами голосування 1 грудня 1991 р. на всеукраїнському референдуму.

Московський диктатор Путін вважає розпад СРСР «найбільшою геополітичною катастрофою ХХ ст.», що стало у свою чергу каталізатором цілої низки подій. Коли Україна із ЄС дійшла згоди щодо укладення Угоди про асоціацію у 2013 р. Московія розпочала серію економічних воєн проти України, які закінчилися Революцією гідності, під час якої українці відстоювали свою європейську ідентичність. На сьогодні, після

повномасштабного вторгнення Московії досягнуто згоди щодо прискореного входження України до складу ЄС існує проблематика забезпечення Семи напрямів для забезпечення прискореного членства України в ЄС. У рамках цього існують окремі аспекти інституційної спроможності держави: як впроваджувати владні рішення на засадах юридичної визначеності та передбачуваності законодавства. Тут ключовим є забезпечення прозорого реформування Конституційного Суду на засадах конкурсного відбору з числа добросовісних і компетентних кандидатів, які були би здатні забезпечувати основоположні конституційні цінності. Іншим важливим напрямом є вимоги верховенства права, зокрема економічні свободи і обмеження дирижизму, забезпечення державою гарантій додержання контрактів, свободи конкуренції і доступу до справедливого правосуддя. Окреме значення мають засади демократичного суспільства: свобода медіа та обмеження свободи вираження і воєнний стан, захист прав меншин.

В умовах війни виникає питання: чому право не мовчить в умовах війни. Така постановка питання була здійснена римським мислителем Ціцероном, а пізніше підхоплена та Карлом Шміттом, що ніби то право мовчить, коли мечі дзвенять, гармати гримлять і ракети свищать. Напевно у тому ж руслі повівся Європейський суд з прав людини, який у справі *Georgia v Russia (II)* вважав за потрібне визнати про неможливість застосування Європейської конвенції з прав людини, бо ніби то Московія, яка здійснила агресивний напад на Грузія під час воєнних дій не здійснювала ефективного контролю над захопленою територією, а тому існувала невизначеність, хто заподіяв смерть чисельним мирним жителям. Якщо говорити про рішення Міжнародного суду ООН у справі про суверенні імунітети (2012), то там проблема полягає в тому, що справа стосувалася захисту мирних жителів села в італійській провінції Тоскана у 1944 р., коли ще не діяла III Женевська конвенція 1949 р., яка гарантує захист цивільного населення, хоча воєнні злочини і злочини проти людяності не мають строку давності.

Знаючи уроки минулого Української державності, можна цілком справедливо стверджувати, що національна держава є своєрідним простором безпеки у період смертельної небезпеки життєздатності нації для власних громадян, що цілком було відчутно з урахуванням уроків поразки УНР 1917/21, одним із наслідків чого став Голодомор 1932/33. Тут слід наголосити, що право є основою легітимності держави. Московію як природну держави (тобто антипод держави відкритого доступу) характеризує доповідь Генеральної прокуратури Іспанії 2008 про організовану злочинність як опору Московії. Згідно із цим звітом основу режиму Москви складає кооператив Озеро, склад якого був сформований на початку 1990-х рр. чиновниками мерії Петербургу, тамбовського злочинного угруповання (двоє його лідерів були вихідцями міста Тамбова) та професорів університету Петербургу. Саме всередині 1990-х рр. склався симбіоз гебістського середовища всередині держави, яка зійшлася тісно з організованою злочинністю, що тепер складає основу диктатури Путіна. Колоритною фігурою серед наближених осіб Путіна є Пригожин, двічі судима особа за розбій. Маємо деградацію цієї спільноти, якщо на початку ХХ ст. поради царю Миколі II нашіптував одіозний містик Распутін, то сьогодні біля Путіна наближеним є звичайний жіван (бандит) з великої дороги. Такі чинники зумовлюють варварські способи ведення війни з боку Московії. Тому на сьогодні гостро стоїть питання щодо невідворотності відповідальності за злочини агресії, геноциду, воєнні злочини та злочини проти людяності, зокрема, нищення життєвої інфраструктури.

На цьому тлі виник ruscizm як апологетика імперськості та ресентинтменту, яка виправдовує геноцидні практики московства. Загальним бекграундом ruscizm'у є індоктринація дегуманізації та імперськості із флером ресентинтменту. За висловом українського митця Леся Подерв'янський, якщо нацизм хоча би мав похмуру естетику, то ruscizm є ницим мавпуванням нацизму. Слід нагадати, що у 2008 р. Дмитрій Медведєв охарактеризував свою передвиборчу програму як кандидата у президента як побудову корпоративної

держави, що є проявом фашизму. Якщо ми візьмемо історичний бекграунд, то Московія застосовувала і раніше геноцидні практик – так були знищені Верховські князівства, Рязанське князівство, Новгородська республіка. У цьому ряді окремо виступає Голодомор 1932/3 як цілеспрямоване знищення українців.

Якщо Тимоті Снайдер наголошує на ідеологічних моментах московського геноциду в Україні, то я би хотів виділити власне юридичні характеристики геноцидних практик, а саме: (1) заперечення ідентичності України; (2) руйнування інфраструктури проживання та простору безпеки, що (3) викликає депопуляцію територій і масову міграцію з постійного місця проживання; (4) терор проти тих, хто залишається і не сприймає режим *ruscizm*; (5) масові тортури та експлуатація місцевих жителів; (6) практика призову на окупованих територіях як рабства та нелюдського поводження; (7) розлучення сімей і фактичне викрадення дітей

Закономірно постає питання про чесноти і цінності в умовах війни як чинники трансформації правової системи України за таких умов. В останні роки в Україні говорилося доволі багато про роль цінностей у прийнятті владних рішень, а про чесноти переважно йшла мова у контексті вимог доброчесності. При цьому акцентувалася увага на балансі доходів і витрат суддів і службовців, без достатнього аналізу їх *individual integrity* при ухваленні владних рішень чи веденню справ при здійсненні повноважень. Війна зміщує акценти у цьому відношенні, оскільки виявляється, що захист цінностей залежить від того, якими чеснотами наділена людини. Питанням чесноти (*virtues/Tugenden*) приділено значна увага у християнській етиці та шотландській школі філософії права. У нашому контексті є важливими наступні чесноти: справедливість як чесність у поступках щодо інших людей; відважність та захист Батьківщини; *militant democracy*; *moral integrity* та лояльність до конституційної демократії. Зокрема, доктрина *militant democracy*

як чеснота є мірилом лояльності публічних службовців та суддів до цінностей конституційної демократії і здатності їх ефективно захищати.

У свою чергу, цінності (values/Werte) визначають сталі орієнтири у поведінці, щодо яких досягнуто суспільний консенсус, на підставі чого існують соціальні паттерни. Це зумовлює зокрема правомірну поведінку індивіда, навіть не звертаючись докладно до змісту закону, який тим самим відповідає критеріям справедливості. Ключовими конституційними цінностями, які підлягають захистові та розвиватися їх зміст у ході інтерпретації насамперед слід віднести такі: людська гідність як основа самовизначення, самовираження і вільного розвитку індивіда; свобода як простір вибору відповідальних рішень; рівність як доступ до посад та балансування можливостей; верховенство права як ідея справедливого правосуддя.

На завершення слід з'ясувати, який вклад може внести Україна у розвиток європейської традиції права. Слід виділити насамперед високий рівень диджиталізації, що дало змогу підвищити наближеність публічної адміністрації та впровадити інновації в *e-government* та *good governance*. Про роль наближеності публічної адміністрації до громадян також нещодавно наголосив КСУ у рішенні № 9-р(II)/2022. Як свідчить досвід відсічі московського агресора, в Україні склалася мережецентрична система національної оборони, а Україна перетворилася в охоронця цінностей конституційної демократії, стала своєрідним воєнним орденом демократії. Як свідчать останні дослідження у квантовій фізиці існують достовірні докази свободи волі, яка характеризує правову традицію України, що впливає на інтерпретацію права. Насамкінець, перебіг руссо-української війни засвідчує необхідність реформування Генеральної Асамблеї і Ради Безпеки ООН, в яких замість права вето слід імплементувати прийняття рішень кваліфікованою більшістю. Потребує забезпечення універсалізації юрисдикції Міжнародного

Суду ООН з метою забезпечення нормативності фундаментального принципу міжнародного права *pacta sunt servanda*.

Україна на шляху до статусу держави-кандидата до ЄС та умови отримання бажаного: про успіхи і перспективи (деякі аспекти реформування законодавства у сферах протидії корупції та деолігархізації)

Інга Зелена⁸

Анотація

Нещодавно Україна отримала статус країни кандидата-члена в ЄС, за умови виконання конкретних умов (вимог), серед яких здійснення деолігархізації і проведення антикорупційної реформи в Україні. Зосереджуючи увагу на останніх досягненнях України, в цій статті розкриваються деякі аспекти реформування законодавства у сферах протидії корупції та деолігархізації. Очікується, що у перспективі повноцінна реалізація Україною, в тому числі в правозастосовній площині, антиолігархічного і антикорупційного законодавства на внутрішньодержавному рівні слугуватиме поштовхом до ще більш прискореної євроінтеграції України, а згодом і до отримання нею членства в ЄС у найближчому майбутньому.

Ключові слова: *деолігархізація, антикорупційна реформа, євроінтеграція.*

28 лютого 2022 р. Президент України В. Зеленський подав заявку на наділення України статусом кандидата-члена в ЄС, з проханням про пришвидшену процедуру її розгляду. Вже 24.6.2022 р. Україна отримала цей статус-кандидата, за умови виконання конкретних умов (вимог), серед яких

⁸ Науковий співробітник Центру східноєвропейського права (Університет Грац, Австрія), докторант, магістр права, LL.M (RGSL), MA (KFU).

здійснення деолігархізації і проведення антикорупційної реформи в Україні. Від України, серед іншого, очікується реалізація так званого *Закону про олігархів* для обмеження їх надмірного впливу в Україні, з врахуванням рекомендацій *майбутнього* висновку Венеційської комісії⁹ щодо відповідності цього Закону цінностям і правовим стандартам ЄС, а також посилення боротьби з корупцією, в тому числі шляхом здійснення ефективних антикорупційних розслідувань. З боку ЄС прогрес у виконанні Україною цих та інших вимог відстежуватиметься і оцінюватиметься Європейською комісією до кінця 2022 р.

Щодо деолігархізації

В Україні національна специфіка олігархізму полягає в тому, що з 1990-х рр. для більшості олігархів залишається характерним: наявність корупційних відносини з представниками державної влади і судових органів, використання особистих привілеїв при приватизації об'єктів державної власності, нехтування законодавством України і суспільними інтересами, рейдерство тощо.¹⁰

В Україні деолігархізація досі залишається одним з пріоритетних завдань держави. 5.11.2021 р. набрав чинність *Закон України про олігархів*¹¹, одним з ініціаторів якого є чинний Президент України. Через 6 місяців з дня набрання ним чинності цей Закон вступив в дію. Серед країн пострадянського

⁹ У 2021 році Закон про олігархів був направлений до Венеційської комісії. Її висновок з рекомендаціями буде надано органам державної влади України орієнтовно в 2023 р., однак точна дата наразі не відома. Див. [Exclusive – Latest on Ukraine’s “Anti-Oligarch Law” from the Venice Commission - Dec. 13, 2021 | KyivPost.](#); [Venice Commission :: Council of Europe \(coe.int\)](#) (1.2.2022).

¹⁰ *Передерій О.С., Григоренко Є.І.*, Проблематика втілення "антиолігархічного законодавства" в аспекті інноваційних трансформацій правової системи України, Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство» 2022/4, С. 27-32 (С. 28).

¹¹ Закон України «Про запобігання загрозам національній безпеці, пов'язаним із надмірним впливом осіб, які мають значну економічну та політичну вагу в суспільному житті (олігархів)» № 1780-IX від 23.9.2021 р. (в ред. від 23.9.2021).

простору, які не є членами Європейського Союзу (ЄС), Україна є піонером в контексті ухвалення законодавства про деолігархізацію. Наразі про це свідчить і те, що при розробці свого законодавства Грузія наслідує українську модель закону про олігархів.

Як зазначається в преамбулі Закону про олігархів (абз. 1), цей Закон визначає: **правові та організаційні засади** функціонування системи запобігання надмірному впливу осіб-олігархів, а також зміст і **порядок** застосування заходів впливу до них. *Мета* Закону (абз. 2 преамбули) являє собою, окрім іншого, подолання конфлікту інтересів, викликаного злиттям політиків, медіа та великого бізнесу; унеможливлення використання політичної влади для збільшення власних капіталів; забезпечення національної безпеки України; захист конституційних прав громадянина; захист демократії, а також забезпечення державного суверенітету.

Посилаючись на перелік обов'язкових ознак особи-олігарха, з появою Закону про олігархів вперше в Україні було на нормативному рівні закріплено поняття «олігарх». Водночас критика положень Закону, в яких містяться **ознаки визначення особи олігархом**, полягає здебільшого в їх широкому (абстрактному і неоднозначному) тлумаченні, а також ризику їх невідповідності принципу правової визначеності (верховенству права).¹² Про **юридичну визначеність**, яка передбачає, що закон має бути чітким, зрозумілим, містити однозначні правові норми і забезпечувати їх однакове застосування, КСУ вказував у низці своїх рішень (ріш. КСУ № 17-рп/2010 від 29.6.2010 р.; ріш. КСУ № 1-р/2018 від 27.2.2018 р.).¹³

¹² Див. також *Передерій О.С., Григоренко Є.І.*, Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство» 2022/4, С. 29-30. // [APP_04_2022_FINAL.pdf](#) (app-journal.in.ua) (1.2.2022).

¹³ *Сущенко Ю.*, Закон про деолігархізацію або олігархів, Компетентна думка N 47 (25.11.2021), С. 5 (С. 1-7). // https://equity.law/images/publication/news_name/yurii-sushchenko-7.pdf (1.2.2022).

Серед інших нововведень, Закон (ст. 7) визначає правові наслідки включення особи до **Реєстру олігархів**, до яких відносяться перераховані засоби впливу (три заборони), а також встановлює **обов'язок подання декларації** (не пізніше наступного дня) **про контакти з олігархами** або їхніми представниками, який розповсюджується на посадових осіб, від рішень яких залежать інтереси суспільства і національної безпеки України. При цьому, мова йде про контакт (розмови) *будь-якого* змісту, а виключення становлять лише «контакти у ході офіційних заходів та судових засідань» (ч. 2 і ч. 3. ст. 8 Закону). Порухення обов'язку подання декларації про контакти є підставою для притягнення особи до політичної та/або дисциплінарної відповідальності (ч. 6. ст. 8 *leg cit*), але компетентний орган і порядок визначення виду відповідальності в Законі не було конкретизовано.¹⁴ В контексті медіа, новелою є те, що Закон про олігархів охопив не лише друковані засоби масової інформації, а й інтернет-ЗМІ.

Щодо **порядку визнання особи олігархом**, неотримання особою повідомлення, неподання нею спростовань щодо її належності до олігархів, не є підставою для відкладення/залишення без розгляду Радою національної безпеки і оборони України подання про визнання її особою-олігархом (ч. 5 ст. 5 *leg cit*). Рішення про виключення особи з Реєстру олігархів **може бути** прийнято Радою національної безпеки і оборони України на підставі заяви особи, включеної до Реєстру олігархів, та поданих нею документів (ч. 4 ст. 9 *leg cit*), що вказує на відсутність з боку держави такого обов'язку.

Водночас рішення Ради національної безпеки і оборони України (РНБО) про включення/виключення особи в Реєстр олігархів вводиться в дію саме Президентом України. Це свідчить про те, що, вірогідно, Закон про олігархів наділяє Президента повноваженням, яке прямо конституційно закріплено не було. Необхідно зазначити, що повноваження Президента визначаються

¹⁴ *Ibid.*, С. 4.

виключно Конституцією України¹⁵, які закріплені в ст. 106 КУ, і не можуть бути розширені законом або іншим нормативно-правовим актом, про що неодноразово наголошував КСУ у низці рішень (№ 7-рп/2003 від 10.4.2003 р.; № 9-рп/2004 від 7.4.2004 р.; № 1-рп/2007 від 16.5.2007 р.; № 19-рп/2008 від 2.10.2008 р.; № 21-рп/2008 від 8.10.2008 р.). У цьому зв'язку, через ризик прийняття помилкових, упереджених чи заполітизованих рішень щодо конкретних осіб, необхідно було б передбачити закріплення правових запобіжників¹⁶, включаючи право особи на оскарження рішень РНБО¹⁷ про внесення її у Реєстр олігархів.

Як випливає з пп. 1 і 4 ч. 4 ст. 6 Закону про олігархів, Реєстри олігархів створюються на основі **обґрунтованого** рішення РНБО на підставі подання уряду, члена РНБО, Служби безпеки України або Антимонопольного комітету. Цей перелік, однак, не включає в себе такі спеціалізовані органи, як, наприклад, Національне антикорупційне бюро. Формування і ведення Реєстру олігархів, надання доступу до нього здійснюється РНБО у відповідності з **Положенням про Реєстр олігархів**¹⁸.

Станом на липень 2022 р. відомо, що РНБО вже створено Реєстр олігархів, інформація про кандидатів до якого ще продовжує надходити.¹⁹ Оскільки Реєстру з прізвищами конкретних людей, які підпадають під визначення «олігарх», фактично поки що у відкритому доступі немає²⁰, як і Декларацій про контакти, то, окрім прийняття Закону про олігархів, що є основою для державної стратегії з деолігархізації, не менш важливим

¹⁵ Конституція України від 28.6.1996 р. (в ред. від 1.1.2020), ВВРУ 1996, № 30, ст.141.

¹⁶ *Передерій О.С., Григоренко Є.І.*, Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство» 2022/4, С. 30.

¹⁷ *Сущенко Ю.*, Закон про деолігархізацію, С. 5. Див. також *Передерій О.С., Григоренко Є.І.*, Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство» 2022/4, С. 30.

¹⁸ [УКАЗ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ №459/2022 — Офіційне інтернет-представництво Президента України \(president.gov.ua\)](#) (1.2.2022).

¹⁹ Див. <https://mind.ua/news/20244309-u-rnbo-stvorili-reestr-oligarhiv> (1.2.2022).

²⁰ <https://forbes.ua/news/pid-oznaki-oligarkhiv-potraplyayut-86-osib-sekretar-rnbo-20072022-7273> (1.2.2022).

залишається питання його практичної реалізації в Україні. Важливу роль тут відіграють як судова гілка влади, так і спеціально створені антикорупційні державні органи, діяльність яких має бути злагодженою і ефективною²¹.

Щодо антикорупційної реформи

Оскільки до найбільш корумпованих сфер в Україні досі можна віднести фінансування політичних партій, втручання і здійснення впливу на судові органи, органи державної влади, правоохоронні органи²², то для протидії корупції важливу роль має забезпечення належного функціонування судових органів, прокуратури, слідчих органів та інших органів спеціально створених органів.²³

В Україні систему спеціалізованих органів для протидії корупції складають: *Вищий антикорупційний суд, спеціальна антикорупційна прокуратура, Національне агентство з питань запобігання корупції, Національне антикорупційне бюро України.*²⁴ Додатково важливу роль відіграють також і органи Національної поліції, органи прокуратури, Державне Бюро розслідувань, Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів.

Корупція в Україні хоч і має систематичний характер, у порівнянні з 2010 р., прослідковуються певні покращення в контексті реформування

²¹ Також див. *Кіяниця В.М.*, Спеціально уповноважені суб'єкти у сфері протидії корупції в Україні, в: Innovations and prospects of world science. Proceedings of the 8th International scientific and practical conference, Vancouver 2022, С. 314-315 (С. 309-318). // [INNOVATIONS-AND-PROSPECTS-OF-WORLD-SCIENCE-29-31.03.22.pdf \(sci-conf.com.ua\)](https://www.sci-conf.com.ua/INNOVATIONS-AND-PROSPECTS-OF-WORLD-SCIENCE-29-31.03.22.pdf) (1.2.2022).

²² *Макаренков О.Л., Коломоєць Т.О.*, Визначення шляхів реформування антикорупційного законодавства України відповідно до європейських стандартів, Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки, 2022/2, Том 33(72), С. 45 (С. 41-47).

²³ *Макаренков О.Л., Коломоєць Т.О.*, Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського, С. 41.

²⁴ *Миргород-Карпова В.В.*, Місце і роль Вищого антикорупційного суду України в державному механізмі протидії корупції, Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка 2022/1(97), С. 249 (С. 246-254).

законодавства. Попри невдалу спробу у грудні 2020 р. повністю заблокувати антикорупційну реформу в Україні за допомогою її судових органів²⁵, про це свідчить наступне: прийняття спеціального законодавства (**Закону України «Про запобігання корупції» № 1700-VII від 14.10.2014 р.**), Антикорупційної стратегії на період 2020-2024 рр.²⁶, а також створення (розширення) системи антикорупційних органів.²⁷ Наразі реформування антикорупційного законодавства України полягає в його подальшій поступовій гармонізації з правом ЄС та наближенням до європейських стандартів.²⁸

Висновки

Попри те, що деолігархізація і антикорупційна реформа є складними, комплексними і довготривалими процесами, які ще не завершені в Україні, незважаючи на триваючу військову агресію РФ проти України, за період з червня 2022 р. на законодавчому рівні Україна досягла у прискореному режимі значних успіхів у цих сферах, і слугує прикладом для наслідування для інших проєвропейських країн на пострадянському просторі.

Надання Україні статусу країни-кандидата в члени ЄС відповідно до Резолюції Європарламенту від 23.6.2022 р. послугувало стимулом для продовження виконання Україною положень Угоди про асоціацію (ст. 6 Розділу II «Політичний діалог та реформи...» щодо демократизації, верховенства права і належного врядування). У цьому зв'язку, очікується, що повноцінна реалізація Україною, в тому числі в правозастосовній площині, антиолігархічного і антикорупційного законодавства на

²⁵ *Брехаря С.*, Криза проникнення: український контекст, Політичні дослідження 2022/1(3), (С. 34-50), С. 48 // [Перегляд Криза проникнення: український контекст \(ipriend.gov.ua\)](https://ipriend.gov.ua) (1.2.2022).

²⁶ <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2020/09/Antykoruptsiyna-strategiya-na-2020-2024-roky-za-rezultatamy-publichnyh-obgovoren-16.09.2020.pdf> (1.2.2022).

²⁷ *Макаренков О.Л., Коломоєць Т.О.*, Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського, С. 41.

²⁸ Див. також *Передерій О.С., Григоренко Є.І.*, Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство» 2022/4, С. 27, 29.

внутрішньодержавному рівні слугуватиме поштовхом до ще більш прискореної євроінтеграції України, а згодом і до отримання нею членства в ЄС у найближчому майбутньому.

Slinko Tatyana,

professor, head of the Department of Constitutional Law of Ukraine

Yaroslav the Wise National Law University

ADAPTATION OF UKRAINIAN MEDIA LEGISLATION TO EUROPEAN STANDARDS

European integration at the current stage is the main direction of the continent's development, which will determine the situation in Europe itself in the third millennium, and its place in the world. This is fully consistent with the vision of the future of all the leading democratic states that at one time decided to establish the European Union (the EU since 1991, and before that, since 1957, the EEC). Moreover, the correctness and prospects of the chosen direction are confirmed in practice. As you know, since its creation in 1957, thanks to transformations, constant improvement of mechanisms of interconnection and the desire for progress in all spheres, the EU is gradually becoming one of the most powerful political and financial and economic centers of the modern world, a key component of the newly created European security architecture, the core formation and approval of the system of European standards. Throughout its existence, the European Union sought to unite countries on the basis of the development and successful achievement of common economic, political and social goals, which, of course, was not successful, because the countries of the Union profess balanced and sustainable social and economic progress, which is facilitated, in particular, by creating a space without internal borders, strengthening economic and social integration. A clear example of the success of gradual movement forward is the creation of a single market for almost 450 million Europeans, which ensures the free movement of people, goods,

services and capital. The advantages of joint efforts can be listed further, because they are obvious and understandable.

In view of the above, it becomes clear that Ukraine, its citizens and public authorities have chosen a course for European integration. Choosing such a vector of development, among other things, will make it possible to strengthen national security, strengthen sovereignty and defend territorial integrity, which is extremely relevant at the moment. However, for this, first of all, it is necessary to mobilize Ukrainian society and the authorities, to strengthen their interaction.

Note that Ukraine not only made a choice, enshrining it in documents, but also proved by its actions that it has achieved a lot in this direction. It is about drawing up a so-called road map, defining gradual steps for carrying out a series of reforms and adapting Ukrainian legislation to European legislation, establishing criteria and standards. Of course, not everything worked out on the first try, as a result, criticism was heard, remarks were made. One of the most significant comments made by various European institutions concerned the imperfection of the mechanisms for fighting corruption, which is known to be not only a national, but a global evil, as well as the delay in adopting the Law "On Media". However, having guidelines, Ukrainian society confidently moved forward, eliminating shortcomings, overcoming obstacles, correcting mistakes, carrying out decisive reforms, taking into account the experience of democratic states, recommendations and expert opinions. As a result, on June 23, 2022, the member states of the European Union voted to grant Ukraine the status of a candidate country for joining the European Union. It became a significant event.

The Deputy Prime Minister for European and Euro-Atlantic Integration of Ukraine Olha Stefanishyna commented: "We welcome this historic decision of the European Union, which actually means that the large family of European Union countries sees Ukraine as an EU member. In these difficult times, the EU heard the

people of Ukraine and clearly stated that our state belongs to Europe, we have a common powerful future" [1]. Of course, this is only the first step.

Obtaining such a status means that the process of Ukraine's acquisition of membership in the EU is launched, which, as already emphasized, our country is actively working on, not stopping for a moment its progress even in war conditions, determining further steps and priority directions for reforms in order not to lose momentum integration

It is clear that painstaking daily work is ahead, because a lot still needs to be done, since the European Union, making its fateful decision for our country, set a number of tasks that should be completed. These are such as:

- strengthening the fight against corruption;
- carrying out the reform of the Constitutional Court of Ukraine;
- continuation of judicial reform in Ukraine;
- adoption of the anti-oligarchic law;
- strengthening the fight against money laundering;
- development and adoption of the law on media (to bring media legislation in line with European legislation);
- changing the legislation on national minorities.

The above once again confirms that we need, first of all, to make appropriate changes to the legislation of Ukraine and introduce effective mechanisms in order to confirm its effectiveness and compliance in practice, based on existing global examples.

First of all, we will consider what has already changed and what changes are expected in Ukraine on the way to membership in the European Union.

Considering the topic, let's focus primarily on the media law, the adoption of which (as already mentioned) is one of the requirements for Ukraine's accession to the EU. As you know, the European Commission recommended that our country "combat the influence of private interests by adopting a law on media, which brings Ukrainian legislation into line with the EU Directive on audiovisual media services and empowers an independent media regulator." This was confirmed by the President of the European Commission, Ursula von der Leyen, during a video address to the Verkhovna Rada of Ukraine on June 1, 2022 [2].

It can be seen that such a task is timely, because the domestic legislation on mass media is outdated and has been for a long time, taking into account the fact that the world is constantly developing, new ways of spreading and obtaining information appear, which have the right to exist at the legislative level, and need to be updated. Unfortunately, at this time Ukraine is still governed by the law adopted back in 1995.

Based on this, the draft law on media, as emphasized by the Speaker of the Parliament Ruslan Stefanchuk, was included in the package of European integration draft laws, which the Verkhovna Rada plans to consider by the end of the year [3].

However, the issue of developing and adopting the Law "On Media" has been on the agenda since 2019, when the draft of this act was registered in the Verkhovna Rada of Ukraine. The provisions of the document provided for the introduction of free access to truthful information, consolidation of democratic rights to the dissemination of independent information. The aforementioned Law was supposed to ensure freedom of speech in the country, which is extremely important for a modern democratic state. In May 2020, the Verkhovna Rada of Ukraine returned the draft law for revision, as there were many controversies surrounding it, in particular, regarding its democratic nature, as well as discussions between representatives of the authorities, which consider this draft law acceptable, and representatives of the mass media, who fear that it will limit their rights. Moreover, there were many

appeals regarding its inadmissibility. All this confirms that it needed significant revision.

Having analyzed the opinions of representatives of the authorities, the public, and the media, we can say that media representatives, caring for freedom and striving for greater independence, in our opinion, should first of all be aware of all the risks and dangers of their activities, because their influence on society is significant. As the analysis of the provisions of the draft law shows, it does not limit freedom of speech in the media space, although it contains some exceptions. Let's dwell on this in more detail.

First of all, let us point out that a review of the provisions of the draft Law of Ukraine "On Media in Ukraine", adopted in the first reading by the Verkhovna Rada of Ukraine on August 30, 2022, allows us to state that it is aimed at ensuring the realization of such rights as freedom of expression, obtaining versatile, reliable and operational information, pluralism of opinions and free dissemination of information, protection of national interests of Ukraine, as well as, and this is very important, the rights of users of media services. Equally important in the context of the need to comply with European standards and compliance with generally recognized criteria for media activity is the fact that its regulation will be based on the principles of transparency, fairness and impartiality, stimulation of a competitive environment, equality and independence of the media.

Having thoroughly studied the text, we can state that the mentioned draft law (reg. No. 2693-d) proposes:

bring the definition of the terms "European product", "European production studio", "national product", "independent production studio" into compliance with the requirements and criteria of the European Union Directive on audiovisual media services;

strengthen the procedure for the protection of copyright and related rights;

to remove foreign non-linear media and foreign information sharing platforms (in particular, Netflix, Amazon Prime Video) from the subjects regulated by the Law "On Media";

exclude provisions on the obligation to broadcast radio channels, TV channels, program catalogs originating from countries that are parties to the European Convention on Transfrontier Television or member states of the European Union, in the official languages of these states;

prohibit all persons registered in offshore zones from participating in providers of electronic communication services;

to specify the requirements for the transparency of the ownership and control structure, to regulate the issue of community broadcasting taking into account the recommendations of the Council of Europe experts, in particular, in terms of separating community broadcasting entities from entities established by local authorities;

to expand the guarantees of protection of children from harmful content, in accordance with the recommendations of experts of the Council of Europe, to clarify the grounds for granting the right to answer or to refute information: to establish that such grounds are the dissemination of information that does not correspond to reality;

to clarify the procedure for broadcasters to disseminate information about events of significant public interest, to simplify the conditions for registration of printed publications: to establish that they are subject to mandatory registration only during the period of military aggression, to strengthen the authority of the regulator in terms of imposing sanctions on subjects in the media sphere, to specify limitations in in the field of media related to armed aggression (specify the list of entities that cannot be entities in the media field in Ukraine, criteria for prohibited content, etc.) [4].

Note that the mentioned act, like European legislation, provides that the state should have the right to freedom of thought and free expression of views and beliefs, disclosure of information, and exceptions are applied to eliminate a threat to the state (for example, creating artificial panic among citizens by false or exaggerated information, inciting inter-national, inter-ethnic or inter-confessional enmity, justifying aggressive actions of one country against another), which is quite acceptable and necessary to protect the interests of both the state itself and citizens.

First of all, we would like to point out that licenses and, according to the statement, registration are suspended for the media working in the occupied territories. After release, if the media does not apply for reinstatement or the owner is convicted of a crime against national security, the regulator decides to revoke the license or cancel the registration. It can be seen that thanks to the clarity and systematic presentation of norms and rules, all components of regulation have improved, which, in turn, contributes to increasing the effectiveness of the National Council's response to violations (the importance of this has become obvious, especially recently, in the conditions of war), ensures the speed and effectiveness of its work.

The provisions regarding online media have undergone significant changes. As before, their registration is voluntary, but the National Council will have the power to respond to violations regardless of whether the media is registered or not [4].

In addition, the draft law under consideration contains requirements according to which the publication of raw data of online media will be extended only to registered entities, as well as a mechanism for co-regulation. Let's dwell on this in more detail. As you know, the EU Directive on Audiovisual Media Services requires states to support and develop self-regulation and co-regulation mechanisms in the media sphere. It is noteworthy that Chapter VII of the draft law is devoted to this issue. Thus, in the updated edition, there were even norms-guarantees of self-regulation: "The presence of joint regulation in the field of media does not limit the

freedom of sectoral and other self-regulation in the field of media and journalism, which operates on the principles of voluntary participation, self-government and non-interference of the state" [4]. Despite the fact that all other norms relate to co-regulation, the very provision in the Ukrainian legal act of such an important institution as joint regulation, which has not existed until now, in our opinion, once again confirms the desire to adapt media legislation to European standards. Moreover, thanks to its appearance, the media regulator will have the opportunity to perform two important tasks together with the media:

1) develop codes of information creation and dissemination that will establish criteria for the presence (absence) of content restrictions. The latter, and this is no secret, are often broad and imprecise (hate speech, propaganda, content harmful to a child's health, etc.). This will allow both the regulator and the media to more clearly understand the rules of the game and determine their behavior, which will positively affect the content of the product that the audience will receive;

2) to provide independent expertise in specific cases regarding violation of media restrictions defined by legislation. Only those media that have voluntarily joined the co-regulation system will have the right to such independent conclusions.

Both the norms of the media codes and the conclusions of expert panels in specific cases of violations will have, on the one hand, a recommendation nature for the regulator, and on the other hand, the draft law requires that any non-application of the codes or deviation from the conclusions be substantiated in the decision of the National Council. The working group is convinced that such a mechanism allows, firstly, not to replace the role and status of the regulator with co-regulation, and secondly, to give weight and systematicity to the results of the work of such a symbiosis. Until the emergence of co-regulatory bodies, codes and expert panels, the regulator will independently apply all restrictions defined by law.

The fact that the Code of Ethics of a Ukrainian journalist is mentioned in this act is no less important [5]. We would like to remind you that this Code was adopted on 04/24/2004 at a congress of journalists who are signatories of the document, and its latest edition with changes made and approved at a congress of signatories is dated 10/04/2013. The mentioned document was approved on 12/12/2013. at the plenum of the National Union of Journalists of Ukraine (NSJU), and before this decision of the Committee of the Independent Media Trade Union of Ukraine (NMPU). The Code contains 19 articles. What is decisive, in our opinion, is that they are written on the basis of human rights and freedoms set forth in the Universal Declaration of Human Rights, the UN World Charter on Freedom of the Press, the Declaration of the Principles of Journalist Conduct of the International Federation of Journalists, the Constitution of Ukraine and current legislation. Given the topic of the publication, it is worth mentioning the following.

Article 1. Freedom of speech and expression is an integral part of a journalist's activity. It is considered that the above is a guarantee of one of the basic human rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights.

Article 2. Serving the interests of the authorities or founders, rather than society, is a violation of journalist ethics. The provision of this provision indicates that Ukrainian media workers are against "commissioned" reporting and censorship. As if to continue the above, Article 6 states: "Respect for the public's right to complete and objective information about facts and events is the first duty of a journalist."

Article 3. A journalist must treat a person's private life with respect [5].

Separately, let's focus on the fact that in Art. 12 contains an additional guarantee of citizens' right to receive reliable information: "A journalist is obliged to do everything possible to correct any disseminated information if it turns out to be untrue" [5].

One cannot ignore the fact that a separate section of the media draft law is devoted to community media - the third sector of broadcasting that exists in Europe in parallel with public and commercial ones.

Norms regarding responsibility have undergone the greatest transformation. It can be said that the philosophy has changed, which now takes into account the peculiarities of the nature of online media. In particular, the total number of violations will be counted not over the course of a year, but over the course of a month. This is an important guarantee, because if a certain illegal act is not committed during this time, the account is terminated, and therefore, a more serious sanction cannot be applied.

Having analyzed the content of the draft law, we will emphasize that with its adoption, the media community is in for some innovations. Thus, an important new feature is the division of online media sanctions into three categories – registered, unregistered, but in which it is possible to establish who exercises editorial control, and anonymous. And if the regulatory mechanism is the most loyal for the registered ones, it is the toughest for the anonymous ones who do not respond to the regulator's appeal.

By the way, the aforementioned joint regulation of media by the state and the industry should also be included among the innovations of Ukrainian legislation. This, in our opinion, is a significant step forward. It is good that the government and the media reached an understanding on this issue. As a result, and this has already been discussed, a separate section of the draft law is devoted to joint regulation.

Summarizing, let's add that, given the urgency and need to develop, so to speak, the rules of the game, the adoption of the Law "On Media" is timely, and the draft law under consideration should become a starting point in this case. This is confirmed by the results of a comparative legal analysis published by "Ukrainian

News", 10% of the provisions of the draft law refer to the EU directive, the rest are innovations of Ukrainian developers.

It should be noted that Ukraine has taken many decisive steps forward, carried out most of the legislative changes that are necessary for acquiring the status of a member of the European Union. However, at this stage, the question arises about effective mechanisms and procedures for the implementation of new legislation and high-quality personnel selection of officials.

At the same time, there is still a lot of work ahead. This applies, for example, to the adoption of the new law on media, around which there were many discussions, disputes and dissatisfaction with media representatives. However, it was understood that its adoption would make it possible to harmonize legislation in this area with European legislation and correct past mistakes. Thanks to this, on December 13, 2022, the Verkhovna Rada of Ukraine adopted the Law of Ukraine "On Media in Ukraine". 299 People's Deputies voted for the document. It is expected that this Law will create the necessary conditions for the development of the media sphere, the realization of the right to freedom of expression, the right to receive versatile, reliable and operational information, to ensure pluralism of opinions and free dissemination of information, to protect the national interests of Ukraine and the rights of users of media services, regulation activities in the field of media in accordance with the principles of transparency, fairness and impartiality, stimulation of a competitive environment, equality and independence of the media.

References:

1. Ukraine received the status of a candidate for EU membership. URL: <https://usg.org.ua/ukrayina-otrymala-status-kandydata-na-chlenstvo-v-yes/>
2. The President of the European Commission and the President of Ukraine spoke in the Verkhovna Rada. What did they say? URL: <https://hromadske.ua/posts/u-verhovnij-radi-vistupili-prezidentka-yevrokomisiyi-ta-prezident-ukrayini-sho-skazali>
3. "Our course is full membership in the EU." Stefanchuk stated that the Council fulfilled the requirements of the European Commission. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-rada-vstup-do-eu/32176036.html>
4. Draft Law on Media No. 2693-d dated July 2, 2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69353
5. Code of ethics of a Ukrainian journalist. URL: <https://cje.org.ua/ethics-codex/>

Prof. Dr. Moskvych Lidiia,

Gastwissenschaftlerin der Hochschule RheinMain (Wiesbaden, Deutschland),
Außerordentlicher Professor der Abteilung für Strafverfahren der Nationalen
Rechtsuniversität, benannt nach Jaroslaw dem Weisen (Charkow, Ukraine)

UNABHÄNGIGKEIT DES RICHTERS ALS EUROPÄISCHER WERT

Nachdem die Ukraine ihren Wunsch nach Integration in den europäischen Rechtsraum bekundet hatte, erkannte sie an, dass eines der schwerwiegenden Probleme darin besteht, das Funktionieren einer unabhängigen Justiz sicherzustellen. Unter diesen Bedingungen ist es wichtig, potenzielle Bedrohungen für die Institution der Unabhängigkeit der Justiz im Rechtsmechanismus zu analysieren und zu identifizieren, um Gelegenheiten für negative Praktiken zu beseitigen und die Rechtsordnung für das Funktionieren der unabhängigen Justiz zu verbessern.

Die Ukraine hat natürlich einen langen Weg zurückgelegt, um eine Institution unabhängiger Gerichtsbarkeit zu schaffen, die im Prinzip in der Phase der Bildung der Ukraine als souveräner Staat nicht existierte. Deshalb hatte das erste Konzept der Justizreform (1992) die Schaffung einer unabhängigen Justiz zum Ziel. Die Gesetze, die zur Umsetzung des spezifizierten Programmdokuments verabschiedet wurden, bildeten ein System von Garantien für die absolute Unabhängigkeit der Richter, was leider einen Nebeneffekt hatte - ein Gefühl des Ausnahmestatus, "Unverletzlichkeit" im schlimmsten Sinne des Wortes.

Leider haben sich Machtmissbrauch, Gesetzesverstöße, Korruption und andere negative Phänomene im juristischen Umfeld verbreitet. Hauptgrund war unseres Erachtens die Verletzung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen der

Unabhängigkeit der Richter und ihrer beruflichen Verantwortung. Aus diesem Grund bestimmte das nächste Konzept der Justiz- und Rechtsreform unter den strategischen Aufgaben die Bildung von Institutionen der beruflichen Verantwortung von Richtern und die Einführung von Institutionen der öffentlichen Kontrolle in das System der Rolle in der beruflichen Tätigkeit von Richtern.

Das Institut für disziplinarische Verantwortung hat sich allmählich von einer Vielzahl von Subjekten mit der Befugnis, Beschwerden gegen die Handlungen von Richtern zu prüfen, zu einer einzigen autorisierten Instanz gewandelt, die derzeit der Oberste Justizrat ist. Von einer eher unspezifischen Aufzählung von Bestandteilen eines Disziplinarvergehens bis hin zum Versuch einer möglichst normativen Bestimmung der Liste von Handlungen eines Richters, die eine potenzielle Disziplinarhaftungsdrohung enthalten. Von einer ziemlich begrenzten Liste von Disziplinarstrafen bis hin zu sechs Arten (im Moment). Können wir sagen, dass die Ukraine ein vernünftiges Gleichgewicht zwischen der Unabhängigkeit eines Richters und der effektiven Kontrolle seines Verhaltens gefunden hat? Meiner Meinung nach nein. Immerhin hat sich die Waage nun in die andere Richtung geschlagen. Das Gebot der Transparenz und Offenheit der Justiz schließt derzeit den Bereich des Privatlebens des Richters aus.

Der Mangel an ethischen Anforderungen und Verhaltenskultur seitens öffentlicher Aktivisten, Massenmedien, politischer Persönlichkeiten und einfacher Bürger hat dazu geführt, dass Richter jetzt einen extremen psychologischen Einfluss verspüren und sich Sorgen um ihren beruflichen Ruf, um ihre Familienmitglieder machen, zu ihrer persönlichen Sicherheit. Das Spiel der „Hexenjagd“ entwickelt sich aktiv in der ukrainischen Gesellschaft, und aus Angst, ein Ziel in diesem Spiel zu sein, müssen die Richter außergerichtlichen Verbindungen mit verschiedenen öffentlichen Institutionen zustimmen, was sich offensichtlich nicht positiv auswirkt die Unabhängigkeit des Richters.

Verschärft wird die Situation auch dadurch, dass die Ukraine auf finanzielle Hilfe angewiesen ist, zumal diese Abhängigkeit sich während des Krieges verstärkt hat. Ich stimme finanzieller Unterstützung zu, insbesondere im Justizsektor, Spender greifen aktiv in das Verfahren zur Lösung organisatorischer Probleme des Funktionierens der Justiz ein, was natürlich sowohl die staatliche Souveränität als auch die Unabhängigkeit der Justiz bedroht.

Tatsächlich begann ein solches aktives Eingreifen im Jahr 2016, seit dieser Zeit begann das völlige Ungleichgewicht der Justizgewalt, das im Moment aus meiner Sicht zu katastrophalen Folgen geführt hat. Und vor allem leiden die einfachen Bürger, die nicht in der Lage sind, umgehend einen professionellen Schutz ihrer Rechte zu erhalten.

Bereits aus diesem kurzen Überblick wird deutlich, dass das Institut der richterlichen Verantwortung in einem komplexen direkten Verhältnis zur Justiz steht und die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit berührt. Daher ist das Zusammenspiel dieser beiden Konzepte – gerichtliche Unabhängigkeit und gerichtliche Verantwortung – ein ernsthaftes theoretisches und praktisches Problem, das im Zusammenhang mit den Bestrebungen der Ukraine nach europäischer Integration ein neues Verständnis und eine schrittweise Umsetzung in die Rechtsvorschriften und die Praxis der Interaktion der Gerichte erfordert mit anderen politischen Gremien und Institutionen der Zivilgesellschaft.

Und erstens ist es notwendig, den Inhalt der beruflichen Verantwortung eines Richters auf regulatorischer Ebene klar zu definieren. Nach europäischen Maßstäben bedeutet die berufliche Unabhängigkeit des Richters, dass er bei seiner Entscheidung ausschließlich dem Gesetz unterliegt. Weder die Legislative, noch die Exekutive, noch die Mitglieder der Justiz haben das Recht, dem Richter vorzuschreiben, wie der Fall zu entscheiden ist. Dieser Ansatz wird noch konsequenter verstanden und gilt für die gesamte Fallbetrachtung dahingehend, dass der Richter bei seiner Entscheidung unabhängig von äußeren Einflüssen ist. Das heißt, alle

Verfahrenentscheidungen des Richters, die sowohl vor als auch nach der endgültigen Entscheidung über den Fall getroffen werden (einschließlich des Zeitpunkts der Prüfung des Falls, der Auswahl von Zeugen usw.), beziehen sich ausschließlich auf den Bereich der beruflichen Unabhängigkeit von Richter.

In der Ukraine zum Beispiel ist man froh, im Zusammenhang mit Disziplinarverfahren Gerechtigkeit zu haben, Sie können die Unterlagen des Gerichtszertifikats anfordern und die Entscheidung des Gerichts auf der Grundlage seiner Entscheidung über Disziplinarverfahren stellen. Aus Sicht der europäischen Standards erfolgt eine solche Einführung in die Gerichtspraxis des Gerichts der Disziplinarinstanz und bei beeinträchtigter beruflicher Unabhängigkeit. Die Venezianische Kommission hütete sich vor diesem Vorstoß und deutete an, dass eine Art „erhabener“ disziplinarischer Überprüfung der Gerichtsentscheidung würdig wäre, indem sie ein Bußgeldverfahren der Verleumdung über die Grenzen hinaus einrichtete und die unabhängige Entscheidung bedrohte. So stellte die Venedig-Kommission in einem der Gerichte fest, dass die Kontrolle über die disziplinarische Ernährung, die die Aufrechterhaltung besonderer und beruflicher Verpflichtungen der Richter erfordert, nicht die Möglichkeit verleumdet, die Gerichtsentscheidungen zu überprüfen und zu beurteilen, ob die Richter sie durchsetzen werden das Gesetz. Die Verwaltung von Begnadigungen sollte dem Gesetz übergeben werden, wenn die Entscheidung getroffen wird, sie kann durch die Gerichtsentscheidung gekündigt werden und nicht durch das Disziplinarverfahren des Gerichts, das die Entscheidung gelobt hat. Aber der ukrainische Gesetzgeber hörte die Empfehlungen nicht.

Das zweite Problem ist die Tabelle der Arbeitszeit des Gerichts. Dennoch gilt für europäische Ansätze, der Grundsatz der beruflichen Unabhängigkeit garantiert den Richtern die Möglichkeit, Zeit und Ort für die Wahrnehmung ihrer richterlichen Pflichten selbstständig zu bestimmen; Niemand hat das Recht zu verlangen, dass er im Büro arbeitet oder während der Arbeitszeit ständig im Büro verfügbar ist. Sofern

der Richter anwesend ist, wenn seine Pflichten es erfordern, vor allem bei Gerichtsverhandlungen, steht es ihm frei, beispielsweise von zu Hause aus zu arbeiten.

Die ukrainische Gesetzgebung verlangt, dass Richter während der Arbeitszeit in ihrem Büro sind. Ihre Anwesenheit an anderer Stelle während der Arbeitszeit kann Gegenstand eines Disziplinarverfahrens sein.

Nach europäischen Standards, die berufliche Unabhängigkeit der Richter kann nur durch ihre persönliche Unabhängigkeit gewährleistet werden. Das bedeutet, dass Richter ohne ihre Zustimmung nicht entlassen oder an ein anderes Gericht versetzt werden können, wodurch sichergestellt wird, dass Richter nicht für Entscheidungen zur Rechenschaft gezogen werden können, die nicht von der Exekutive genehmigt wurden. Nur in Fällen offensichtlichen und schwerwiegenden Fehlverhaltens kann ein Richter seines Amtes enthoben oder entlassen werden, und nur durch eine gerichtliche Entscheidung. Leider können ukrainische Richter seit 2016 überhaupt nicht mehr wegen grober Amtspflichtverletzung entlassen und ohne ihre Zustimmung an ein anderes Gericht versetzt werden.

Abschließend ist festzuhalten, dass das System der Unabhängigkeit der Justiz der Eckpfeiler für den Aufbau der Ukraine zu einem echten Rechtsstaat ist. Insbesondere wenn wir über die europäische Integration der Ukraine sprechen, sollten die Institutionen der richterlichen Unabhängigkeit in Übereinstimmung mit den bereits etablierten europäischen Standards in dieser Angelegenheit angepasst und verbessert werden.

Tetiana Vilchyk,

Doctor of Law (PhD), professor of the Yaroslav National Law University the the Wise, lawyer. Head of the Department of Advocacy. Kharkov / Wiesbaden.

ACTUM DE QUOTA LITIS:

WAYS OF IMPLEMENTATION IN THE LEGISLATION OF UKRAINE

Introduction. Currently, the "success fee" is in the field of special attention of the legal community, and the issue of its regulation in the legal system of many countries remains one of the most controversial and discussed. At its core, "pactum de quota litis" is an agreement on the provision of legal assistance, when a lawyer committed to solving the the client's problems for a certain amount of money.

Despite the fact that the admissibility of the "success fee" remains a problematic issue in the regulation of legal aid fees, in the judicial practice of different countries there is a change in the vector from a complete ban on this condition to its resolution with a number of important reservations. Sometimes the courts decide on the recovery of the "success fee" from the losing side, however, at the same time, a reservation is made about its reasonableness and validity.

Disputes between supporters and opponents of the use of quota litis have been going on for several millennia. As far back as Roman times, a lawyer's fee was set by the judge, taking into account the nature of the trial (modo litis), the lawyer's capacity (lawyer facundia) and the relevance of the case at the local level (fori consuetudine). However, the fee was limited, with a maximum of 10,000 sesterces. Contemporary supporters of the quota litis include researchers such as Christoph De

Backer and Nino De Lathauer¹, while opponents are James A. Brundage² and Etienne Mollo.

In my report, I intend to focus on: 1) analysis of international experience in resolving the issue of success fees, including the foreign countries and decisions of the European Court of Human Rights (ECHR), 2) legal and ethical problems of success fees, 3) legal regulation of this issue in Ukraine ...and on the basis of which I will try to do own conclusions on this issue.

1. International experiences in the regulation of Success Fees

General code of rules for lawyers of the countries of the European Community, adopted at the plenary session in Strasbourg, states that a lawyer must not enter into a pactum de quota litis. (3.3.1). A negative position on Pactum de quota litis is also contained in the Code of conduct for European lawyers: adopted at the plenary session CCBE in Brussels.

The analysis of international documents revealed several options for agreements between a lawyer and his client on payment for lawyer services, depending on the outcome of the case:

Success fee or Latin language ***Pactum de quota litis*** is a concept used in Western European countries, mainly related to the civil law system.

“Probable fee” (eng. Contingency fee) - a fee for the services of an lawyer, which is paid only in case of a successful resolution of the case and is usually a percentage of the amount that the lawyer was able to receive.

¹ De Backere C., Lathauwer De N. Contingent fees: beyond the intuitive threat. Jura Falconis. 2013. Vol. 49. № 1. P. 101–126.

https://www.academia.edu/12224470/Contingent_Fees_Beyond_the_intuitive_threat

² James A. Brundage The Crusades, Holy War and Canon Law. London: Variorum, 1991. xi, 300 pp.

“Contingent fee” is a form of additional remuneration that is paid to a lawyer, in accordance with the conditions: “no win, no payment).³

For example, in the United States, it is common practice to use "probable fee". If the case is lost, the lawyer remains unpaid. Additionally, a lot of states have restrictions on the use of "probable fees" in malpractice cases. Some states have a maximum interest rate on such cases (for example, 33.33 percent of compensation received in Tennessee and Utah).

An example of a successful “forensic investment project” is the class-action lawsuit filed in New York City by more than 9,000 workers who were cleaning up the aftermath of the 9/11 terrorist attacks 2001. As a result, investors fully compensated for the spent funds, and also received \$11 million dollars in net profit.

Also, the “probable fee” is legalized in all provinces of Canada, but it is implemented only on the condition that the agreement providing for its payment has been approved by the court. In the Canadian province of Quebec, possible fees ranging from 15 fifteen to 25 percent of the compensation received are available, but such transactions can be appealed if they are “unreasonable”.

In the UK, on April 5, 2019 two thousand nineteen, the law, prohibiting the coverage of the success fee by the defendant's funds in certain categories of cases (for example, defamation and privacy claims), came into force.

In Australia, contingent fee agreements are permitted under the Legal Profession Uniform Law, which is enacted locally in the states of New South Wales and Victoria. Under this law, if a case is successful, the lawyer is allowed to receive a "success fee" of up to 25% of the normal fee fixed in the agreement. However,

³ Чому в Україні «не люблять» гонорар успіху ? <https://jur-gazeta.com/dumka-eksperta/chomu-v-ukrayini-dosi-ne-lyublyat-gonorar-uspihu-advokata.html>

American-style "probable fees" representing a percentage of the compensation received by the client are prohibited here.

German Federal Constitutional Court ruled that the ban on "success fee" is unconstitutional. The subsequent Act on the Remuneration of Lawyers of 5 May 2004 (*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz - RVG*)⁴ established a regulated tariff system by which a lawyer's fee can be calculated for work on a particular case, based on the amount of money in dispute or the amount of compensation expected. At the same time, if the *litis quota* agreed in accordance with Article 4a is unduly high, it can be reduced to the appropriate amount in court, to the amount of the statutory award (art. 3a of the Law).

Quota litis may only be agreed on a case-by-case basis and only if the client would reasonably be prevented from proceeding without a quota agreement due to his economic situation (art. 4a of the Law).

German courts continue to shape the practice of applying the "success fee". Thus, on September 25, 2014, the Federal Supreme Court of Germany ruled that a lawyer who does not inform his client about more favorable rates for him, including on the terms of a "success fee", is committing fraud.

In 2008, the Spanish Supreme Court annulled the ban established by Art. 16 of the Code of Conduct for Lawyers, adopted by the General Council of the Bar of Spain, which limits the types of fees a lawyer can charge his client. The court ruled that such a ban had a negative effect on competition, since the lawyer and his client could not freely set the amount of fees for the provision of legal services and thus indirectly contributed to the establishment of the minimum fee rate.

2. Practice of the European Court of Human Rights

⁴ Act on the Remuneration of Lawyers of 5 May 2004.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_rvg/englisch_rvg.html

The ECHR understands the “success fee” as an agreement according to which the client undertakes to pay the lawyer as a reward a certain percentage of the amount of money awarded to him by the court, if the verdict is in favor of the client. If such transactions are legally valid, then certain amounts are payable by the client (*“Iatridis v. Greece”*, 2000) §55).

The ECHR decided not to deny the possibility of concluding such agreements, leaving the question of their legal force to the discretion of national law. At the same time, the Court does not consider them as full-fledged evidence, which must be taken into account when deciding on the validity and amount of legal costs. In the presence of such agreements, the ECHR is guided primarily by the principle of reasonableness of legal costs, which was reflected in the case of *Pakdemirli v. Turkey*, § 70-72.

According to the Court, legal costs are reimbursed in the amount indicated by the party, if it is proved that these costs are necessary, valid and their amount is reasonable and justified for a particular case (decisions in the cases "*Nikolova v. Bulgaria*" and "*Wetstein v. Switzerland*").

The ECHR considers as an agreement on remuneration in the event of a win (quota litis) only agreements according to which the lawyer's fee must be paid precisely in the form of a share, determined as a percentage, of the amount that can be awarded if the case is won.

The ECHR in its practice distinguishes agreements on the payment of a share of the winnings (when the obligation to pay depends on the winnings of the case and the fee is determined as a percentage of the winnings) from other types of agreements on the «success fee» (when the obligation to pay the fee also depends on the winnings of the case, but its amount is determined in a fixed amount of money, or it is a bonus added to the main amount of the fee).

At the same time, the ECHR, in its decision of 18 January 2011 in the case of *MGN LIMITED v. the United Kingdom*, determined that the recovery from the

losing party of the success fee case is a violation of Article 10 of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. At the same time, it was not the success fee itself that was recognized as a violation of the Convention, but precisely the recovery from the side of the “losing” case.⁵

3. Legal and ethical aspects

The rationality of the success fee is not in doubt, since such an approach is aimed at strengthening the adversarial principle and encourages the lawyer to make every effort to win the case. If this fee is considered in the material plane as a relationship between a lawyer and a client, then there can be no comments or complaints on this score, taking into account at least the principle of freedom of contract.

But the issue of reimbursement of expenses when applying the success fee remains controversial. After all, this ultimately affects the financial situation of the losing party. And from this point of view, the position of the German legislator is defined as more just.

Based on the “moral” aspects, it is inappropriate to allow the losing party to be obliged to reimburse the success fee, since the “success fee” is the means that the party does not risk. The losing party should be required to reimburse all expenses actually incurred minus amounts, establish a “success fee” from the lawyer’s remuneration.

Regarding the principle of proportionality of legal costs, it should be noted that this category is quite subjective and interacts with the discretionary powers of the court. The implementation of these powers in Ukraine is applicable only at the request of the other party. At the same time, the burden of proving the

⁵ Вибрані рішення Європейського Суду з прав людини за статтею 8 Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Київ. 2020.
<https://rm.coe.int/echr-judgements-2020/1680a05791>

incommensurability of costs rests with the party that files a motion to reduce the cost of legal aid.

4. Judicial practice of Ukraine

The Supreme Court of Ukraine recognized that the "Success Fee" is an integral part of the lawyer's fee and refers to legal costs. The court determined the legal essence of the success fee as a suspensive condition, which is quite logical in this context. The court pointed out that when deciding on the distribution of legal costs, one should evaluate the reasonableness of the costs, their proportionality with the price of the claim, the complexity of the case and its significance for the plaintiff (Grand Chamber Supreme Court in Ukraine 05/12/2020)⁶.

The legislation of Ukraine establishes that the success fee in its essence relates specifically to the costs of professional legal assistance, and therefore, the rules for distribution between the parties, along with other legal costs, apply to it. Thus, the amount of expenses should be commensurate with the complexity of the case and the work performed by the lawyer; the time spent by the lawyer on the performance of the relevant work; the volume of services provided by the lawyer; at the cost of the claim and the significance of the case for the party (part 4 of article 126 of the Code of Civil Procedure of Ukraine).

The advantage of quota litis is that the main economic risks are taken by the lawyer, investing his own finances, time and effort in the client's case. This increases the accessibility of the justice system for the average citizen. It is no coincidence that Western jurisprudence uses the dictum that "conditional fees are the average man's key to the courthouse."

⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 травня 2020 року у справі No 04/4507/18 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91572017>

The views of scientists from the standpoint of choosing the “success fee” model of a lawyer, establishing its boundaries, possible inclusion in the composition of legal costs and the expediency of the existence of the institution itself differ.

The main arguments of the opponents of the "success fee" are the identification of a lawyer with a client, the economic interest of a lawyer, the inadmissibility of setting a kind of "price tag" for a court decision. When resolving the issue, it is proposed to proceed from the amount of high wages of judges of the Supreme Court, by the decision of which it is recognized that lawyers and judges in Ukraine, carry out the process of justice.

Conclusions. Currently, both the legislator and the jurisprudence of most countries are moving towards the admissibility of including a “success fee” clause in a legal services agreement.

The success fee as a component of the fee of the legal representative (lawyer) refers to the legal costs of legal assistance. The mechanism for reimbursement of these costs involves: the existence of a provision regarding the success fee in the entitlement agreement with a clear definition of its amount and terms of payment; confirmation of the fact of incurring the costs of paying the success fee; compliance with the criteria of proportionality and reasonableness in the distribution of court costs.

For an effective mechanism of action of *pactum de quota litis*, *in particular in Ukraine*, it is necessary to determine: 1) a list of “positive results for the client”, which will constitute the “success of the case” 2) criteria that form the amount of remuneration. Such criteria include: the complexity and novelty of a certain legal issue, the urgency of fulfilling the client's order, the required time and scope of work, the economic state of the client's affairs. 3) the procedure for reimbursement of client's expenses; 4) the percentage range of prices that can be charged from the

client as a reward, when expressing the result of resolving the case in monetary terms.

For example, damages cases that are sometimes preceded by unpleasant, dramatic, and even tragic events in a client's life should not involve the lawyer encroaching on much of that compensation.

To conclude with Landsman's words: «The contingent fee system has its advantages and disadvantages, but if proper methods can be developed against lawyers' misconduct, this system retains an excellent opportunity for access to court for everybody»⁷.

⁷ S. LANDSMAN, *“The History of Contingency and the Contingency of History”*, *Geo.Wash.L.Rev.* 1998, (261) 265.

Шандула Олександр Олексійович,
кандидат юридичних наук, доцент,
адвокат, м. Харків, Україна

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УКРАЇНІ

(Aktuelle Probleme der kostenfreien Rechtshilfe in der Ukraine)

Забезпечення особи безоплатною правовою допомогою є одним із загальноновизнаних прав людини, яке отримало широке закріплення на міжнародному рівні. Так, відповідно до частини 3 статті 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права від 1966 року, кожен обвинувачений у злочині має право «бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, бути повідомленим про це право і мати призначеного йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають, безплатно для нього в усякому такому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника». Згідно із частиною 3 статті 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод, кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має, зокрема, право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя. В «Основних принципах про роль адвокатів», прийнятих Сьомим конгресом ООН по запобіганню злочинності та поводженню з правопорушниками, закріплено, що особа, яка не має адвоката і коштів на його оплату, має бути безоплатно забезпечена допомогою адвоката,

який має відповідну компетенцію і досвід. Також право на безоплатну правову допомогу підтверджене в численних рішеннях Європейського суду з прав людини.

Сприймаючи ці міжнародні стандарти, Конституція України у статті 59 закріпила, що «кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав». Конституційний Суд України, здійснюючи офіційне тлумачення зазначених положень, роз'яснив, що право на правову допомогу є одним із конституційних, невід'ємних прав людини і має загальний характер.

Поняття «кожен» охоплює всіх без винятку осіб – громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які перебувають на території України. Право на правову допомогу – це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права (Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009).

На реалізацію вказаних конституційних положень щодо надання безоплатної правової допомоги 02 червня 2011 року прийнято Закон України «Про безоплатну правову допомогу», який відповідно до Конституції України визначає зміст права на безоплатну правову допомогу, порядок реалізації цього права, підстави та порядок надання безоплатної правової допомоги, державні гарантії щодо надання безоплатної правової допомоги.

Цей Закон визначає безоплатну правову допомогу як правову допомогу (надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і

свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення), що гарантується державою та повністю або частково надається за рахунок коштів Державного бюджету України, місцевих бюджетів та інших джерел. В свою чергу, правові послуги, що є предметом безоплатної правової допомоги, включають надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань; складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру; здійснення представництва інтересів особи в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; забезпечення захисту особи від обвинувачення; надання особі допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації (стаття 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Таким чином, безоплатна правова допомога в Україні гарантується державою та повністю або частково надається за рахунок коштів Державного бюджету України, місцевих бюджетів та інших джерел. При цьому вона поділяється на первинну та вторинну.

Безоплатна первинна правова допомога – це вид державної гарантії, що полягає в інформуванні особи про її права і свободи, порядок їх реалізації, відновлення у випадку їх порушення та порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Вона включає, зокрема, такі види правових послуг: 1) надання правової інформації; 2) надання консультацій і роз'яснень з правових питань; 3) складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (крім документів процесуального характеру); 4) надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації.

Слід зазначити, що право на безоплатну первинну правову допомогу мають усі особи, які перебувають під юрисдикцією України. Її надають численні суб'єкти, до яких належать: 1) органи виконавчої влади; 2) органи місцевого самоврядування; 3) фізичні та юридичні особи приватного права;

4) спеціалізовані установи; 5) центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги. Різноманітність суб'єктів надання цього виду допомоги повинна забезпечити максимально широке охоплення нею всіх верств населення України.

Порядок звернення за отриманням первинної правової допомоги в Україні є максимально простим і доступним для населення. Для цього необхідно надіслати відповідне письмове звернення або подати його особисто безпосередньо до центральних та місцевих органів виконавчої влади, територіальних органів центральних органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування відповідно до їх компетенції. У разі, якщо такі звернення стосуються дітей, осіб, визнаних судом недієздатними, або дієздатність яких обмежена судом, вони надсилаються або подаються їх законними представниками, опікунами чи піклувальниками.

Безоплатна вторинна правова допомога – це вид державної гарантії, що полягає у створенні рівних можливостей для доступу осіб до правосуддя. Вона включає такі види правових послуг: 1) захист; 2) здійснення представництва інтересів осіб, що мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; 3) складення документів процесуального характеру.

На відміну від первинної правової допомоги, вторинна надається не всім особам, що перебувають під юрисдикцією України, а лише визначеним категоріям. До них належать, зокрема, такі: 1) особи, які перебувають під юрисдикцією України, якщо їхній середньомісячний дохід не перевищує двох розмірів прожиткового мінімуму, розрахованого та затвердженого відповідно до закону для осіб, які належать до основних соціальних і демографічних груп населення, а також особи з інвалідністю, які отримують пенсію або допомогу, що призначається замість пенсії, у розмірі, що не перевищує двох прожиткових мінімумів для непрацездатних осіб; 2) діти, у тому числі діти-

сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, діти, які перебувають у складних життєвих обставинах, діти, які постраждали внаслідок воєнних дій чи збройного конфлікту; 3) внутрішньо переміщені особи; 4) громадяни України, які звернулися із заявою про взяття їх на облік як внутрішньо переміщених осіб; 5) громадяни України – власники земельних ділянок, які проживають у сільській місцевості; 6) громадяни України, які проживають на тимчасово окупованій; 7) особи, до яких застосовано адміністративне затримання; 8) особи, до яких застосовано адміністративний арешт; 9) особи, які відповідно до положень кримінального процесуального законодавства вважаються затриманими; 10) особи, стосовно яких обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою; 11) особи, у кримінальних провадженнях стосовно яких відповідно до положень Кримінального процесуального кодексу України захисник залучається слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом для здійснення захисту за призначенням або проведення окремої процесуальної дії, а також особи, засуджені до покарання у вигляді позбавлення волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або обмеження волі; 12) особи, на яких поширюється дія Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»; 13) особи, які постраждали від домашнього насильства або насильства за ознакою статі, та ін.

Таким чином, право на безоплатну вторинну правову допомогу в Україні надається найбільш соціально незахищеним категоріям осіб. При цьому, залежно від належності особи до тієї чи іншої категорії, право на отримання конкретних правових послуг, які включає в себе така допомога, диференціюється, тобто можуть надаватися лише окремі з указаних послуг або їх надання обумовлюватися певною предметною сферою. Разом із тим, незважаючи на наявні обмеження, гарантії забезпечення осіб безоплатною вторинною правовою допомогою в Україні є значно ширшими, ніж це передбачають міжнародні стандарти, згідно з якими надання такої допомоги

гарантується передусім обвинуваченим у вчиненні кримінальних правопорушень.

Для забезпечення високого професійного рівня надання безоплатної вторинної правової допомоги в Україні та належної організації процесу її надання передбачено таких уповноважених суб'єктів: 1) центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги; 2) адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу. Відповідні центри діють на регіональному (республіканський (Автономної Республіки Крим), обласні, Київський та Севастопольський міські) та місцевому (районні, міжрайонні, міські, міськрайонні, міжрайонні та районні у містах) рівнях. Вони утворюються з урахуванням потреб відповідної адміністративно-територіальної одиниці та забезпечення доступу осіб до безоплатної вторинної правової допомоги. Систему цих центрів, які утворюються Міністерством юстиції України, очолює Координаційний центр з надання правової допомоги, утворений Урядом 06 червня 2012 року. З 01 січня 2013 року розпочали працювати регіональні центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, з 01 липня 2015 року – 100 місцевих центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги, а з 01 вересня 2016 року – 400 бюро правової допомоги у районних центрах та малих містах. Станом на 2020 рік за даними Міністерства юстиції України, система безоплатної вторинної правової допомоги в Україні включає: 23 регіональні центри; 84 місцевих центрів; 428 бюро правової допомоги; 5 правових клубів «Pravokator»; 6 760 адвокатів, залучених до надання такої допомоги та близько 1 500 штатних юристів.

Система безоплатної вторинної правової допомоги фінансується з державного бюджету та видатки на неї з року в рік зростають. При цьому близько 80% бюджетних коштів йдуть на фінансування послуг адвокатів та юристів, які надають правову допомогу. Так, у 2018 році це було 292,2 млн. грн., у 2019 році – 337,7 млн. грн., у 2020 році – 351,5 млн. грн, у 2021 році –

385,2 млн. грн. Разом з тим, проблемою залишається низький рівень оплати послуг адвокатів та затримки фінансування, що не сприяє залученню найбільш фахових адвокатів до надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Важливо відмітити зусилля Уряду України у забезпеченні доступу населення до безоплатної вторинної правової допомоги. Так, отримати її можна як шляхом звернення до центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги, бюро правової допомоги, так і дистанційно (телефоном чи онлайн). Наприклад, дистанційне отримання такої допомоги можливе за безкоштовним телефонним номером системи безоплатної правової допомоги, за яким надаються консультації та роз'яснення з правових питань, додаткові відомості про надання безоплатної правової допомоги тощо; за допомогою мобільного застосунку «Безоплатна правова допомога», доступного на сервісах Google Play і App Store; у месенжерах Телеграм <http://legalaid.gov.ua/telegram.html> та Вайбер <http://legalaid.gov.ua/viber.html>; у кабінеті клієнта на сайті системи безоплатної правової допомоги <https://cabinet.legalaid.gov.ua/> та ін.

Таким чином, можна зробити висновок, що українська система надання безоплатної правової допомоги є однією із найбільших та найуспішніших в Європі. Ключову роль в її становленні та розвитку відіграли міжнародні партнери України. Зараз, в умовах війни, важливо зберегти цю систему та підтримати її належним фінансуванням, адже надання безоплатної правової допомоги всім, хто її потребує, є важливим завданням демократичної правової держави, якою є Україна.

Щиро дякую за Вашу увагу!

Слава Україні!

Birke Rainer / Бірке Райнер

Dr. jur., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht

Vorsitzender der Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung e.V. (Hamburg)

Wessing & Partner Rechtsanwälte m.b.B.

(Stadt Düsseldorf, Deutschland)

DAS EU-WEITE PRINZIP DER GEGENSEITIGEN ANERKENNUNG BEI DER JUSTIZIELLEN ZUSAMMENARBEIT IN STRAFSACHEN UND DER EU-HAFTBEFEHL

Wie lange wird es dauern, bis die Ukraine EU-Mitgliedstaat ist? Wann wird die Ukraine dem Schengenraum angehören, in dem grundsätzlich keine Grenzkontrollen stattfinden? Viele Menschen in der EU und der Ukraine wünschen sich diese Veränderungen so schnell wie möglich. Jedoch müssen Kandidatenländer wie auch die Ukraine bei der Umsetzung des Beitritts bereit sein, ein bereits von anderen Staaten geschaffenes politisch-rechtliches Gesamtpaket anzunehmen, das den klassischen völkerrechtlichen Zustand der Souveränität und Nationalstaatlichkeit in einigen Punkten grundlegend modifiziert. In der EU erwartet die Ukraine auch das Konzept des EU-weiten Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Zu diesem gehört auch die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, deren Architektur im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beschrieben wird¹. Eine ukrainische Fassung dieses grundlegenden Dokuments lässt sich bis heute noch nicht finden, zumindest aber eine englische² und eine polnische³. Die für diesen Vortrag maßgebliche Vorschrift Art. 82 Abs. 1 AEUV will ich

¹ Abgekürzt AEUV, Amtsblatt der EU 2012/C 326/47 vom 26. Oktober 2012.

² Treaty on the Functioning of the European Union, EU Official Journal 2012/C 326/47 (26. Oktober 2012).

³ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2012/C 326/47 (26. Oktober 2012).

nachfolgend im Wortlaut wiedergeben, sie hat eine erhebliche Bedeutung für das innerstaatliche Strafverfahren der EU-Mitgliedstaaten:

„Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und umfasst die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den in Absatz 2 und in Artikel 83 genannten Bereichen.“

Mittlerweile dominiert dieses Elementarprinzip der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen den gesamten Auslieferungs- Rechtshilfe- und Vollstreckungshilfeverkehr in der EU⁴. Es ist unmöglich, dies hier in wenigen Minuten für alle drei genannten Gebiete der Kooperation auch nur Grundzügen darzustellen. Besonders augenfällig sind die Änderungen im Bereich der Auslieferung, der seit Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (im Folgenden RB-EUHb) vom 13. Juni 2002 die klassische Auslieferung ersetzt.

In diesem Vortrag sollen augenfällige Grundzüge des EU-Haftbefehls nach dem Rahmenbeschluss vorgestellt werden. Vorab: Die Bezeichnung „EU-Haftbefehl“ ist irreführend. Der EU-Haftbefehl selbst ist (nur) das neue EU-weite Instrument für die internationale Fahndung und Auslieferung mit einer eigenen Rechtsnatur⁵. Grundlage für diese Form der Kooperation ist aber immer ein nationaler Haftbefehl (bei der Übergabe des Verfolgten zur Strafverfolgung) bzw. ein rechtskräftiges Strafurteil (im Fall der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bzw. freiheitsentziehenden Maßregel im ersuchenden Staat⁶).

⁴ Hackner, in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Auflage 2020, Gliederungspunkt III A 1., Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI) (RB-EUHb), Kurzeinführung Rn. 8.

⁵ Hackner, a. a. O., Wesentliche Inhalte des RB-EUHb., Rn. 1.

⁶ Hackner, a. a. O.

1. Rechtlicher Rahmen

Im Einklang mit Art. 82 Abs. 1 AEUV erließ der Rat der EU den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RB-EUHb)⁷. Als Rahmenbeschluss nach Art. 34 EU-Vertrag, einem europarechtlichen gesetzgeberischen Akt neben den gemeinsamen Standpunkten, den einfachen Beschlüssen und Übereinkommen⁸, muss der EU-Haftbefehl erst noch in nationales Recht umgesetzt werden, da diese Handlungsform in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar gilt, sondern erst durch Vermittlung der nationalen Legislative⁹. Jedoch ist der nationale Gesetzgeber zur Umsetzung verpflichtet. Im Fall des RB-EUHb galt dafür eine Frist bis zum 31. Dezember 2003¹⁰. Für die Mitgliedstaaten, die der EU später beigetreten sind¹¹, musste der Rahmenbeschluss bis zum Datum des Beitritts umgesetzt werden¹². Mehr als die Hälfte der Mitgliedstaaten habe die Umsetzungsfristen eingehalten¹³. Nach Absatz 11 der Präambel des RB-EUHb soll der Europäische Haftbefehl in den Beziehungen zwischen EU-Mitgliedstaaten nun alle früheren Instrumente bezüglich der Auslieferung ersetzen, also namentlich auch das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957¹⁴.

In Deutschland erfolgte die innerstaatliche Umsetzung über das Europäische Haftbefehlsgesetz, das die erforderlichen Ergänzungen und Änderungen am Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vornahm¹⁵. Der Gesetzgeber

⁷ Amtsblatt Nr. L 190 vom 18. Juli 2002 S. 1 (2002/584/JI).

⁸ Deutscher Bundestag / Valentin Wasilew, Aktuelle Rahmenbeschlussentwürfe im Bereich der PJZS, Wissenschaftliche Dienste Nr. 37/06 (18. Juli 2006), S. 2.

⁹ Deutscher Bundestag / Valentin Wasilew, a. a. O.

¹⁰ Art. 34 RB-EUHb.

¹¹ Jeweils 2004, 2007 und 2013.

¹² Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 2. Juli 2020, COM(2020) 270 final, S. 13.

¹³ EU-Kommission, a. a. O.

¹⁴ CETS/SEV No. 024.

¹⁵ Europäisches Haftbefehlsgesetz vom 20. Juli 2006, BGBl. I 2006, S. 1721.

entschied in Deutschland, für eingehende Ersuchen die vertraute zweistufige Prüfungsstruktur des klassischen Auslieferungsverfahrens zu erhalten. Dies bedeutet, dass es weiterhin zunächst eine Entscheidung des Oberlandesgerichts über die *Zulässigkeit* der Auslieferung gibt¹⁶, mit der nachgeprüft wird, ob der ersuchende Staat die Anforderungen an die Ausstellung des EUHb erfüllt hat¹⁷. Ist dies der Fall und sind auch sonst keine Hindernisse erkennbar, namentlich Gefahren für den *ordre public* nach § 73 IRG, folgt die exekutive *Bewilligungsentscheidung* mit einem durch den Rahmenbeschluss beschränkten Prüfprogramm¹⁸.

Regeln für ausgehende Ersuchen sind in Abschnitt 4 des Achten Teils des IRG vorgesehen¹⁹.

2. Wie sieht ein Europäischer Haftbefehl aus?

Rein technisch besteht der EU-Haftbefehl aus einem Formular, das von der zuständigen innerstaatlichen Justizbehörde ausgefüllt und unterzeichnet wird. Der Inhalt wird durch den Anhang des RB-EUHb vorgegeben, der in den Sprachen der EU-Mitgliedstaaten vorliegt. Somit ist grundsätzlich eine sehr effektive und übersichtliche Bearbeitung auf Seiten des ausstellenden Staates wie auch auf Seiten des Vollstreckungsstaates möglich – anders als bei den meisten typischen klassischen Auslieferungsersuchen.

Voraussetzung für die Ausstellung und Unterzeichnung des formularmäßigen EU-Haftbefehls ist die Existenz eines innerstaatlichen Haftbefehls, der von einer Justizbehörde des ausstellenden Staates stammt. Auf diesen nimmt der EU-Haftbefehl Bezug, indem es dessen Inhalt grob in den einzelnen Feldern des

¹⁶ § 79 Abs. 2 IRG.

¹⁷ Hackner, in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Auflage 2020, Vor § 78 IRG Rn. 16h.

¹⁸ § 79 Abs. 1, 83b, 83c IRG.

¹⁹ §§ 83h, 83i, 83j IRG.

Formulars wiedergibt. Der EU-Haftbefehl wird durch den Vertreter der zuständigen nationalen Justizbehörde unterzeichnet.

3. Wer bestimmt die für die Ausstellung des EU-Haftbefehls zuständige Justizbehörde?

Der RB-EUHb überlässt es den EU-Mitgliedstaaten selbst, welche Justizbehörde für den Erlass des EU-Haftbefehls zuständig ist²⁰. Die EU-Mitgliedstaaten informieren das Generalsekretariat des Rates der EU lediglich über die nach ihrem Recht zuständige Justizbehörde²¹.

In Deutschland hat der Gesetzgeber diese Zuständigkeit für den Erlass bzw. die Vollstreckung eines EU-Haftbefehls gar nicht ausdrücklich geregelt, auch nicht im Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)²².

Das Fehlen einer explizit einschlägigen Norm überrascht, da bei der Anwendung von Freiheitsentzug kein Raum für solche Unsicherheiten sein sollte: Die Gerichte haben inzwischen festgestellt, dass als ausstellende Justizbehörde nur ein Gericht in Frage kommt, nicht aber die Staatsanwaltschaft²³. Da der EU-Haftbefehl zugleich eine Fahndung im Schengener Informationssystem (SIS) vorsieht, soll das zuständige Gericht nach einer Norm der deutschen Strafprozessordnung bestimmt werden, in der die Ausschreibung zur Fahndung geregelt ist²⁴. Dass in Deutschland die weisungsabhängigen Staatsanwaltschaften entgegen einer sich etablierten Praxis nicht zuständige Justizbehörde in diesem Sinne sein können, postulierte zunächst der Europäische Gerichtshof²⁵. Er stellte fest, dass die Staatsanwaltschaften in

²⁰ Art. 6 Abs. 1 bzw. Abs. 2 RB-EUHb.

²¹ Art. 6 Abs. 3 RB-EUHb.

²² Beispielhaft für den EU-Haftbefehl zur Strafverfolgung: Landgericht Bamberg, Beschluss v. 26.06.2019 – 21 Qs 25/19, openjur.de ; sowie für den EU-Haftbefehl zur Vollstreckung: OLG Hamm, Beschluss vom 01.08.2019 - 2 Ws 96/19, Rn. 22, openjur.de .

²³ Vergleiche beispielhaft die beiden Entscheidungen in der letzten Fußnote.

²⁴ § 131 StPO, vgl. für EU-Haftbefehle zur Strafverfolgung sowie zur Strafvollstreckung die Entscheidungen in der vorletzten Fußnote.

²⁵ EuGH (Große Kammer), Urteil vom 27. Mai 2019 – C-508/18, C-82/19 PPU (OG und PI), beck-online.

Deutschland zwar eine wesentliche Rolle im Ablauf des Strafverfahrens spielten und Teil der Strafrechtspflege seien. Jedoch seien sie in eine hierarchische Struktur mit dem Justizminister des betreffenden Bundeslandes eingebunden und sogar dessen Weisungen unterworfen. Das widerspreche dem zweistufigen System des Grundrechtsschutzes, das der EU-Haftbefehl vorsieht. Nicht nur die erste Stufe, also der nationale Haftbefehl, der mit Hilfe des EU-Haftbefehls vollstreckt werden solle, müsse daher den erforderlichen Grundrechtsschutz garantieren. Auch auf der zweiten Stufe, bei der Ausstellung des EU-Haftbefehls, sei dies der Fall. Daher komme auch als Justizbehörde, das den EU-Haftbefehl ausstellt, nur eine unabhängige Justizbehörde in Betracht, zu denen die Staatsanwaltschaften nicht gehören²⁶.

4. Wegfall der Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit bei bestimmten Deliktsgruppen

Der RB-EUHb modifiziert den traditionellen Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit, indem er bei bestimmten Deliktsgruppen nicht mehr deren Prüfung verlangt. Dies jedoch nur, soweit die Tat im Einzelfall mit Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehender Maßregel der Besserung und Sicherung von mindestens drei Jahren bedroht ist²⁷. Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses enthält eine bereits heute recht lange Liste von Deliktsgruppen, die mit Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung anfängt und mit Sabotage aufhört; die Deliktsgruppen des Betrugs und der Korruption sind ebenso umfasst wie der Terrorismus, für die Einzelheiten verweise ich auf die Ausführungen in der Fußnote²⁸. Dieser scheinbar zweckmäßige

²⁶ Ergebnis EuGH, a. a. O., Rn. 90.

²⁷ Art. 2 Abs. 2 RB-EUHb.

²⁸ Siehe Art. 2 Abs. 2 RB-EUHb: Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, Terrorismus, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung von Kindern und Kinderpornografie, illegaler Handel mit Drogen und psychotropen Stoffen, illegaler Handel mit Waffen, Munition und Sprengstoffen, Korruption, Betrugsdelikte, einschließlich Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften im Sinne des Übereinkommens vom 26. Juli 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, Wäsche von Erträgen aus Straftaten, Geldfälschung, einschließlich der Euro-Fälschung, Cyberkriminalität, Umweltkriminalität, einschließlich des illegalen Handels mit bedrohten Tierarten oder mit bedrohten Pflanzen- und

Verzicht auf die genaue Übereinstimmung der Strafnormen bevorzugt potenziell das Strafrecht desjenigen Staates, der die lückenlosesten und strengsten Straftatbestände besitzt. Dies gilt namentlich bei territorial universell geltenden Tatbeständen. Weist das (internationale) Korruptionsstrafrecht eines Staates beispielsweise eine bewusste Lücke auf, zum Beispiel bei der nachträglichen Gewährung von Vorteilen im internationalen Verkehr, kommt der Staat mit dem lückenloseren Strafrecht und der entsprechenden Strafdrohung zum Zug.

Gehört eine Straftat jedoch nicht zu der Liste des Art. 2 Abs. 2 RB-EUHb oder erreicht der Straftatbestand des ausstellenden (ersuchenden) Staates nicht die Schwelle von mindestens drei Jahren Freiheitsentziehung, so ist das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit zu prüfen. Wie im Rahmen des europäischen Auslieferungsübereinkommens²⁹ muss die Tat dann mit einer Freiheitsstrafe oder einer Maßregel der Sicherung von mindestens zwölf Monaten bedroht sein (bzw. im Fall der Vollstreckung eines Urteils eine Strafe oder Maßregel der Sicherung von mindestens vier Monaten³⁰).

Im Ergebnis fällt die Veränderung gegenüber dem klassischen Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit insgesamt moderat aus³¹, begünstigt aber im Bereich der Deliktsliste des Art. 2 Abs. 2 RB-EUHb strengere sowie lückenlosere Strafgesetze.

Baumarten, Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt, vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung, illegaler Handel mit Organen und menschlichem Gewebe, Entführung, Freiheitsberaubung und Geiselnahme, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, Diebstahl in organisierter Form oder mit Waffen, illegaler Handel mit Kulturgütern, einschließlich Antiquitäten und Kunstgegenstände, Betrug, Erpressung und Schutzgelderpressung, Nachahmung und Produktpiraterie, Fälschung von amtlichen Dokumenten und Handel damit, Fälschung von Zahlungsmitteln, illegaler Handel mit Hormonen und anderen Wachstumsförderern, illegaler Handel mit nuklearen und radioaktiven Substanzen, Handel mit gestohlenen Kraftfahrzeugen, Vergewaltigung, Brandstiftung, Verbrechen, die in die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs fallen, Flugzeug- und Schiffsentführung, Sabotage.

²⁹ Siehe Art. 2 Abs. 1 des europäischen Auslieferungsübereinkommens.

³⁰ Art. 2 Abs. 1 RB-EUHb.

³¹ Vergleiche die strafrechtlichen Regeln des Art. VII NATO-Truppenstatut, die eine Auslieferung („Übergabe“) der betroffenen Personen auch bei lediglich einseitiger Strafbarkeit vorsehen.

5. EU-Haftbefehl und Auslieferung eigener Staatsangehöriger

Ein signifikantes Novum enthielt der Rahmenbeschluss für Deutschland, was die Behandlung eigener Staatsangehöriger angeht. Denn selbst dann, wenn es sich bei der Person, die zur Strafverfolgung an einen anderen EU-Staat ausgeliefert werden soll, um einen Staatsangehörigen des Vollstreckungsstaates handelt, sieht der RB-EUHb kein Recht vor, die Auslieferung zu verweigern. Der ersuchte Staat kann lediglich die Garantie verlangen, dass ein Staatsangehöriger oder eine im Vollstreckungsstaat wohnhafte Person im Fall der Verhängung einer Freiheitsstrafe nach ihrer Anhörung zurücküberstellt wird³².

Handelt es sich um einen EU-Haftbefehl zur Vollstreckung des Urteils eines anderen EU-Mitgliedstaates, so kann die Auslieferung verweigert werden, wenn der ersuchte Staat sich verpflichtet, die Strafe oder die Maßregel der Sicherung und Besserung nach seinem innerstaatlichen Recht selbst zu vollstrecken³³.

In Deutschland war eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Entscheidung erforderlich, um eigene Staatsbürger ausliefern zu können. Bis zum Jahr 2000 sah das Grundgesetz nämlich vor, dass Deutsche gar nicht an das Ausland ausgeliefert werden³⁴. Diese verfassungsrechtliche Garantie wurde im Jahr 2000 jedoch aus zwei Gründen eingeschränkt. Einerseits wollte die deutsche Legislative, dass Deutsche auch an internationale Gerichtshöfe wie das Jugoslawien-Tribunal, das Ruanda-Tribunal und den künftigen internationalen Strafgerichtshof überstellt werden können. Andererseits sollte eine verbesserte Kooperation in Strafsachen innerhalb der EU ermöglicht werden³⁵. Nach entsprechender Verfassungsänderung ist es nun zulässig, durch förmliches Gesetz die Auslieferung an einen Mitgliedstaat der

³² Art. 5 Nr. 3 RB-EUHb.

³³ Art. 4 Nr. 6 RB-EUHb.

³⁴ Art. 16 Abs. 2 Grundgesetz.

³⁵ Siehe amtliche Begründung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16), BT-DrS. 14/2668, S. 4.

Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof zu erlauben, wenn dabei rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt bleiben³⁶.

Die gesetzliche Umsetzung dieser Beschränkung des Grundrechts findet sich in § 80 IRG, der den RB-EUhb innerstaatlich umsetzt. Die Auslieferung zur Strafverfolgung setzt danach unter anderem voraus, dass der ersuchende Staat garantiert, nach Verhängung einer Freiheitsstrafe anzubieten, den Verurteilten auf seinen Wunsch nach Deutschland zur Strafvollstreckung zurückzuüberstellen³⁷. Die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafvollstreckung ist nur zulässig, wenn der Verfolgte nach Belehrung zu richterlichem Protokoll zustimmt³⁸.

6. EU-Haftbefehl und menschenunwürdige Haftbedingungen

Das System des EU-Haftbefehls geht davon aus, dass alle teilnehmenden Mitgliedstaaten ein hohes Niveau des Grundrechtsschutzes vorsehen und auch praktizieren. Der EuGH stellte im Einklang mit dem Prinzip der Anerkennung fest, dass der EU-Haftbefehl auf der Basis des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens angewendet wird³⁹. Demzufolge sind die Gründe für die Ablehnung der Vollstreckung nach dem RB-EUhb formell beschränkt. Freilich kann sich das tatsächliche Niveau des Grundrechtsschutzes in den Mitgliedstaaten jedoch erheblich unterscheiden. Insbesondere für das Verbot einer unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung nach Art. 4 der Grundrechte-Charta, das eng mit der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde nach Art. 1 der Charta verknüpft ist, kann nicht hinnehmbar sein, dass der Grundsatz der Anerkennung zu signifikanten Lücken im Grundrechtsschutz führt. Wenn Risiken für Verstöße erkennbar sind, muss daher vor der Übergabe einer Person an einen anderen Mitgliedstaat (auch) die Gefahr unmenschlicher und erniedrigender Behandlung

³⁶ Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16) vom 29. November 2000, BGBl. I, 1633.

³⁷ § 80 Abs. 1 Nr. 1 IRG.

³⁸ § 80 Abs. 3 S. 1 IRG:

³⁹ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15 und C-659/15 PPU, beck-online, Rn. 75.

geprüft werden. Die zuständige Behörde muss dazu auch Informationen vom Ausstellerstaat des EU-Haftbefehls einholen. In Deutschland muss das Oberlandesgericht bei seiner Zulässigkeitsprüfung daher auch klären, ob gemäß § 73 IRG die wesentlichen Grundsätzen der in Art. 6 des EU-Vertrag garantierten Rechte verletzt werden könnten. Namentlich das Verbot der Folter oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung gemäß Art. 3 EMRK⁴⁰ spielt hier in der Praxis eine Rolle. So kann auch die unzureichende Haftraumgröße im rumänischen Strafvollzug die Vollstreckung des EU-Haftbefehls durch Übergabe des Verfolgten unzulässig machen⁴¹.

7. Fazit

Das EU-Recht verlangt im Bereich der EU-weiten strafrechtlichen Zusammenarbeit tiefgreifende Anpassungen des innerstaatlichen Rechts. Bei der Reform der Auslieferung nach Maßgabe des Rahmenbeschlusses über den EU-Haftbefehl ist der nationale Gesetzgeber von Beitrittskandidaten zur Umsetzung verpflichtet, die nötigen Änderungen selbst vorzunehmen. Das dabei gewählte innerstaatliche Konzept bestimmt er folglich – bis an die europarechtlichen Grenzen – selbst. Gerade bei Eingriffen in Verfassungsrecht wie zum Beispiel in die Garantie der Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger wird deutlich, wie viel Vertrauen der Grundsatz der Anerkennung nach Art. 82 Abs. 1 AEUV dem Gesetzgeber abverlangt.

⁴⁰ Vgl. EuGH, a. a. O., Rn. 86.

⁴¹ OLG Köln (2. Strafsenat), Beschluss vom 27.06.2017 - Aktenzeichen 6 AuslA 27/17, Kurzwiedergabe bei beck-online.