

Thomas Mann  
Roman Melnyk (Hg.)

Funktionsbedingungen der Dritten Gewalt  
Умови функціонування третьої (судової)  
гілки влади

Условия функционирования третьей  
(судебной) ветви власти



Universitätsdrucke Göttingen



Thomas Mann/Roman Melnyk (Hg.)  
Funktionsbedingungen der Dritten Gewalt  
Умови функціонування третьої (судової) гілки влади  
Условия функционирования третьей (судебной) ветви власти

Dieses Werk ist lizenziert unter einer  
[Creative Commons  
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen  
4.0 International Lizenz.](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)



erschieden in der Reihe der Universitätsdrucke  
im Universitätsverlag Göttingen 2021

---

Thomas Mann/Roman Melnyk  
(Hg.)

Funktionsbedingungen der  
Dritten Gewalt

Умови функціонування  
третьої (судової) гілки  
влади

Условия  
функционирования  
третьей (судебной) ветви  
власти



Universitätsverlag Göttingen  
2021

## Bibliografische Information

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



**Alexander von Humboldt**  
Stiftung/Foundation

Unterstützt von/Supported by

im Rahmen des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) finanzierten Programms zur Förderung von Institutspartnerschaften

### *Anschrift des deutschen Herausgebers*

Prof. Dr. Thomas Mann  
Georg-August-Universität Göttingen  
Juristische Fakultät  
Institut für Öffentliches Recht  
Platz der Göttinger Sieben 5  
37073 Göttingen  
<http://www.thomas-mann.net>

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Jacob Eh und Tobias Fröhlich

© 2021 Universitätsverlag Göttingen  
<http://univerlag.uni-goettingen.de>  
ISBN: 978-3-86395-499-4  
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2021-1785>

## Vorwort

Das Institut für Öffentliches Recht – Abteilung Verwaltungsrecht (Prof. Dr. Thomas Mann) – der Georg-August-Universität Göttingen unterhält seit nunmehr 17 Jahren gute wissenschaftliche Kontakte zu Rechtswissenschaftlern in der Ukraine, die ihre Dokumentation in mehreren gemeinsamen Tagungen, Workshops, Veröffentlichungen sowie einer Onlinezeitschrift (ReOS – Recht Osteuropäischer Staaten, <https://www.uni-goettingen.de/de/reos/608681.html>) gefunden haben. Der zentrale Ansprechpartner auf ukrainischer Seite war in all diesen Jahren zumeist Prof. Dr. Roman Melnyk, der im Jahr 2014 mit deutscher Unterstützung an der Juristischen Fakultät der Taras Tschewtschenko-Universität in Kiew auch ein „Zentrum für deutsches Recht“ (<http://zdr.knu.ua/de/main>) aufgebaut hat.

Der hiermit vorgelegte Band ist das Ergebnis einer weiteren Kooperation, die durch eine großzügige finanzielle Förderung der Alexander von Humboldt-Stiftung möglich gemacht wurde. Für den Zeitraum Juli 2017 bis Juni 2020 hat die Stiftung eine Institutspartnerschaft zwischen unseren Instituten gefördert, in deren Rahmen die „Funktionsbedingungen der Dritten Gewalt“ in Deutschland und der Ukraine untersucht werden sollten.

Anders als in Deutschland leidet die Judikative in der Ukraine noch unter einem großen Vertrauensdefizit in der Bevölkerung. Denkbare Verbesserungsansätze liegen in einer stärkeren Orientierung der Dritten Gewalt an westeuropäischen Standards, also u.a. in einer Stärkung der Unabhängigkeit der Richter und in einer gezielt die Methodikkompetenz der Richter schulenden juristischen Ausbildung nach deutschem Vorbild. Im Rahmen der Institutspartnerschaft haben deutsche und ukrainische Rechtswissenschaftler in gemeinsamen Arbeitsgruppen daher Themenstellungen bearbeitet, welche gleichsam Grundfragen und Gelingensvoraussetzungen die-

ser Staatsgewalt klären helfen. Konkret ging es dabei um die rechtstaatlichen Anforderungen und Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit, die demokratische Kontrolle der rechtsprechenden Gewalt, die Bedeutung der richterlichen Auslegungskompetenz für die Qualität der Urteilsfindung und Urteilsbegründung, die Relevanz der Rechtswissenschaft für die Urteilsfindung und um die Notwendigkeit einer stärker auf den Richterberuf zugeschnittenen universitären Ausbildung. Hierbei vollzog sich der enge Austausch der in die Institutspartnerschaft eingebundenen Nachwuchswissenschaftler unter anderem im Wege gegenseitiger Forschungsaufenthalte und rechtsvergleichender Workshops in Göttingen und Kiew. Leider konnte die für Mai 2020 geplante große Abschlusstagung in Kiew aufgrund der Reisebeschränkungen infolge der Corona-Pandemie nicht in Präsenz stattfinden, sondern musste im Herbst 2020 digital nachgeholt werden.

Um die Arbeitsergebnisse einem möglichst großen Interessentenkreis im osteuropäischen Raum zugänglich zu machen, werden sie in diesem Band nicht nur in deutscher und ukrainischer Sprache, sondern auch auf Russisch veröffentlicht.

Göttingen, im September 2021

Prof. Dr. Thomas Mann



# Inhaltsverzeichnis

## 1. Teil: **Rechtsstaatliche Grundanforderungen an die Unabhängigkeit des Richters**

Arbeitsgruppe:

Dr. Dag Bellroth / Dr. Olga Kosilova / Katja Krawchenko /  
Prof. Dr. Roman Melnyk

Deutscher Bericht	19
Ukrainischer Bericht	37

## 2. Teil: **Demokratische Kontrolle der Justiz**

Arbeitsgruppe:

PD Dr. Sina Fontana, MLE / Prof. Dr. Roman Melnyk /  
Prof. Dr. Lera Pojedinok / Anna Yushak

Deutscher Bericht	65
Ukrainischer Bericht	77

**3. Teil:**  
**Die Rolle der Rechtswissenschaft bei  
Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung**

Arbeitsgruppe:

Ass. iur. Shaghayegh Kian / Prof. Dr. Thomas Mann/  
Prof. Dr. Roman Melnyk

Deutscher Bericht	107
Ukrainischer Bericht	123

**4. Teil:**  
**Die Bedeutung richterlicher Auslegungskompetenz für  
die Qualität der Urteile**

Arbeitsgruppe:

Nastja Antonenko/ Prof. Dr. Tetiana Chekhovych / Lennart  
Marquard / Prof. Dr. Ewgen Petrov/ Dr. Maryna Rabinovych /  
Ass. iur. Franziska Schnuch, MLE.

Deutscher Bericht	141
Ukrainischer Bericht	153

**5. Teil:****Die Ausrichtung der juristischen Ausbildung: Anwalts-  
oder Richterbildfixierung und ihre Auswirkung auf die  
nationale Rechtskultur**

Arbeitsgruppe:

Dr. Bogdana Cherniavska / Ass. iur. Katharina Hundertmark /

Prof. Dr. Iryna Lukach /

Deutscher Bericht	179
Ukrainischer Bericht	191

## **Зміст**

### **1. Частина:**

#### **Основні вимоги щодо незалежності суддів в правовій державі**

Робоча група:

Др. Даг Белрот / Др. Ольга Косилова / Катерина Кравченко /  
Проф. д-р Роман Мельник

Німецький звіт	219
Український звіт	239

### **2. Частина:**

#### **Демократичний контроль за судовою владою**

Робоча група:

Др. Сіна Фонтана, MLE / Проф. д-р Роман Мельник /  
Проф. д-р Валерія Посидинок / Анна Ющак

Німецький звіт	263
Український звіт	275

**3. Частина:  
Роль юридичної науки у сфері пошуку та  
обґрунтування судового рішення**

Робоча група:

Доц. юр. Шагхає Кіан / Проф. д-р Томас Манн /  
Проф. д-р Роман Мельник

Німецький звіт 303

Український звіт 319

**4. Частина:  
Значення компетенції суддів щодо тлумачення  
права для якості прийняття судових рішень та їх  
обґрунтування**

Робоча група:

Настя Антипенко / Проф. д-р Тетяна Чехович / Леннарт  
Марквард / Проф. д-р Євген Петров / Д-р Марина Рабінович /  
Доц. юр. Франциска Шнух, MLE.

Німецький звіт 335

Український звіт 347

**5. Частина:**  
**Орієнтація юридичної освіти: фіксація на іміджі**  
**адвоката чи судді та його вплив на національну**  
**правову культуру**

Робоча група:

Др. Богдана Чернявськ / Доц. Юр. Катаріна Гундертмарк /  
Проф. д-р Ірина Лукач

Німецький звіт	371
Український звіт	383

## Оглавление

### 1. **Часть:** **Основные требования относительно независимости судей в правовом государстве**

Рабочая группа:  
Доктор Даг Белрот / Др. Ольга Косилова / Екатерина  
Кравченко / Проф. д-р Роман Мельник

Немецкий отчет	409
Украинский отчет	429

### 2. **Часть:** **Демократический контроль за над судебной властью**

Рабочая группа:  
Доктор Зина Фонтана, магистр европейского права / Проф, д-р  
Роман Мельник / Проф, д-р Валерия Поединок / Анна Ющак

Немецкий отчет	455
Украинский отчет	469

**3. Часть:****Роль юридической науки в поиске и обосновании  
судебного решения**

Рабочая группа:

Доц. юр. Шагхае Киан / Проф. д-р Томас Манн /  
Проф. д-р Роман Мельник

Немецкий отчет	501
Украинский отчет	519

**4. Часть:****Значение компетенции судей при толковании права и  
ее влияние на качество принятия судебных решений  
и их обоснование**

Рабочая группа:

Настя Антипенко / Проф. д-р Татьяна Чехович / Леннарт  
Марквард / Проф. д-р Евгений Петров / Д-р Марина  
Рабинович / Доц. юр. Франциска Шнух, магистр европейского  
права

Немецкий отчет	537
Украинский отчет	551



**5. Часть:****Ориентация юридического образования: фиксация на имидже адвоката или судьи и влияние такого подхода на национальную правовую культуру**

Рабочая группа:

д-р Богдана Чернявськ / Доц. юр. Катарина Гундертмарк  
/Проф. д-р Ирина Лукач

Немецкий отчет	577
Украинский отчет	591



## **Funktionsbedingungen der Dritten Gewalt**



# Rechtsstaatliche Grundanforderungen einer richterlichen Unabhängigkeit

*Dr. Dag Bellroth*

## 1 Position der richterlichen Unabhängigkeit im Verfassungsgefüge

Obleich die Unabhängigkeit der Richter in Deutschland eine einfachgesetzliche Erwähnung in den § 1 GVG<sup>1</sup> und §§ 25, 26 DRiG<sup>2</sup> findet, reicht ihr Kerngehalt bei Weitem über die einfachgesetzliche Ebene hinaus und findet ihren Ursprung bereits in der Verfassung selbst. Denn die richterliche Unabhängigkeit wird verfassungsrechtlich ausdrücklich normiert in Art. 97 GG<sup>3</sup>, nach dessen Abs. 1 die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind. Entscheidendes Wesensmerkmal der richterlichen Tätigkeit ist deren Ausübung „[...] *durch einen nichtbeteiligten Dritten in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit* [...]“<sup>4,5</sup> Dabei ist sie nicht als hervorgeho-

---

<sup>1</sup> Gerichtsverfassungsgesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.07.2018 (BGBl. I S. 1151).

<sup>2</sup> Deutsches Richtergesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.04.1972 (BGBl. I S. 713), zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.06.2017 (BGBl. I S. 1570).

<sup>3</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch ÄndG vom 13.07.2017 (BGBl. I S. 2347).

<sup>4</sup> BVerfGE 103, 111 (140).

<sup>5</sup> BVerfGE 26, 186 (198); 42, 206 (209); 87, 68 (85); 103, 111 (140); vgl. auch BVerfGE 14, 56 (69).

benes Recht einer bestimmten Berufsgruppe im Sinne eines Standesprivilegs zu sehen<sup>6</sup>, sondern als entscheidendes Strukturprinzip der Verfassung selbst<sup>7</sup>. Die richterliche Unabhängigkeit befindet sich insoweit im Zusammenspiel mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung<sup>8</sup> in Art. 20 Abs. 2 GG einerseits und der Bindung an Recht und Gesetz in Art. 20 Abs. 3 GG andererseits.<sup>9</sup> Gleichsam gehört sie zu den essentiellen Grundpfeilern der Rechtsstaatlichkeit<sup>10</sup>, denn die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG bedingt die Unabhängigkeit der Richter<sup>11,12</sup>. Dies zeigt sich beispielhaft am verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz<sup>13</sup>, dessen Effektivität in Frage stünde, soweit der rechtsschutzsuchende Bürger befürchten müsste, die Exekutive nehme Einfluss auf die über seinen Streitgegenstand entscheidenden Verwaltungsrichter. Durch die in Art. 97 Abs. 1 GG garantierte Unabhängigkeit wird sichergestellt, „[...] dass die Gerichte ihre Entscheidung allein an Gesetz und Recht ausrichten.“<sup>14</sup> Ebenso bedingt die konsequente Einhaltung der funktionalen Gewaltenteilung unter dem Aspekt einer effektiven gegenseitigen Kontrolle, dass die Richter bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht von der Exekutive oder Legislative abhängig sind.<sup>15</sup>

Aus dieser verfassungsrechtlichen Position der richterlichen Unabhängigkeit folgt aber auch, dass Art. 97 GG dem einzelnen Richter weder ein Grundrecht noch ein grundrechtsgleiches Recht gewährt.<sup>16</sup> Denn die rechtliche Garantie dieser Unabhängigkeit dient der Funktionsfähigkeit einer rechtstaatliche Voraussetzungen erfüllenden Rechtsprechung.<sup>17</sup> Insoweit findet sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur auch die Bezeichnung als „[...] fremdnützige Institutsgarantie [...]“. Ob

<sup>6</sup> BGH, NJW 1977, 437 (437); NJW 1991, 421 (422); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3.

<sup>7</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 19.

<sup>8</sup> Nach *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1 sei sie auch Ausdruck der Gewaltenteilung; so auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 14.

<sup>9</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1089).

<sup>10</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 2; siehe auch BVerfGE 2, 307 (320): „[...] Unabhängigkeit der Rechtspflege [...] als einem der wesentlichen Grundzüge unseres Staatsaufbaues [...]“.

<sup>11</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn.3; vgl. *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 19.

<sup>12</sup> Siehe *Papier*, NJW 1990, 8 (9); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1.

<sup>13</sup> *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 4.

<sup>14</sup> BVerfGE 107, 395 (402 f.).

<sup>15</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 2.

<sup>16</sup> Gegen die Eigenschaft als Grundrecht: BVerfGE 27, 211 (217); BVerfG (K), NJW 2016, 3711 (Rn. 14); BVerfG (K), NVwZ 2016, 764 (Rn. 76); BVerwGE 78, 216 (220); BGH, NJW 1977, 437 (437); NJW 1991, 421 (422). *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 21; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 5; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>17</sup> BVerwGE 78, 216 (220); siehe ähnlich BGH, NJW 1991, 421 (422); ebenfalls ähnlich, aber nur bezogen auf die sachliche Unabhängigkeit siehe *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22.

die richterliche Unabhängigkeit darüber hinaus subjektiv-öffentliche<sup>18</sup> Rechte enthält oder lediglich einen objektiv-rechtlichen<sup>19</sup> Charakter aufweist, soll an dieser Stelle keiner tieferen Thematisierung zugeführt werden. Denn jedenfalls steht dem einzelnen Richter grundsätzlich der Rechtsweg per Verfassungsbeschwerde hinsichtlich einer möglichen Verletzung seiner von Art. 33 Abs. 5 GG i.V.m. Art. 97 GG als Grundsatz des Richteramtsrechts erfassten sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit offen.<sup>20</sup>

Daneben sei die institutionelle oder auch organisatorisch genannte Unabhängigkeit der Gerichte verfassungsrechtlich in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG verankert und nicht aus Art. 97 GG zu entnehmen,<sup>21</sup> denn Folge des Grundsatzes der Gewaltenteilung sei das organisatorisch selbstständige Bestehen der rechtsprechenden Gewalt neben Exekutive und Judikative, welches zur wirksamen Komplettierung ebenso die grundsätzliche Trennung der Gewalten in einer dem jeweiligen Organ angehörenden Person durch das Eingreifen von Unvereinbarkeitsregelungen<sup>22</sup> erfordere.<sup>23</sup>

## 2 Sachliche Unabhängigkeit

Nach Art. 97 Abs. 1 GG sind die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Die genaue Herausarbeitung des Gehalts der sachlichen Unabhängigkeitsgarantie des Art. 97 Abs. 1 GG bedarf der gezielten Betrachtung des Normgehalts hinsichtlich dessen Anwendungsbereichs einerseits und dessen gewährleisteten Garantiumfanges andererseits.

### 2.1 Anwendungsbereich

#### 2.1.1 Persönlicher Anwendungsbereich der Garantie

Der persönliche Anwendungsbereich des Art. 97 Abs. 1 GG erfasst mit dem Wortlaut Richter „[...] sämtliche Personen, die Rechtsprechung ausüben – Berufsrichter

---

<sup>18</sup> So *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7 m.w.N.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 16 für mittelbar subjektiv öffentliche Rechte; *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3 für ein subjektives Recht, welches aber kein Grundrecht sei.

<sup>19</sup> So *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2016, 3711 (Rn. 14); BVerfG (K), NVwZ 2016, 764 (Rn. 76); BVerfGE 12, 81 (88); 55, 372 (392); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7.

<sup>21</sup> *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 111; *Schilken*, JZ 2006, 860 (860); *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3; gegen eine Herleitung aus Art. 97 GG siehe auch *Papier*, NJW 2002, 2585 (2587 f.).

<sup>22</sup> Siehe dazu beispielhaft auf Ebene des Grundgesetzes Art. 137 GG und einfachgesetzlich bezüglich der Richter § 4 DRiG.

<sup>23</sup> Im Detail dazu siehe *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 111 f.

wie ehrenamtliche, Bundes- wie Landesrichter.“<sup>24</sup> Daher werden ebenfalls haupt- und nebenamtliche Richter sowie Richter auf Lebenszeit, auf Probe oder kraft Auftrages erfasst.<sup>25</sup>

### 2.1.2 Sachlicher Anwendungsbereich der Garantie

Art. 97 Abs. 1 GG garantiert den Richtern sachliche Unabhängigkeit nur im Bereich der Wahrnehmung ihrer richterlichen Tätigkeit.<sup>26</sup> Die Unabhängigkeit ist also funktionsbezogen.<sup>27</sup> Für den sachlichen Anwendungsbereich der Garantie kommt es also gerade darauf an, was als richterliche Tätigkeit zu verstehen ist. Hierbei ist aus teleologischer Sicht zu bestimmen, bei Wahrnehmung welcher übertragenen Aufgaben der Richter gerade Unabhängigkeit genießen können soll.<sup>28</sup>

Vordergründig umfasst die richterliche Tätigkeit die ihren Kern bildende Spruchfähigkeit an sich und daneben ebenfalls alle diejenigen Aufgabenbereiche, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Rechtsfindung stehen.<sup>29</sup> Unter letztere sind beispielhaft entscheidungsvorbereitende Tätigkeiten (Fristen, Termine, etc.), Maßnahmen während der laufenden Verhandlung (Zeugenvernehmung, Sitzungspolizei, etc.) bzw. entscheidungsnachfolgende Tätigkeiten (Entscheidungsfassung, etc.) zu zählen.<sup>30</sup> Weiter sind auch alle die Aufgaben erfasst, die den Richtern durch den Gesetzgeber explizit aufgrund ihrer Unabhängigkeit übertragen wurden.<sup>31</sup>

Im Gegensatz gehören zu dieser richterlichen Tätigkeit im Sinne des Art. 97 Abs. 1 GG nicht die Aufgaben der Gerichts- und Justizverwaltung.<sup>32</sup> Soweit ein Richter solche „[...] funktionelle Aufgaben der Exekutive [...]“ ausführt, garantiert die Verfassungsnorm ihm dabei keine dahingehende sachliche Unabhängigkeit mehr.<sup>33</sup> Das bedeutet, dass der Gerichtsverwaltungsaufgaben wahrnehmende Richter insoweit unter Umständen den Weisungen seiner Vorgesetzten unterliegt und auch unterliegen darf.

<sup>24</sup> BVerfGE 26, 186 (201).

<sup>25</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4; Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 8.

<sup>26</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22; Papier, NJW 2001, 1089 (1090).

<sup>27</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>28</sup> Vgl. Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10; Papier, NJW 2001, 1089 (1090).

<sup>29</sup> Papier, NJW 2001, 1089 (1090); Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22.

<sup>30</sup> Siehe den Überblick bei Papier, NJW 2001, 1089 (1090) und auch Pjeroth, in: Jarass/Pjeroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3 m.w.N.

<sup>31</sup> Papier, NJW 2001, 1089 (1090); Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11a.

<sup>32</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22; C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>33</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11a.



Damit ist für den Anwendungsbereich des Art. 97 Abs. 1 GG zu konstatieren: Wie und wann einem Richter Art. 97 Abs. 1 GG sachliche Unabhängigkeit garantiert, lässt sich nicht durch einen bloßen Hinweis auf seine berufliche Stellung beurteilen, sondern bedarf einer genauen und aufgabenspezifischen Bestimmung.

## 2.2 Umfang der sachlichen Unabhängigkeitsgarantie

Art. 97 Abs. 1 GG garantiert die sachliche Unabhängigkeit der Richter dahingehend, dass diese bei der Wahrnehmung ihrer richterlichen Tätigkeit nicht an Weisungen gebunden sind.<sup>34</sup> Solche unzulässigen Weisungen können insbesondere in der Gestalt in Betracht kommen, in einem bestimmten Gerichtsverfahren auf eine vorgegebene Art und Weise agieren oder letztlich in der Sache entscheiden zu müssen.<sup>35</sup> Insoweit sei nach der Rechtsprechung des BVerfG jede vermeidbare Einflussnahme unzulässig.<sup>36</sup> Vermeidbar sei eine solche Einflussnahme dann, wenn sie nicht zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Organisation der Rechtsprechung erforderlich ist.<sup>37</sup>

Kurzgefasst bedeutet sachliche Unabhängigkeit des Richters Weisungsfreiheit in der Sache. Die Freiheit vor Weisungen richtet sich darum im Staatsaufbau gegen verschiedene Akteure, namentlich zunächst die verfassungsrechtlich verankerten drei Staatsgewalten, welche durch ihr Agieren potentiell Einfluss auf die Rechtsprechung nehmen können.

### 2.2.1 Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive

Die Gewährleistung der sachlichen Unabhängigkeit dient zum Schutz der Judikative vor Einflussnahmen der Exekutive.<sup>38</sup> Das bedeutet, jegliches Einflussnehmen einer Behörde in die richterliche Tätigkeit, sei es einzelfall- oder allgemeinbezogener Art<sup>39</sup>, verstößt gegen Art. 97 Abs. 1 GG.<sup>40</sup> Unzulässig sind damit alle Maßnahmen, welche die Eignung aufweisen, die unabhängige Entscheidungsfindung eines Richters zu beeinflussen, gleichgültig ob diese auch nur indirekt oder auf psychologischen Wege

---

<sup>34</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11; vgl. BVerfGE 3, 213 (224); 14, 56 (69); 26, 186 (198); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 19.

<sup>35</sup> Schilken, JZ 2006, 860 (863).

<sup>36</sup> BVerfGE 12, 81 (88); 26, 79 (93); 38, 1 (21); 55, 372 (389), jeweils bezogen auf vermeidbare Einflüsse durch die Exekutive.

<sup>37</sup> Vgl. im Umkehrschluss BVerfGE 26, 79 (94).

<sup>38</sup> BVerfGE 12, 67 (71); 38, 1 (21); H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 23; Detterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13.

<sup>39</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; vgl. auch Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 75.

<sup>40</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 23.

erfolgen.<sup>41</sup> Insoweit entfaltet die Garantie des Art. 97 Abs. 1 GG gegenüber der Exekutive Verbotscharakter.<sup>42</sup>

Eine Ausnahme davon kann sich ergeben, soweit die Exekutive rechtssetzend tätig wird. Erlässt diese wirksam Rechtsverordnungen oder Satzungen, welche die Richter bei der Rechtsfindung zu beachten haben, liegt hierin keine verbotene Einflussnahme der Exekutive auf die sachliche Unabhängigkeit der jeweiligen Richter, da diese ohnehin – im Rahmen ihrer Prüfungs- und Verwerfungskompetenz bei Normen, die nicht nachkonstitutionelle förmliche Gesetze sind<sup>43</sup> – nach dem Gehalt des Art. 97 Abs. 1 GG an das Gesetz gebunden sind.<sup>44</sup> Soweit sich diese untergesetzlichen Normen im Rahmen der Rechtmäßigkeit bewegen und das jeweilige Gericht sie anwenden muss, wirkt die Exekutive damit im Einklang mit Art. 97 Abs. 1 GG auf die richterliche Tätigkeit ein, indem die Entscheidung des Richters an den rechtlichen Gehalt des untergesetzlichen Rechtssatzes gebunden wird.

### 2.2.2 *Verhältnis zur Justiz- und gerichtsinterne Verwaltung in Gestalt der Dienstaufsicht*

Im Zusammenhang mit dem Schutz der Richter vor Einflüssen der Exekutive bedarf die justizinterne Dienstaufsicht besonderer Beachtung. Diese gehört der Justizverwaltung selbst an und ist daher der Gerichtsverwaltung zuzuordnen.<sup>45</sup>

Gemäß § 26 Abs. 1 DRiG untersteht der Richter einer Dienstaufsicht nur, soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird. Inhaltlich umfasst sie nach § 26 Abs. 2 vorbehaltlich des Absatzes 1 auch die Befugnis, die ordnungswidrige Art der Ausführung eines Amtsgeschäfts vorzuhalten und zu ordnungsgemäßer, unverzögerter Erledigung der Amtsgeschäfte zu ermahnen. Zuständig zur Ausübung der Dienstaufsicht ist daher die jeweilige Stelle der Gerichtsverwaltung, genauer nur der jeweils Dienstvorgesetzte oder sein Vertreter<sup>46</sup>, in höchster Instanz das jeweils für die Judikative zuständige Ministerium.<sup>47</sup>

Der Zweck der Dienstaufsicht über die Ausübung der richterlichen Tätigkeit ist die Sicherung der Einhaltung der den Richtern obliegenden Dienstpflichten, welche insbesondere die rechtliche Pflicht umfassen, den sich aus dem Rechtsstaatsprinzip gegenüber den Bürgern ergebenden staatlichen Auftrag zur Gewähr von Justiz zu verwirklichen.<sup>48</sup> Soweit sowohl diese Dienstpflicht der Richter einerseits als auch die diese Pflicht sichernde Dienstaufsicht andererseits gleichermaßen Ausfluss der

<sup>41</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12 unter Verweis auf BVerfGE 14, 56 (69).

<sup>42</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12.

<sup>43</sup> Siehe dazu *D. Wilke*, in: HStR V, 2007, § 112 Rn. 30.

<sup>44</sup> *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 77.

<sup>45</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17.

<sup>46</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 77. Aufl. 2019, DRiG, § 26 Rn. 4.

<sup>47</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17.

<sup>48</sup> *Papier*, NJW 1990, 8 (9); NJW 2001, 1089 (1091).

rechtstaatlichen Justizgewährleistungspflicht sind,<sup>49</sup> stellt die Dienstaufsicht nicht nur eine Einschränkung der richterlichen Unabhängigkeit dar, sondern dient wie diese der Einhaltung rechtsstaatlicher Anforderungen an die Justiz.<sup>50</sup>

Über die Frage, wann es sich um die Ausübung zulässiger Dienstaufsicht handelt und wann diese das Maß einer unzulässigen Beeinflussung des Richters hinsichtlich seiner garantierten Unabhängigkeit erreicht, entscheiden im Einzelfall nach § 26 Abs. 3 DRiG die Richterdienstgerichte.<sup>51</sup> Diesen obliegt es im Falle der Kollision von richterlicher Unabhängigkeit und der Anwendung der Dienstaufsicht einen Ausgleich zu finden.<sup>52</sup> Generelles Prüfungskriterium für das Vorliegen eines Eingriffs in die Unabhängigkeit eines Richters durch dienstaufsichtliche Maßnahmen ist das Bestehen der Möglichkeit, dass die jeweils fragliche Maßnahme die richterliche Entscheidung selbst oder den zugrundeliegenden Entscheidungsprozess eines konkreten oder zukünftigen Verfahrens inhaltlich tangieren kann.<sup>53</sup> Dabei hat sich in der Rechtsprechung, insbesondere der des Dienstgerichts des Bundes, eine grundsätzliche Differenzierung der richterlichen Tätigkeit in einen sogenannten Kernbereich und einen äußeren Ordnungsbereich herausgebildet.<sup>54</sup>

Letzterer umfasst „[...] richterliche Tätigkeiten, die dem Kernbereich der eigentlichen Rechtsprechung soweit entrückt sind, daß für sie die Garantie des Art. 97 Abs. 1 GG nicht in Anspruch genommen werden kann.“<sup>55</sup> Diesem äußeren Ordnungsbereich sind insbesondere die Pflicht zur Tragung der Amtskleidung als auch der Vergleich von Erledigungszahlen sowie die Auflistung am Jahresende noch anhängiger Verfahren und die routinemäßige Geschäftsprüfung der Dezernate zuzurechnen.<sup>56</sup> Obgleich derartige Maßnahmen, insbesondere der Vergleich von Erledigungszahlen, durchaus einen gewissen Druck auf den einzelnen Richter hinsichtlich seiner Arbeitsleistung bewirkt, sind sie, soweit die Dienstaufsicht dabei nicht Einfluss auf die Entscheidungen in der Sache nimmt, zur Sicherung der Justizgewährpflicht zulässig.<sup>57</sup> Darüber hinaus sind Maßnahmen der Dienstaufsicht ebenfalls zulässig, soweit sie sich auf die Sicherung eines ordnungsgemäßen

---

<sup>49</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 16; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11b; siehe auch *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 79 bezüglich Dienstaufsicht und richterlicher Unabhängigkeit.

<sup>50</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>51</sup> Vgl. *Papier*, NJW 1990, 8 (8); vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 79.

<sup>52</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>53</sup> *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 79.

<sup>54</sup> Vgl. BGH 1964, 2415 (2418); *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091); siehe auch *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17, 19; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11c.

<sup>55</sup> BGH NJW 1964, 2415 (2417); siehe auch st. Rspr. BGH NJW 2010, 302 Rn. 17.

<sup>56</sup> Siehe dazu m.w.N. und weiteren Beispielen die Übersicht bei *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 20.

<sup>57</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 20.

Geschäftsablaufs oder die äußere Form der Erledigung eines Dienstgeschäfts beziehen.<sup>58</sup>

Der Kernbereich der richterlichen Tätigkeit umfasst wiederum sowohl die eigentliche Spruchfähigkeit als auch die ihr mittelbar dienenden Sach- und auch Verfahrensentscheidungen, also diese vorbereitenden, ihr nachfolgenden und in Zusammenhang stehenden Richterentscheidungen.<sup>59</sup> Da die richterliche Unabhängigkeit des Art. 97 Abs. 1 GG innerhalb dieses Kernbereichs unbedingte Geltung beansprucht, sind Maßnahmen der Dienstaufsicht, welche den Inhalt der richterlichen Entscheidung betreffen, als unzulässige Ausübung strikt unzulässig.<sup>60</sup> Insoweit sind auch solche Maßnahmen der Dienstaufsicht als unzulässig anzusehen, die zwar nicht direkt auf den Inhalt der Entscheidung im Sinne einer Weisung einwirken, sich allerdings als Kritik an der Prozessleitung des einzelnen Richters in einem konkreten Verfahren darstellen und folglich entweder direkt oder indirekt eine bestimmte Entscheidungsweise des betroffenen Richters für die Zukunft anraten.<sup>61</sup> Eine ausnahmsweise Zulässigkeit für dienstaufsichtliche Maßnahmen im Kernbereich der richterlichen Tätigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn der einzelne Richter sich offensichtlich prozessordnungswidrig verhält<sup>62</sup> oder ein offensichtlicher, jedem Zweifel entrückter Fehlgriff vorliegt<sup>63</sup>. Diese Grenze sei noch nicht deshalb überschritten, weil die Dienstaufsicht die Rechtsanwendung des Richters für fehlerhaft hält, seine Feststellungen als falsch ansieht oder das Verfahren als gesetzeswidrig wertet.<sup>64</sup> Denn soweit ein solcher Fehler des Richters nicht eindeutig und offensichtlich sei, komme er als Gegenstand einer dienstaufsichtlichen Maßnahme nicht in Betracht, da im Zweifel die Unabhängigkeit des Richters zu respektieren sei.<sup>65</sup>

### 2.2.3 *Unabhängigkeit gegenüber der Legislative*

Die Gewährleistung der sachlichen Unabhängigkeit dient auch zum Schutz der Judikative vor Eingriffen durch die Legislative.<sup>66</sup> Hierbei ist allerdings die im Wortlaut

<sup>58</sup> BGH NJW 2010, 302 Rn. 17; NJW 2006, 1674 Rn. 20.

<sup>59</sup> Siehe dazu schon oben unter II), 1., b); BGH NJW 1964, 2415 (2417); st. Rspr. BGH NJW 2010, 302 Rn. 16.

<sup>60</sup> BGH NJW 1964 2415 (2417).

<sup>61</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 22 m.w.N.; vgl. auch BGH NJW 2010, 302 Rn. 15 hinsichtlich einer dienstlichen Beurteilung eines Richters.

<sup>62</sup> BGH NJW 1984, 2531 (2532).

<sup>63</sup> BGH NJW 2010, 302 Rn. 16; BGH, Urteil vom 12.10.1995 – RiZ (R) 2/95KG10.03.1995, BeckRS 1995, 31173132; BGH NJW 1977, 437 (437); ähnlich BGH NJW 1980, 1850 (1851) bezüglich offensichtlich fehlerhafter Handlungen eines Richters; a.A. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 77. Aufl. 2019, DRiG, § 26 Rn. 5.

<sup>64</sup> Vgl. BGH NJW 1977, 437 (437).

<sup>65</sup> BGH NJW 1980, 1850 (1851); NJW 1977, 437 (437).

<sup>66</sup> BVerfGE 12, 67 (71); 38, 1 (21).

des Art. 97 Abs. 1 GG selbst angelegte Bindung des Richters an das Gesetz zu berücksichtigen, sodass die Unabhängigkeit gegenüber der Legislative nicht als Unabhängigkeit der Richter gegenüber der durch die Legislative erlassenen Gesetze verstanden werden darf.<sup>67</sup> Denn die Anwendung von Gesetzen im konkreten Fall ist der richterlichen Tätigkeit immanent.<sup>68</sup> Die sachliche Unabhängigkeit des Richters lässt „[...] *seine Bindung an das Gesetz unberührt*.“<sup>69</sup> Rechtsprechung und die richterliche Bindung an das Gesetz stehen zueinander in einem Verhältnis gegenseitiger Bedingung.<sup>70</sup> Den Richtern kommt insbesondere deshalb sachliche Unabhängigkeit zu Gute, damit sie in der Lage sind, den Gehalt der Gesetze in der konkreten Rechtsstreitigkeit zur Wirkung zu bringen.<sup>71</sup> Hierin zeigt sich bereits die Komplexität der Materie, indem der Richter durch seine Tätigkeit dafür Sorge zu tragen hat, dass das von der Legislative wirksam erlassene Gesetz in der konkreten Streitigkeit eingehalten wird, dabei an diese legislativen Vorgaben gebunden ist und gleichzeitig seine verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit durch genau diese legislativen Maßnahmen aber nicht beeinträchtigt werden darf.

In diesem Zusammenspiel aus Unabhängigkeitsgarantie gegenüber der Legislativgewalt und gleichzeitiger Bindung an das Gesetz ist also genau zu bestimmen, welche Maßnahmen der Legislative im Lichte des Art. 97 Abs. 1 GG als unzulässige Eingriffe zu werten sind. Hierbei bedarf ebenfalls der abstrakt-generelle Charakter<sup>72</sup> der durch den Gesetzgeber erlassenen Gesetze der Berücksichtigung. Aus dieser Notwendigkeit einer Eingrenzung folgt, dass die Garantie des Art. 97 Abs. 1 GG der Legislative verbietet, unmittelbaren Einfluss auf die richterliche Entscheidungsfindung einzelner konkret anhängiger Rechtsverfahren zu nehmen.<sup>73</sup> Das bedeutet aber nicht, dass die gesetzliche Regelung entscheidungs- oder verfahrensspezifischer Anforderungen als unzulässiger Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit zu werten sind.<sup>74</sup> Dies lässt sich beispielhaft an den sogenannten Beweis- und Verwertungsverboten im gerichtlichen Verfahren darlegen. Denn diese „[...] stecken nur den verfahrensrechtlichen Rahmen ab, innerhalb dessen der Richter – frei von Weisungen – den Sachverhalt zu erforschen, zu würdigen und seinem Spruche zugrunde zu legen hat.“<sup>75</sup> Durch solche Regelungen wird also nur

---

<sup>67</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

<sup>68</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

<sup>69</sup> BVerfGE 36, 174 (185).

<sup>70</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

<sup>71</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27.

<sup>72</sup> Siehe zu dem abstrakt-generellen Regelungscharakter von Rechtsnormen bzw. Gesetzen: Maurer/Waldhoff, VerwR AT, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 4; Detterbeck, VerwR AT, 16. Aufl. 2018, Rn. 462.

<sup>73</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24; Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 92.

<sup>74</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27.

<sup>75</sup> BVerfGE 36, 174 (185).

mittelbar die Quantität der richterlichen Unabhängigkeit, nicht hingegen deren Qualität eingrenzt.

Im Gegensatz dazu sind als unzulässig einflussnehmende Maßnahmen des Gesetzgebers beispielhaft entsprechend auf die konkrete Rechtsstreitigkeit bezogene Einzelfallgesetze, Parlamentsbeschlüsse sowie informelles<sup>76</sup> Handeln zu nennen.<sup>77</sup> An dieser Stelle muss man konstatieren, dass der Anknüpfungspunkt für die Wertung einer legislativen Handlung als unzulässigem Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit maßgeblich in der Bezogenheit auf die konkrete Rechtsstreitigkeit bzw. das konkrete Verfahren liegt.

### 2.2.3 *Unabhängigkeit der Judikative*

Darüber hinaus garantiert Art. 97 Abs. 1 GG dem Richter auch sachliche Unabhängigkeit gegenüber der Judikative selbst.<sup>78</sup> Diese gewissermaßen gewalteninterne Unabhängigkeitsgarantie kommt insbesondere bei dem Prozess der eigenen Entscheidungsfindung des Richters zur Geltung. Diesem wird gewährleistet, bei der Anwendung des Rechts seine eigene Rechtsauffassung anhand seiner Überzeugung zu vertreten und daher nicht der, möglicherweise sogar gegenteiligen, überwiegenden Ansicht der Rechtsprechung Folge leisten zu müssen, mag es sich bei deren Vertretern sogar auch um übergeordnete Gerichte handeln.<sup>79</sup> Dies kann die Existenz einer Vielzahl verschiedener Entscheidungen verschiedener Gerichte zu einer gleichen Rechtsfrage zur Folge haben.<sup>80</sup>

Einschränkungen davon kommen nur soweit in Betracht, wie sie „[...] zu den typischen und herkömmlichen Funktionsbedingungen der rechtsprechenden Gewalt gehören [...]“.<sup>81</sup> Als solche stellen die Rechtskraft, Tatbestands-, Feststellungs- und ebenfalls Bindungswirkungen gerichtlicher Entscheidungen keine Beeinträchtigungen der sachlichen Unabhängigkeit des Richters dar.<sup>82</sup> Hier ist insbesondere die Bindung der Gerichte an die Entscheidungen des

<sup>76</sup> Differenziert zur Eingriffsqualität des informellen Handelns der Legislative siehe *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 92.

<sup>77</sup> Siehe die Aufzählung bei *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24 m.w.N.

<sup>78</sup> BVerfG (K), NJW 1996, 2149 (2150); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 14; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 29. Noch a.A. BVerfGE 12, 67 (71), wonach „[...] Art. 97 GG nur das Verhältnis der Richter zu den Trägern nichtrichterlicher Gewalt [...]“ betreffe; daran anknüpfend BVerfGE 31, 137 (140).

<sup>79</sup> BVerfGE 87, 273 (278); *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 15. Noch a.A. BVerfGE 12, 67 (71), wonach die Bindung des Richters an eine Entscheidung eines anderen Gerichts nicht in dessen Unabhängigkeit eingreife, da Art. 97 Abs. 1 GG nur gegenüber nichtrechtsprechender Gewalt gelte.

<sup>80</sup> *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 18 f., dort auch detailliert zur Forderung einer Einheitlichkeit der Rechtsprechung und deren verfassungsrechtlicher Verankerung.

<sup>81</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7.

<sup>82</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 14.

Bundesverfassungsgerichts nach § 31 Abs. 1 BVerfGG<sup>83</sup> und solche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit Gesetzeskraft nach § 31 Abs. 2 BVerfGG i.V.m. Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG zu nennen.<sup>84</sup> Derartige Bindungen der Gerichte an vorfragenklärende Entscheidungen sind gleichermaßen Ausdruck der, rechtsstaatlichen Anforderungen entspringenden, Rechtssicherheit.<sup>85</sup>

Darüber hinaus kommt die Garantie der sachlichen Unabhängigkeit des einzelnen Richters auch innerhalb der konkreten Gerichtskammer zum Tragen, welcher er im Rahmen seiner richterlichen Tätigkeit bei seinem Gericht angehört.<sup>86</sup> Die sachliche Unabhängigkeit jedes einzelnen Richters einer bestimmten Kammer bzw. eines gerichtlichen Spruchkörpers verbietet daher dem jeweils Vorsitzenden, in unzulässiger Weise Einfluss auf die richterliche Tätigkeit der anderen Mitglieder auszuüben.<sup>87</sup> Der einzelne Richter wird durch das Abfassen der durch den Spruchkörper getroffenen Entscheidung seinerseits nicht in seiner sachlichen Unabhängigkeit verletzt, auch wenn er in den vorangehenden Beratungen eine davon abweichende Rechtsauffassung vertrat und im Ergebnis durch die Mehrheit seiner Kollegen überstimmt wurde, da während der Beratung und Abstimmung im Spruchkörper selbst seine Unabhängigkeit gewahrt wird.<sup>88</sup> Bei der Entscheidung des Spruchkörpers hat die Stimme jedes ihm angehörenden Richters das gleiche Gewicht.<sup>89</sup>

### 2.2.5 *Unabhängigkeit gegenüber der Gesellschaft*

Als besondere Ausprägung schützt Art. 97 Abs. 1 GG die sachliche Unabhängigkeit des Richters auch gegen Eingriffe von gesellschaftlicher und privater Seite.<sup>90</sup> Denn Art. 97 Abs. 1 GG trifft durch seinen Regelungsgehalt eine objektive Wertung für die vollständige sachliche Unabhängigkeit des Richters bei seiner Entscheidung, sodass dieser ebenfalls nicht von gesellschaftlicher oder privater Seite beeinflusst werden darf.<sup>91</sup> Die Verfassungsgarantie enthält daher das Verbot einer Einflussnahme auf die richterliche Tätigkeit, soweit diese Einflussnahme nicht selbst durch die

---

<sup>83</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.08.1993, zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.10.2017 (BGBl. I S. 3546).

<sup>84</sup> Siehe dazu *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25.

<sup>85</sup> BGH, NJW 1985, 2644 (2647), allerdings hinsichtlich der Bindung eines Gerichts an Vorentscheidungen der Generalstaatsanwaltschaft.

<sup>86</sup> BVerfG, NJW 1996, 2149 (2150); *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 26.

<sup>87</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

<sup>88</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

<sup>89</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

<sup>90</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 9; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 45.

<sup>91</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17; so auch *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27; siehe auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 45.

Wahrnehmung eigener Grundrechte gerechtfertigt ist.<sup>92</sup> Gleichwohl wird die öffentliche Kritik an richterlichen Entscheidungen als auch eine kritische mediale Berichterstattung, auch über laufende Gerichtsverfahren, nicht schon dem Grunde nach verboten.<sup>93</sup> Diese können sich ihrerseits auf die grundgesetzliche Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit aus Art. 5 GG berufen.<sup>94</sup> Den Bereich der Unzulässigkeit erreicht öffentliche Kritik dann, wenn ihre Kundgabe darauf abzielt, konkrete Entscheidungen eines Gerichts zu beeinflussen, bevor diese getroffen sind.<sup>95</sup> Insoweit wird jedenfalls für eine nachträgliche kritische Berichterstattung bzw. öffentliche Kritik, welche erst nach Abschluss der Entscheidungsfindung durch den Richter erfolgt, in der Regel eine Vermutung der Zulässigkeit befürwortet.<sup>96</sup> Anderes wird man jedoch für Live-Übertragungen aus gerichtlichen Sitzungen annehmen müssen, welche über die sachliche richterliche Unabhängigkeit hinaus auch gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes verstoßen und damit ebenfalls die Unbefangtheit aller Verfahrensbeteiligten gefährden.<sup>97</sup>

Flankierend wird man von dem einzelnen Richter, nicht verfassungsrechtlich, aber aus seiner Eigenschaft als Amtsträger, im Falle gesellschaftlicher Beeinflussungen ein amtliches Pflichtbewusstsein fordern können, aufgrund dessen er sich selbst verpflichtet sieht, sich für derartige Einflüsse und Kritik unempfindlich zu zeigen und unter Hinnahme etwaiger unsachlicher Kritik seine Entscheidungen ausschließlich nach Maßgabe des Gesetzes zu treffen.<sup>98</sup>

### 2.3 Bindung des Richters an das Gesetz

Art. 97 Abs. 1 GG gewährt die sachliche Unabhängigkeit des Richters nicht schrankenlos, denn nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm sind sie gleichzeitig dem Gesetz unterworfen, allerdings auch nur diesem.<sup>99</sup> Obgleich in sprachlicher Hinsicht Unabhängigkeit und Unterwerfung zunächst zu konfliktieren scheinen, schließen sich Rechtsprechung und Gesetzesbindung in rechtlicher Hinsicht nicht aus<sup>100</sup>. Denn die Bindung an das Recht als auch die Unterwerfung unter das Gesetz konkretisieren die Aufgabe der Rechtsprechung, welche Art. 92 GG den Richtern anvertraut.<sup>101</sup> Die Aufgabe, dem geltenden Recht im Streitfalle Geltung zu verschaffen, indem er es spricht, kann der Richter aber nur in verfassungsmäßiger Weise erfüllen, wenn er an

<sup>92</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 9.

<sup>93</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 19; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27, der insoweit keine verfassungsrechtlichen Bedenken sieht.

<sup>94</sup> Vgl. auch *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27.

<sup>95</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 46.

<sup>96</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 46.

<sup>97</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 19; vgl. BVerfGE 103, 44 (64) bezogen auf eine „[...] unbegrenzte Öffentlichkeit der Verhandlungen [...]“.

<sup>98</sup> Siehe dazu *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>99</sup> *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

<sup>100</sup> *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

<sup>101</sup> BVerfGE 111, 307 (325).



die Grenzen dieser Gesetze gebunden ist. Dieses bildet seinen einzigen Maßstab zur Entscheidungsfindung.<sup>102</sup> Insoweit stellt die sachliche Unabhängigkeit des Richters sicher, dass er seine Entscheidung allein an dem Gesetz ausrichtet.<sup>103</sup> Durch diese Gesetzesbindung wird der dem Gesetz unterworfenen Richter auch nicht in seiner garantierten Unabhängigkeit tangiert.<sup>104</sup> Diese Bindung wird ebenfalls durch Art. 20 Abs. 3 GG statuiert, der die Rechtsprechung an Gesetz und Recht bindet, wobei trotz der sprachlich anderen Fassung damit kein von Art. 97 Abs. 1 GG (nur Gesetze) abweichender Bindungsumfang gemeint ist.<sup>105</sup> Art. 97 Abs. 1 GG verdeutlicht den Grundsatz der Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG über die dort genannte Rechtsprechung hinaus sprachlich, indem er nun ausdrücklich den einzelnen Richter als Person anspricht.<sup>106</sup> Flankiert werden soll die Gesetzesbindung des Richters ebenfalls durch eine demokratische Komponente, als nur durch eine strikte Bindung an das Gesetz der Wille des jeweils unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers im Einzelfall Geltung verliehen werden könne.<sup>107</sup> Gleichzeitig gewährleiste die Bindung an das Gesetz in sachlicher Hinsicht die demokratische Legitimation der rechtsprechenden Gewalt.<sup>108</sup>

Inhaltlich ist der Richter nach Art. 97 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG nicht nur an formelle, sondern darüber hinaus auch an materielle Gesetze gebunden, also an alle Rechtsnormen mit einer verbindlichen Außenwirkung.<sup>109</sup> Dazu zählen Verfassungsrecht, förmliche Gesetze, Rechtsverordnungen<sup>110</sup>, autonome Satzungen und ebenfalls das Gewohnheitsrecht.<sup>111</sup> In diesem Zusammenhang bedarf ebenfalls die richterliche Fortbildung des Rechts Beachtung, welche dann in Frage kommt, wenn das geltende Gesetz eine planwidrige Lücke aufweist.<sup>112</sup> Diese ist sodann durch den das Gesetz anwendenden Richter zu schließen, wobei im Lichte der demokratischen Legitimation der Tätigkeit des Richters die Rechtsfortbildung dahingehend begrenzt sei, die gesetzgeberisch getroffenen Wertungen und Entscheidungen zu ergänzen und weiterzuführen.<sup>113</sup>

---

<sup>102</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5.

<sup>103</sup> BVerfGE 107, 395 (403); vgl. auch W. Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 97 Rn. 3.

<sup>104</sup> BVerfGE 111, 307 (325); siehe auch BVerfGE 18, 49 (59) und 19, 17 (31 f.), jedoch bezogen auf die Bindung des Richters an Rechtsverordnungen.

<sup>105</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 36; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

<sup>106</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 35; nach C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5 enthalte Art. 97 Abs. 1 GG eine „[...] bereits in Art. 20 Abs. 3 verankerte Selbstverständlichkeit [...]“.

<sup>107</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 35.

<sup>108</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5 m.w.N.

<sup>109</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28; BVerfGE 78, 214 (227).

<sup>110</sup> BVerfGE 18, 52 (59); 19, 17 (31).

<sup>111</sup> BVerfGE 78, 214 (227).

<sup>112</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13 m.w.N.

<sup>113</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13.

### 3 Persönliche Unabhängigkeit

Die sachliche Unabhängigkeit des Richters „[...] wird durch die Garantie der persönlichen Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 2 GG institutionell gesichert [...]“.<sup>114</sup> Denn die sachliche Unabhängigkeit eines Richters kann nur dann effektiv durchgesetzt und eingehalten werden, wenn dieser nicht für seine sachlichen Entscheidungen persönliche Konsequenzen fürchten muss.<sup>115</sup> Dennoch gilt die persönliche Unabhängigkeit, welche durch die Verfassung garantiert wird, nicht uneingeschränkt.<sup>116</sup> Insoweit sieht Art. 97 Abs. 2 Satz 1 GG vor, dass hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellte Richter gegen ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden können. Dieses grundsätzliche Versetzungs- und Entlassungsverbot gegen den Willen des jeweiligen Richters findet die Bezeichnung als sogenannter „Grundsatz der Inamovibilität“.<sup>117</sup> Da dies der Effektivität der sachlichen Unabhängigkeit dient und damit einen fremdnützigen Charakter hat, stellt die persönliche Unabhängigkeit „[...] kein persönliches Privileg der Richter [...]“ dar.<sup>118</sup> Damit wird deutlich, dass sie einen über die Person des jeweiligen Richters hinausgehenden Zweck verfolgt.

Wie sich aus dem Wortlaut des Art. 97 GG ergibt, erfasst der persönliche Schutzbereich des Abs. 2 Satz 1 nur die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter. Endgültig in diesem Sinne ist aber nicht zwingend als Anstellung auf Lebenszeit zu verstehen, sondern erfasst auch solche nur auf bestimmte Zeit angestellte Richter<sup>119</sup>, nicht jedoch solche im Nebenamt<sup>120</sup> oder lediglich vorläufig angestellte.<sup>121</sup> Als letztere sind insbesondere Richter auf Probe gemeint, die bis zu ihrer Ernennung auf Lebenszeit noch nicht den vollen Schutz des Art. 97 Abs. 2 GG genießen und somit nicht als Richter auf Zeit gelten.<sup>122</sup> Da diesen aber dennoch eine sachliche Unabhängigkeit gemäß Art. 97 Abs. 1 GG

<sup>114</sup> BVerfGE 87, 68 (85) unter Verweis auf BVerfGE 4, 331 (346); 14, 56 (69), 26, 186 (198), 42, 206 (209). Siehe auch BVerfG (K), NJW 2016, 3711 (Rn. 15).

<sup>115</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3, 41.

<sup>116</sup> BVerfG, NJW 1996, 2149 (2150).

<sup>117</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 22; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 41; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 54; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 70.

<sup>118</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 41.

<sup>119</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 51; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42.

<sup>120</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42; differenzierend zwischen der Art des Hauptamtes *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 24 und *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 50.

<sup>121</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 26 f.

<sup>122</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42.

zugutekommt und deren Effektivität ein gewisses Maß an persönlicher Unabhängigkeit voraussetzt,<sup>123</sup> wird diese grundsätzlich durch Art. 33 Abs. 5 GG als Teil der „[...] für das Amtsrecht der Richter charakteristischen hergebrachten Grundsätzen [...]“<sup>124</sup> gewährleistet.<sup>125,126</sup> Dieses Ergebnis überzeugt, da auch die personell nicht von Art. 97 Abs. 2 Satz 1 GG erfassten Richter sachliche Entscheidungen treffen, die sich im Grundsatz nicht von solchen durch Art. 97 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Richtern unterscheiden. Insoweit muss allen Richtern, gleich welcher personellen Anstellungsart sie unterfallen, ein Mindestmaß an persönlicher Unabhängigkeit von Verfassungswegen gewährleistet werden.<sup>127</sup> Der Umfang deren persönlicher Unabhängigkeit muss daher zumindest soweit reichen, wie es die Gewährleistung ihrer sachlichen Unabhängigkeit erfordert.<sup>128</sup>

Inhaltlich statuiert Art. 97 Abs. 2 Satz 1 GG gleichermaßen sowohl einen Richtervorbehalt („nur kraft richterlicher Entscheidung“) als auch einen Gesetzesvorbehalt („nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen“) für personelle Maßnahmen gegen einen Richter.<sup>129</sup> Es reicht daher nicht aus, dass die Maßnahme durch einen Richter angeordnet wird, wenn sie einer gesetzlichen Grundlage entbehrt. Gleichwohl wird den Anforderungen des Art. 97 Abs. 2 Satz 1 GG auch nicht durch die gesetzliche Grundlage einer Maßnahme genügt, wenn diese nicht durch einen Richter getroffen wird. Darüber hinaus ist dem Absatz die verfassungsrechtliche Wertung der Amtsentlassung und -versetzung als ausnahmsweise letztes Mittel zu entnehmen.<sup>130</sup>

Ogleich sich Art. 97 Abs. 2 Satz 1 GG formeller Begriffe des Rechts des öffentlichen Dienstes bedient (Entlassung, dauerhafte oder zeitweise Amtsenthebung, Versetzung an eine andere Stelle oder in den Ruhestand), schützt sie den einzelnen Richter nicht nur vor solchen sich ausdrücklich als förmlich darstellenden Maßnahmen des öffentlichen Dienstrechts durch den Dienstvorgesetzten, sondern vor jeglichen Maßnahmen, die ihrem materiellen Gehalt den förmlichen Maßnahmen des Dienstrechts entsprechen.<sup>131</sup> Ansonsten könnte die persönliche Unabhängigkeit des Richters durch die formelle Gestaltung

---

<sup>123</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43.

<sup>124</sup> BVerfGE 12, 81 (88).

<sup>125</sup> BVerfGE 12, 81 (88).

<sup>126</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 31 f.; vgl. auch allgemein BVerfGE 55, 372 (391 f.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10a; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III, Art. 97 Rn. 48, 60; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 73; dogmatisch anders *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43, der die persönliche Unabhängigkeit der nicht unter Art. 97 Abs. 2 GG fallenden Richter als mitumfasste Voraussetzungen des Art. 97 Abs. 1 GG gewährleistet sieht.

<sup>127</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43; BVerfGE 26, 186 (198 f.) und BVerfGE 14, 56 (70) zu ehrenamtlichen Richtern; vgl. auch BVerfGE 42, 206 (209); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10a.

<sup>128</sup> BVerfGE 14, 56 (70).

<sup>129</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 44.

<sup>130</sup> Vgl. *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 44.

<sup>131</sup> BVerfGE 17, 252 (259).

der jeweiligen Maßnahme unterlaufen werden.<sup>132</sup> Dies hat für den Umfang des Schutzgehalts der persönlichen Unabhängigkeit entscheidende Folgen. Art. 97 Abs. 2 Satz 1 GG verbietet jegliche andere Maßnahme, durch welche ein Richter von seiner richterlichen Tätigkeit ausgeschlossen wird, neben den in der Norm aufgeführten förmlichen Maßnahmen des Dienstrechts, weil bereits diese nur aufgrund richterlicher Entscheidung aus gesetzlich bestimmten Gründen in einem gesetzlich vorgegebenen Verfahren verfügt werden dürfen.<sup>133</sup> Dies hat zur Folge, dass ein planmäßig auf Lebenszeit ernannter und eine entsprechende Planstelle des jeweiligen Gerichts besetzender Richter, auch wenn er sich für seine übertragene Aufgabe als nicht geeignet herausstellen sollte, von dem Gericht hingenommen werden muss, soweit er sich nicht mit einer anderen Verwendung einverstanden erklärt und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form versetzt wurde.<sup>134</sup> Insoweit dürfen auch gegenüber einem Richter konkret getroffene dienstaufsichtliche Maßnahmen nicht unzulässig in dessen Stellung als Richter und damit verbunden seine persönliche Unabhängigkeit eingreifen.<sup>135</sup>

Flankierend ermächtigt Art. 97 Abs. 2 Satz 2 GG den Gesetzgeber zur einfachgesetzlichen Festsetzung von Altersgrenzen, bei deren Erreichung Richter, die auf Lebenszeit angestellt sind, in den Ruhestand treten. Diese ist gemäß § 48 Abs. 1 Satz 2 DRiG in der Regel mit Vollendung des 67. Lebensjahres (Regelaltersgrenze) erreicht.<sup>136</sup> Entsprechende Regelungen enthalten die Landesgesetze für die Richter des jeweiligen Landes, so zum Beispiel § 11 NRiG<sup>137</sup>.

Eine Ausnahme der grundsätzlichen Inamovibilität sieht Art. 97 Abs. 2 Satz 3 GG für den Fall einer Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke vor. Dann können Richter sowohl an ein anderes Gesetz versetzt als auch aus dem Amt entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehalts. Solche Änderungen der Organisationsstruktur der Judikative bedürfen aber einer gesetzlichen Regelung.<sup>138</sup> Weitere Ausnahmen treffen die Abs. 2 und 5 des Art. 98 GG,<sup>139</sup> wenn ein Richter im Amte oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt.

---

<sup>132</sup> Vgl. BVerfGE 17, 252 (259).

<sup>133</sup> BVerfGE 17, 252 (259); siehe auch *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 45.

<sup>134</sup> BVerfGE 17, 252 (260).

<sup>135</sup> Vgl. BVerfGE 38, 139 (151 f.).

<sup>136</sup> Abweichende Altersgrenzen in Abhängigkeit vom Geburtsjahr des jeweiligen Richters setzen § 48 Abs. 3 und 4 DRiG.

<sup>137</sup> Niedersächsisches Richtergesetz (NRiG), v. 21.01.2010, zuletzt geänd. d. Gesetz v. 11.12.2018 (Nds. GVBl. S. 307).

<sup>138</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 49; BVerfGE 2, 307 (319) hinsichtlich der Änderung von Gerichtsbezirken; BVerfGE 27, 18 (34).

<sup>139</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12.

## 4 Verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie

Wie bereits im Ausgang<sup>140</sup> erwähnt, muss die verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit des Richters im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen effektiven Rechtsschutzgarantie betrachtet werden.

Die verfassungsrechtlich verankerte Garantie eines effektiven Rechtsschutzes ist wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaates.<sup>141</sup> Inhaltlich umfasst sie „[...] den Zugang zu den Gerichten, die Prüfung des Streitbegehrens in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Entscheidung.“<sup>142</sup> Garantiert wird dabei nicht nur die bloße Möglichkeit der Anrufung der Gerichte, sondern dem Bürger wird ein substantieller Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle durch die Garantie effektiven Rechtsschutzes gewährt.<sup>143</sup> Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Effektivität des in Anspruch genommenen Rechtsschutzes die wirkungsvolle Durchführung des gerichtlichen Rechtsschutzverfahrens erfordert und nicht nur den Zugang zu einem Gericht als solchem. Dennoch gehören beide Garantierichtungen zusammen, denn ohne einen Zugang zum Gericht, bleibt die Inanspruchnahme von Rechtsschutz schwerlich vorstellbar. Nicht durch die Verfassung garantiert ist allerdings das Bestehen eines gerichtlichen Instanzenzuges<sup>144</sup>, denn insoweit wird nur eine einmalige gerichtliche Entscheidung gewährleistet, wohingegen die darüber hinausgehende gerichtliche Kontrolle dieser garantierten ersten gerichtlichen Entscheidung nicht verfassungsrechtlich geboten sei.<sup>145</sup>

Die Garantie effektiven Rechtsschutzes wird nicht nur durch Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich gewährleistet, sondern auch durch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch<sup>146</sup>, welcher selbst aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten, besonders mit Art. 2 Abs. 1 GG, folgt.<sup>147</sup>

Wesentliche Voraussetzung der Gewähr eines effektiven Rechtsschutzes ist die sachliche- und persönliche Unabhängigkeit der Richter.<sup>148</sup> Denn nur derjenige Richter, der bei seiner Entscheidungsfindung unabhängig ist, kann diese Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz erfüllen.<sup>149</sup> Eine wirksame gerichtliche Kontrolle kann bereits bei abstrakter Betrachtung nur umfassend gesichert sein, wenn der Richter bei Vornahme dieser frei von Weisungen ist. Um

---

<sup>140</sup> Siehe dazu oben unter I).

<sup>141</sup> BVerfGE 107, 395 (401) unter Verweis auf BVerfGE 88, 118 (123); 96, 27 (39 f.).

<sup>142</sup> BVerfGE 107, 395 (401).

<sup>143</sup> BVerfG NJW 1976, 141; vgl. auch BVerfGE 88, 118 (123).

<sup>144</sup> BVerfGE 96, 27 (39) m.w.N.

<sup>145</sup> BVerfGE 107, 395 (402).

<sup>146</sup> *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 143.

<sup>147</sup> BVerfGE 107, 395 (401) unter Verweis auf BVerfGE 93, 99 (107).

<sup>148</sup> *Hensch*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 16; siehe auch *Papier*, NJW 1990, 8 (9) bezüglich der staatlichen Justizgewähr.

<sup>149</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1089); *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 2 unter Verweis auf *Papier*, NJW 1990, 8 (9 f.).

dies zu verdeutlichen, sei an dieser Stelle auf das zu Beginn angeführte Beispiel des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu rekurrieren. Eine wirksame gerichtliche Kontrolle einer staatlichen Maßnahme setzt voraus, dass der Richter als Unbeteiligter „von außen“ diese einer Prüfung unterzieht, was allerdings dann in Frage stünde, wenn er, sei es auch nur abstrakt, sich Einflüssen des die Maßnahme erlassenden Staatsorgans ausgesetzt sehe oder an solche gebunden wäre.

Aus diesem Zusammenhang zwischen der effektiven Rechtsschutzgarantie und der richterlichen Unabhängigkeit zeigt sich letztlich die im staatlichen Gefüge essentielle Bedeutung der Unabhängigkeit des Richters, die insoweit erst Garant dafür ist, dass staatliche Gerichte wirkungsvoll in Anspruch genommen werden können.

## 5 Schlussbemerkung

Die verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der Richter gehört zu den Kernbestandteilen eines Rechtsstaats. Obgleich sie dabei nach dem Wortlaut des Art. 97 GG auf den ersten Blick von Verfassungswegen auf die Person des einzelnen Richters als Gewährleistungsadressaten abzielen scheint, übersteigt ihre Wirkung den gerichtsinternen Bereich hin in jeden Winkel des staatlichen Miteinanders. Sie kommt daher nicht bloß den Richtern selbst bei der Wahrnehmung ihres Amtes zu Teil, sondern dient dem Interesse jedes Rechtsschutzsuchenden und garantiert diesen eine weisungsfreie gerichtliche Kontrolle ihres Begehrs. Ihr kommt insoweit entscheidende Bedeutung zu. Die richterliche Unabhängigkeit ist daher im Verfassungsgefüge nicht lediglich eine Folge bestimmter staatlicher Prinzipien, sondern eines der entscheidenden Zahnräder zwischen Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Rechtsschutz. Ihre Existenz gewährleistet, dass diese drei Bestandteile der Verfassung in wirkungsvoller Weise ineinandergreifen und miteinander agieren können. Sie ist das Bindeglied, welches die Einhaltung aller dieser rechtstaatlichen Grundanforderungen und Strukturprinzipien in der abstrakten Person des Richteramtes vereinigt. Die verfassungsrechtlich garantierte richterliche Unabhängigkeit ist nicht nur der Funktion des Richteramtes, sondern auch dessen Existenz immanent.

# Rechtsstaatliche Grundanforderungen an die Unabhängigkeit des Richters

*Dr. Olga Kosilova / Katja Krawchenko / Prof. Dr. Roman Melnyk*

Die Ukraine ist ein demokratischer Rechtsstaat. Dies ist im Artikel 1 der Verfassung der Ukraine verankert (im Folgenden: VerfU).<sup>1</sup> Eines der Grundprinzipien einer demokratischen Staatsordnung ist die Unabhängigkeit von Gerichten und Richtern. Es ist allgemein anerkannt, dass dieser Grundsatz eine Voraussetzung für die Vorherrschaft des Rechts ist und eine grundlegende Garantie für ein faires Verfahren darstellt. Die vollziehende und die rechtsetzende Gewalt müssen die Unabhängigkeit der Richter gewährleisten und dürfen keine Maßnahmen ergreifen, die diese gefährden könnten.<sup>2</sup>

## 1 Grundfragen der Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit der Richter ist die Hauptvoraussetzung für das Funktionieren einer unabhängigen und hoch angesehenen rechtsprechenden Gewalt, die in der Lage ist, objektive Gerechtigkeit zu gewährleisten und die Rechte und Freiheiten

---

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>2</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (Abrufdatum: 30.03.2020).

von Menschen und Bürgern wirksam zu schützen.<sup>3</sup> Die Unabhängigkeit der Justiz hat zwei Ebenen - die externe (objektive) und die interne (persönliche).

### 1.1 Äußere Unabhängigkeit

Äußere Unabhängigkeit ist kein Vorrecht oder Privileg, das zur Befriedigung von eigenen Interessen der Richter eingeräumt wird. Sie ist im Interesse der Vorherrschaft des Rechts zur Wahrnehmung der unparteiischen Rechtsprechung vorgesehen. Die Unabhängigkeit der Richter sollte als Garantie für Freiheit, Achtung der Menschenrechte und unparteiische Rechtsanwendung verstanden werden. Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Richter sind notwendig, um die Gleichheit der Parteien vor Gericht zu gewährleisten.<sup>4</sup> Die externe Ebene wiederum unterteilt sich in politische und sozioökonomische (materielle) Unabhängigkeit.

Der Grad der politischen Unabhängigkeit wird durch die gesellschaftspolitischen Bedingungen bestimmt, unter denen das Gericht tätig ist. Gleichzeitig ist es wichtig, zu betonen, dass die echte Unabhängigkeit des Gerichts jeglichen Einfluss politischer Parteien, sozialer Bewegungen und ihrer Anführer auf die rechtsprechende Gewalt vollständig ausschließt. Die politische Unabhängigkeit der Richter wurde in den Artikeln 126 und 127 der Verfassung der Ukraine sowie in Artikel 6 Teil 1 Punkt 2 und in Artikel 48 Teil 1 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>5</sup> verankert. In diesen Vorschriften heißt es: „Ein Richter darf keiner politischen Partei oder Gewerkschaft angehören, an keiner politischen Aktivität teilnehmen, kein repräsentatives Mandat sowie keine anderen bezahlten Positionen innehaben, keine andere bezahlte Arbeit verrichten, außer für wissenschaftliche, lehrende oder kreative Zwecke“.<sup>6</sup>

Sozioökonomische (materielle) Unabhängigkeit besteht durch die Bereitstellung staatlicher Mittel und angemessener Bedingungen für das Funktionieren von Gerichten und die Tätigkeit von Richtern.

---

<sup>3</sup> Рачинський А.П., Огілько А.В. Незалежність суддів як передумова функціонування самостійної й авторитетної судової влади, що відповідає європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини. Вісник НАДУ при Президентіві України. 2016. №1. С. 72.

<sup>4</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>5</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).

<sup>6</sup> Ч. 1 ст. 127 Конституції України. Конституція України від 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.



## 1.2 Das interne Maß an Unabhängigkeit

Das interne Maß an Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt bestimmt einerseits die tatsächliche Tätigkeit des Gerichts in der Rechtspflege und andererseits die gesetzlichen Garantien der Richter. Die Unabhängigkeit der Richter wird durch die Verfassung und die Gesetze der Ukraine garantiert. Insbesondere sichert das Gesetz der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“, das derzeit geltende Zivilverfahrens-, Strafverfahrens- und sonstige Recht, die Verantwortung für Eingriffe in die gerichtliche Tätigkeit, die Geheimhaltung des Prozessstoffs und das Verbot von dessen Offenlegung ab. Darüber hinaus ist der Richter nicht verpflichtet, Erklärungen zum Inhalt der bei ihm anhängigen Verfahren abzugeben, es sei denn, es handelt sich um gesetzlich vorgesehene Fälle (Teil 3 des Artikels 48 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>7</sup>).

Fragen der Organisation und der Ausübung der rechtsprechenden Gewalt in der Ukraine werden durch entsprechende Gesetze geregelt, die zur näheren Ausgestaltung von Verfassungsbestimmungen verabschiedet wurden. Dazu gehören die Gesetze der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ vom 2. Juni 2016 und „Über den Zugang zu Gerichtsentscheidungen“<sup>8</sup> vom 22. Dezember 2005; „Über den Hohen Justizrat“<sup>9</sup> vom 21. Dezember 2016; „Über das Höhere Antikorruptionsgericht“<sup>10</sup> vom 7. Juni 2018; „Über Änderungen bestimmter Rechtsakte der Ukraine zur Verhinderung des Missbrauchs des Rechts auf Berufung“<sup>11</sup> vom 13. Mai 2010; „Über staatliche Garantien für Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen“<sup>12</sup> vom 5. Juni 2012; „Zur Vollstreckung von Entscheidungen und zur Anwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“<sup>13</sup> vom 23. Februar 2006; „Über den staatlichen Schutz von Mitarbeitern der Gerichte und der Rechtsschutzbehörden“<sup>14</sup> vom 23. Dezember 1993 und dergleichen.

---

<sup>7</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).

<sup>8</sup> Про доступ до судових рішень: Закон України від 22 грудня 2005 року № 3262-IV. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 15. ст.128.

<sup>9</sup> Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 7-8. ст. 50.

<sup>10</sup> Про Вищий антикорупційний суд: Закон України від 07 червня 2018 року № 2447-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2018. № 24. ст. 212.

<sup>11</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження: Закон України від 13 травня 2010 року № 2181-VI. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 26. ст. 272.

<sup>12</sup> Про гарантії держави щодо виконання судових рішень: Закон України від 05 червня 2012 року № 4901-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 17. ст. 158.

<sup>13</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. ст. 260.

<sup>14</sup> Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3781-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3781-12#Text> (Abrufdatum: 05.04.2020).

Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtsprechung ist in internationalen Rechtsdokumenten verankert, insbesondere zählen hierzu: Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte<sup>15</sup> (Artikel 10), die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten<sup>16</sup> (Artikel 6), der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte<sup>17</sup> (Artikel 14), die in Montreal verabschiedete Allgemeine Erklärung der Unabhängigkeit der Justiz<sup>18</sup>, die Grundprinzipien der richterlichen Unabhängigkeit<sup>19</sup>, die Europäische Charta über das Gesetz „Über den Status der Richter“<sup>20</sup>, Erläuterungen zur Europäischen Charta über das Gesetz „Über den Status der Richter“<sup>21</sup>, Allgemeine (universelle) Charta des Richters<sup>22</sup>, die Pekinger Thesen zu den Grundsätzen der Unabhängigkeit von Richtern der Asiatisch-Pazifischen Region (LAWASIA)<sup>23</sup>, die Stellungnahme Nr. 1 (2001) des Beirats der europäischen Richter an den Ministerausschuss des Europarates zu den Standards der Unabhängigkeit der Justizorgane und zur Unabänderlichkeit der Richter<sup>24</sup>, die Bangalore Prinzipien der Tätigkeit der Richter<sup>25</sup>, die Empfehlung CM / Rec (2010) 12 des Ministerkomitees des Europarates zur Unabhängigkeit, Effizienz und Verantwortung von Richtern<sup>26</sup> und andere.

Die von der internationalen Praxis entwickelten Grundsätze, auf denen die Unabhängigkeit des Justizsystems beruht, besagen: 1) Richter müssen unabhängig sein

---

<sup>15</sup> Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>16</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (Abrufdatum: 04.04.2020).

<sup>17</sup> Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 19 жовтня 1973 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>18</sup> Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя від 01.01.1983 року. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/mu83323?an=2> (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>19</sup> Основні принципи незалежності судових органів від 13 грудня 1985 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_201#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>20</sup> Європейська хартія про закон «Про статус суддів» від 10.07.1998 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_236#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>21</sup> Пояснювальна записка до Європейської хартії про закон «Про статус суддів» від 10 липня 1998 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a46#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a46#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>22</sup> Загальна (Універсальна) хартія судді від 17 листопада 1999 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j63#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j63#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>23</sup> Пекінські тези щодо принципів незалежності суддів юридичної асоціації країн азійського та тихоокеанського регіону (LAWASIA) від 1 січня 1995 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j78#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j78#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>24</sup> Висновок №1 (2001) Консультативної ради європейських суддів для Комітету Міністрів ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів від 01 січня 2001 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a52#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a52#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>25</sup> Бангалорські принципи діяльності судді від 19 травня 2006 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67#Text) (Abrufdatum: 03.03.2020).

<sup>26</sup> Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (Abrufdatum: 30.03.2020).

(dies bedeutet, dass ihre Entscheidungen nur im Rahmen spezieller, gesetzlich vorgesehener Gerichtsverfahren überprüft werden können und die Richter unabsetzbar bis zu einem bestimmten Alter oder zum Ablauf der festgelegten Amtszeit im Amt bleiben); 2) Richter müssen über ausreichende Befugnisse zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen; 3) Richter müssen ihre Entscheidung ohne direkte oder indirekte Einschränkungen, Einfluss, Druck, Drohungen oder Eingriffe treffen; 4) Richter sind nicht verpflichtet, Personen, die nicht mit der Rechtsprechung im Zusammenhang stehen, Auskunft über Sachverhalte der Rechtssachen zu erteilen; 5) Richter müssen aus den verfügbaren Beweisen sachliche Schlussfolgerungen ziehen, bei der Leitung von Gerichtsverfahren sowie der etwaigen Beteiligten- sowie Zeugenanhörungen Gesetze befolgen, Gesetzesregeln korrekt anwenden und endgültige Entscheidungen treffen; 6) Ein Fall kann nicht ohne ausreichende Gründe wie Krankheit oder ein Interessenkonflikt einem bestimmten Richter entzogen werden; 7) Die Zuständigkeiten der Richter für die einzelnen Fälle sollte nicht auf Wunsch der Personen, die an einer bestimmten Lösung des Falls interessiert sein könnten, bestimmt werden; 8) Kriterien für die Ernennung von Richtern sollten eine Berufsqualifikation, ein einwandfreies Ansehen sowie eine Verpflichtung zu den Idealen der Gerechtigkeit sein, das Verfahren für die Auswahl der Richter sollte klar definiert sein; 9) Es muss ein faires Verfahren für die Prüfung von Disziplinarbeschwerden über Richter geben.<sup>27</sup>

## 2 Sachliche (dienstliche) Unabhängigkeit der Richter

Die Unabhängigkeit des Richters bedeutet das Recht und die Pflicht eines jeden Richters, die Prüfung eines Falles nach der inneren Überzeugung und auf der Grundlage von Gesetzen ohne unangemessenen Einfluss, frei, rechtmäßig und fair vorzunehmen und einen wirksamen Schutz der Menschenrechte und der Interessen des Staates zu gewährleisten.<sup>28</sup> Mit anderen Worten, die Unabhängigkeit der Richter erschließt sich in ihrem Recht, die Rechtsprechung frei von jeglichen Einschränkungen, Einflüssen, Druck, Drohungen und Eingriffen, insbesondere durch Amtsträger der Behörden der Staatsgewalt, wahrzunehmen.<sup>29</sup>

Die Analyse der normativen Prinzipien der richterlichen Unabhängigkeit in der Ukraine ergibt Folgendes: Die Unabhängigkeit und die Unverletzlichkeit der Richter werden durch die Artikel 126 und 129 der Verfassung der Ukraine garantiert. In

---

<sup>27</sup> Струс-Духнич Т. В. Роль і місце судової влади у правовій державі / Т. В. Струс-Духнич. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2011. Вип. 6. С. 172 URL:[http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp\\_2011\\_6\\_40](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp_2011_6_40) (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>28</sup> Галайденко Т.В. Гарантії незалежності суддів та їх реалізація в сучасній Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Одеса, 2013. С. 15.

<sup>29</sup> Теліпко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://text-book.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (Abrufdatum: 30.03.2020).

diesen Artikeln ist festgelegt, dass die Richter in der Wahrnehmung der Rechtsprechung unabhängig und nur an das Gesetz gebunden sind.<sup>30</sup> Ein wichtiges Element der Unabhängigkeit der Richter ist die unbefristete Amtszeit und das Verbot, Richter in irgendeiner Weise zu beeinflussen.<sup>31</sup>

Das Gesetz der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ definiert die Bedingungen für die Wahrnehmung der beruflichen Pflichten von Richtern und die rechtlichen Mittel, mit denen die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Garantien der Selbständigkeit von Gerichten und der Unabhängigkeit von Richtern sichergestellt wird. Insbesondere Artikel 6 Punkt 1 des Gesetzes der Ukraine "Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ verankert den Grundsatz der Unabhängigkeit der Richter von Dritten: „Bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung sind Gerichte unabhängig von jeglichem illegalen Einfluss. Gerichte nehmen die Rechtsprechung auf der Grundlage der Verfassung und der Gesetze der Ukraine sowie gemäß den Grundsätzen der Vorherrschaft des Rechts wahr“.<sup>32</sup>

In Übereinstimmung mit Punkt 5 des Artikels 48 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ wird die Unabhängigkeit der Richter gewährleistet durch: 1) Ein besonderes Verfahren für ihre Ernennung, für Disziplinarmaßnahmen, für ihre Entlassung sowie für die Beendigung von Befugnissen; 2) Die Unversehrtheit, die Unverletzlichkeit und die Immunität des Richters; 3) Die Unabänderlichkeit des Richters; 4) Das rechtlich gesicherte Gerichtsverfahren, das Beratungs-/Entscheidungsgeheimnis; 5) Das Verbot von Eingriffen in die Rechtsprechung; 6) Die Sanktionierung der Nichtachtung von Gericht oder Richter; 7) Ein gesondertes Verfahren zur Finanzierung und der organisatorischen Sicherung der Gerichte, das gesetzlich festgelegt worden ist; 8) Die angemessene materielle und soziale Sicherheit des Richters; 9) Das Funktionieren der Organe der richterlichen Verwaltung und der Selbstverwaltung; 10) Das gesetzlich festgelegte Mittel zur Gewährleistung der persönlichen Sicherheit von Richtern, deren Familienangehörigen, deren Vermögens sowie anderer Mittel zu deren rechtllichem Schutz; 11) Das Recht von Richtern auf Rücktritt.<sup>33</sup>

Dies bedeutet das Verbot jeglicher Handlungen gegen Richter, unabhängig von ihrem Erscheinungsbild, seitens der staatlichen Behörden, örtlichen Selbstverwaltungsorganen, deren Beamten und Angestellten, der Institutionen, der Organisationen, sowie der Bürger und ihrer Vereinigungen wie auch juristischer Personen zu Zwecken der Verhinderung der Erfüllung der beruflichen Pflichten durch die Rich-

---

<sup>30</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>31</sup> Am selben Ort.

<sup>32</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).

<sup>33</sup> Am selben Ort.

ter, unabhängig von deren Einlenken, und zu Zwecken der Erreichung rechtswidriger / ungerechter Entscheidungen. Das Verbot, Richter in irgendeiner Weise zu beeinflussen, erstreckt sich auf ihre gesamte Amtszeit als Richter.<sup>34</sup>

Um den persönlichen Bereich der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit abzugrenzen, muss auf die Bestimmung des Begriffs des Richters verwiesen werden. Ein Richter ist ein Staatsbürger der Ukraine, der gemäß der Verfassung der Ukraine und dem Gesetz der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ zum Richter ernannt wird und eine Vollzeitposition als Richter in einem der Gerichte der Ukraine innehat und die Rechtsprechung auf professioneller Basis wahrnimmt (Artikel 52 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“).<sup>35</sup>

Der sachliche Anwendungsbereich der Garantie der Unabhängigkeit des Richters betrifft nur die Erfüllung der beruflichen Pflichten eines Richters. Dazu muss erst herausgefunden werden, was unter der beruflichen Tätigkeit von Richtern zu verstehen ist. Es wird davon ausgegangen, dass die Unabhängigkeit von Richtern nur bei der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit legitim ist. Den Begriff der Unabhängigkeit verwendet der Gesetzgeber bei der Festlegung der Bestandteile des Status von Richtern nur, wenn er die Befugnisse eines Richters bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung beschreibt, d.h. wenn es um den verfahrenstechnischen Aspekt der gerichtlichen Tätigkeit geht. Außerhalb des Gerichts beziehungsweise einer Gerichtsverhandlung gilt der Grundsatz der Richterunabhängigkeit nicht,<sup>36</sup> obwohl Versuche, in diese einzugreifen, auch außerhalb der gerichtlichen Tätigkeit erfolgen können.<sup>37</sup>

Dementsprechend stellt Artikel 129 der Verfassung der Ukraine<sup>38</sup> fest, dass ein Richter bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung unabhängig ist und von der Vorherrschaft des Rechts geleitet wird. Es sei darauf hingewiesen, dass Richter nach der alten Fassung dieses Artikels der Verfassung nur dem Gesetz unterliegen. Wir gehen davon aus, dass der vorherige Wortlaut durchaus angemessen war und dem der deutschen Verfassung entsprach.

Eine der wichtigsten Garantien der Unabhängigkeit von Richtern ist in Artikel 126 Teil 2 der Verfassung der Ukraine verankert, welcher bestimmt, dass die Beeinflussung eines Richters in jeglicher Weise verboten ist. Der erste Teil des Artikels 48 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“

---

<sup>34</sup> Про незалежність судової влади : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 8 від 13 червня 2007 р. Вісн. Верхов. Суду України. 2007. № 6.

<sup>35</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).

<sup>36</sup> Шульбач Н. М. Поняття та сутність принципу незалежності суддів. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2011. Вип. 6. С. 228. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp\\_2011\\_6\\_53](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp_2011_6_53) (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>37</sup> Галайденко Т.В. Гарантії незалежності суддів та їх реалізація в сучасній Україні: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.10. Одеса, 2013. С. 8.

<sup>38</sup> Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141. (mit den letzten Änderungen vom 03.09.2019).

sieht vor, dass der Richter bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung unabhängig von rechtswidrigem Einfluss, Druck oder Eingriffen ist. Artikel 6 dieses Gesetzes verbietet Eingriffe in die Wahrnehmung der Rechtsprechung sowie den Einfluss auf Richter in irgendeiner Weise, die Missachtung von Richtern, das Sammeln, Speichern, Verwenden und Verbreiten von Informationen in jeglicher Form zu Zwecken der Schädigung der Autorität von Richtern oder der Beeinflussung der gerichtlichen Unparteilichkeit.

Diese Bestimmungen sollten so verstanden werden, dass sie die Unabhängigkeit der Richter in Verbindung mit der Wahrnehmung der Rechtsprechung und dem Verbot von Handlungen jeglicher Art, welche sowohl durch staatliche Stellen, Institutionen und Organisationen, lokale Regierungen, deren Beamte als auch von natürlichen und juristischen Personen vorgenommen werden, unabhängig von ihrem Erscheinungsbild gewährleisten, um zu verhindern, dass Richter ihre beruflichen Pflichten erfüllen, oder um eine rechtswidrige Entscheidung zu erreichen usw.<sup>39</sup>

Wie aus den Erläuterungen des Plenums des Obersten Gerichtshofs der Ukraine in Ziffer 11 der Verordnung des Plenums des Obersten Gerichtshofs der Ukraine „Über die Unabhängigkeit der Rechtsprechung“ Nr. 8 vom 13.06.2007 hervorgeht, sollten als Eingriffe in die Aktivitäten der Justizbehörden Beeinflussungen von Richtern verstanden werden, die in irgendeiner Form (Bitte, Aufforderung, Forderung, Anweisung, Drohung, Bestechung, Gewaltanwendung, Kritik an einem Richter in den Medien usw.) durch eine beliebige Person geäußert werden, um den Richter dazu zu bewegen, bestimmte Verfahrenshandlungen zu begehen oder zu unterlassen oder eine bestimmte Gerichtsentscheidung zu treffen. Es spielt keine Rolle, mit welchen Mitteln in welcher Phase des Verfahrens und auf welche Tätigkeiten welchen Gerichts Einfluss genommen werden soll.<sup>40</sup> Der Einfluss auf den Richter kann auch durch Dritte erfolgen – nahe Verwandte, Kollegen usw. Das Verbot, Richter in irgendeiner Weise zu beeinflussen, erstreckt sich auf ihre gesamte Amtszeit als Richter.

Ein Richter nimmt die Rechtsprechung auf der Grundlage der Verfassung und der Gesetze der Ukraine wahr und wird dabei vom Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts geleitet. Wie bereits erwähnt, ist die Einflussnahme auf die Tätigkeit des Richters bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung verboten und führt zu einer gesetzlich festgelegten Sanktion (Teil 2 des Artikels 48 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>41</sup>). Eine solche Sanktion

---

<sup>39</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://text-book.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>40</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 року № 8 «Про незалежність судової влади». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07> (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>41</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).

sieht insbesondere das Strafgesetzbuch der Ukraine (im Folgenden: StGBU)<sup>42</sup> vor. In Übereinstimmung mit Artikel 376 Teil 1 StGBU wird ein Eingriff in die Tätigkeit eines Richters in irgendeiner Form mit dem Zweck, ihn daran zu hindern, seine offiziellen Pflichten zu erfüllen oder ihn dazu zu veranlassen, eine rechtswidrige Entscheidung zu treffen, mit einer Geldstrafe von bis zu 50 steuerfreien Mindesteinkommen oder mit Strafarbeiten für eine Zeit von bis zu zwei Jahren oder einer Haftstrafe von bis zu sechs Monaten geahndet. Nach Artikel 376 Teil 2 StGBU werden die gleichen Handlungen, wenn sie die Verhinderung einer Straftat oder die Festnahme der Person, die eine solche begangen hat, vereitelt haben, oder unter Missbrauch eines offiziellen Amtes seitens dieser handelnden Person erfolgen, mit dem Entzug des Rechts, bestimmte Positionen zu bekleiden, bestimmte Tätigkeiten für bis zu fünf Jahre auszuüben, mit einem Arrest von bis zu sechs Monaten oder mit einem Freiheitsentzug von bis zu drei Jahren geahndet.

Artikel 377 StGBU sieht eine strafrechtliche Verantwortung für die Androhung oder die Anwendung von Gewalt gegen Richter, namentlich die Androhung von Mord, Gewalt, Zerstörung oder Beschädigung von Eigentum eines Richters im Zusammenhang mit seinen amtlichen Tätigkeiten bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung vor. Solche Handlungen werden mit Strafarbeit von bis zu zwei Jahren, Arrest von bis zu sechs Monaten, Freiheitsbeschränkung von bis zu drei Jahren oder Freiheitsentzug von derselben Dauer geahndet. Artikel 377 Teil 2 StGBU sieht für die vorsätzliche Zufügung von Schlägen, leichten oder mittelschweren Körperverletzungen zum Nachteil eines Richters und / oder seines nahen Verwandten im Zusammenhang mit der Ausführung von dienstlichen Tätigkeiten, Freiheitsbeschränkung bis zu fünf Jahren oder Freiheitsentzug bis zu sechs Jahren vor. Dabei wird die absichtliche Zufügung von schweren Körperverletzungen zum Nachteil eines Richters oder seines nahen Verwandten im Zusammenhang mit der Ausführung von dienstlichen Tätigkeiten mit Freiheitsentzug von fünf bis zwölf Jahren geahndet (Artikel 377 Teil 3 StGBU).<sup>43</sup>

Der Richter und seine Aktivitäten müssen unabhängig von der Gesellschaft sein. So sieht Artikel 48 Teil 6 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ vor, dass staatliche Behörden sowie Kommunalverwaltungen, ihre Beamte und bediensteten Personen, aber auch natürliche und juristische Personen und ihre Vereinigungen verpflichtet sind, die Unabhängigkeit der Richter zu respektieren und nicht in diese einzugreifen. Gleichzeitig können Richter die Rechtsprechung nicht effektiv wahrnehmen, ohne das Vertrauen der Öffentlichkeit zu besitzen, da sie ein Teil der Gesellschaft, der sie dienen, sind. Sie sollten sich der Erwartungen der Öffentlichkeit an die Justiz bewusst sein und Kritik an deren Funktionsweise ernstnehmen. Dies könnte durch die Existenz beständiger Mechanismen, die von Richterräten oder anderen unabhängigen Gremien eingerichtet würden, zur

---

<sup>42</sup> Кримінальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. ст.131. (mit den letzten Änderungen vom 17.03.2020).

<sup>43</sup> Am selben Ort.

Sammlung solcher Informationen erleichtert werden (Ziffer 20 der Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates).<sup>44</sup>

Die Immunität / Unverletzlichkeit und die Indemnität von Richtern stellen Bestandteile der Unabhängigkeit des Richters dar. Die Unverletzlichkeit von Richtern ist eines der Elemente ihres Status. Es ist kein persönliches Privileg, sondern hat den öffentlich-rechtlichen Zweck, die Wahrnehmung der Rechtsprechung durch ein unvoreingenommenes, unparteiisches und faires Gericht sicherzustellen.<sup>45</sup>

Die Unverletzlichkeit eines Richters wird durch Artikel 126 der Verfassung der Ukraine garantiert, wonach ein Richter ohne Zustimmung des Hohen Justizrates nicht inhaftiert oder festgenommen werden darf, bevor eine vorherige Verurteilung durch ein Gericht erfolgt ist, es sei denn, der Richter wird während oder unmittelbar nach der Begehung einer schwerwiegenden oder besonders schwerwiegenden Tat festgenommen. Eine wichtige Garantie für die Unabhängigkeit eines Richters ist die Bestimmung, dass ein Richter nicht wegen der von ihm getroffenen Gerichtsentscheidung strafrechtlich verfolgt werden kann, es sei denn, ein Verbrechen oder ein disziplinarisches Fehlverhalten steht damit im Zusammenhang (Artikel 126 StGBU, Artikel 49 Absatz 2 Teil 1 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status von Richtern“). Die Unverletzlichkeit und die Immunität des Richters werden in Artikel 49 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ konkretisiert. So darf ein Richter außer durch ein Gericht durch keine Behörde oder Anstalt zwangsweise überführt oder überbracht werden, es sei denn, dies ist in Artikel 49 Teil 2 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ (Teil 3 des Artikels 49 des genannten Gesetzes) geregelt. Der Verdacht einer Straftat kann einem Richter nur vom Generalstaatsanwalt oder seinem Stellvertreter mitgeteilt werden (Artikel 49 Teil 4 des Gesetzes).<sup>46</sup> Ein Richter kann aufgrund eines begründeten Antrags des Generalstaatsanwalts oder seines Stellvertreters in einem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren für einen Zeitraum von höchstens zwei Monaten im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verfolgung vorübergehend von der Rechtsprechung suspendiert werden. Die Entscheidung über die vorübergehende Suspendierung eines Richters von der Wahrnehmung der Rechtsprechung wird vom Hohen Justizrat getroffen.

---

<sup>44</sup> Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо судів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>45</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>46</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).



Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Unabhängigkeit der Richter bei der Durchführung bestimmter Gerichtsverfahren vor Gericht selbst gewährleistet werden sollte. In dieser Hinsicht ist Folgendes nicht zulässig:

- Außerverfahrensrechtlicher Einfluss anderer Richter auf den Richter, einschließlich derjenigen, die Verwaltungspositionen am Gericht innehaben;
- Erlangen der Kontrolle über die Durchführung des Verfahrens durch einen Richter, seine Bestellung an höheren Gerichten und die Aufforderung zum Berichten oder Erklären hinsichtlich der Lösung bestimmter Fälle;
- Auskunftersuchen oder Forderungen an den Richter, über den Fortschritt und die Aussichten eines bestimmten Falles / Verfahrens oder andere Sachverhalte, die nur Parteien eines bestimmten Falls und anderen verfahrensrechtlich bestimmten Personen zu Kenntnis gegeben werden dürfen, zu informieren. Dies gilt auch für das Beratungsgeheimnis;
- Annahme durch den Richter von Anträgen, Beschwerden und anderen Dokumenten von beliebigen Personen und Bescheidung außerhalb der gesetzlich festgelegten Verfahrensordnung.<sup>47</sup>

Somit, ausgehend von der Tatsache, dass die Unabhängigkeit der Richter die Hauptvoraussetzung für ihre Objektivität und Unparteilichkeit ist, ist der Richter in der Wahrnehmung der Rechtsprechung niemandem gegenüber rechenschaftspflichtig.<sup>48</sup>

### 3 Persönliche Unabhängigkeit der Richter

Die persönliche Unabhängigkeit eines Richters manifestiert sich auch in der Unabänderlichkeit / Unauswechselbarkeit des Richters. Dies bedeutet eine Garantie dafür, dass die Entlassung oder die Beendigung der Befugnisse eines Richters nur aus gesetzlich vorgesehenen Gründen stattfinden. In Übereinstimmung mit Artikel 126 Absatz 4 der Verfassung der Ukraine bekleiden Richter ihr Amt unbefristet. Diese Bestimmung wird in Artikel 53 Teil 1 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>49</sup> vom 2. Juni 2016 konkretisiert in der Weise, dass ein Richter garantiert sein Amt ausübt, bis er das fünfundsechzigste Lebensjahr erreicht hat. Ausnahmen sind nur für Fälle der Entlassung eines Richters oder der Beendigung seiner Befugnisse in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften zulässig.

---

<sup>47</sup> Теліпко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://text-book.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>48</sup> Теліпко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://text-book.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>49</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).

Ein Richter kann nur aus den in Artikel 126 Teil 6 der Verfassung der Ukraine genannten Gründen entlassen werden. Solche Gründe für die Entlassung eines Richters sind:

- 1) Unfähigkeit, aufgrund gesundheitlicher Bedingungen sein Amt auszuüben;
- 2) Verletzung von Inkompatibilitätsanforderungen;
- 3) Begehung eines erheblichen disziplinarischen Vergehens durch grobe oder systematische Pflichtverletzung, das mit dem Status eines Richters unvereinbar ist oder die mangelnde Eignung für das Amt des Richters deutlich macht;
- 4) Einreichung des Antrags auf Rücktritt oder Entlassung auf eigenen Wunsch;
- 5) Verweigerung, einer Versetzung an ein anderes Gericht im Falle einer Liquidation oder der Umstrukturierung des Gerichts, in dem der Richter sein Amt innehat, nachzukommen.
- 6) Verletzung der Verpflichtung zur Bestätigung der Rechtmäßigkeit der Erlangung von Vermögen.

Fragen der Entlassung eines Richters werden in Abschnitt VII des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>50</sup> ausführlicher geregelt. In Übereinstimmung mit Artikel 112 Teil 2 dieses Gesetzes wird die Entscheidung über die Entlassung eines Richters vom Hohen Justizrat nach dem im Gesetz der Ukraine „Über den Hohen Justizrat“ festgelegten Verfahren getroffen.

Die Tätigkeit als Richter wird ausschließlich aus den in Artikel 126 Teil 7 der Verfassung der Ukraine genannten Gründen beendet, und zwar in folgenden Fällen:

- 1) Vollendung des fünfundsechzigsten Lebensjahres eines Richters;
- 2) Beendigung der Staatsbürgerschaft der Ukraine oder Erwerb der Staatsbürgerschaft eines anderen Staates durch einen Richter;
- 3) Rechtskräftige Gerichtsentscheidung, in der der Richter für verschollen oder für tot, für handlungsunfähig oder teilweise handlungsunfähig erklärt wird;
- 4) Tod eines Richters;
- 5) Rechtskräftige Verurteilung eines Richters wegen der Begehung eines Verbrechens.

Die Frage der Beendigung der Befugnisse eines Richters wird im Kapitel 2 des Abschnitts VII des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ ausführlich bestimmt.

Die unabänderlichen Bedingungen der Tätigkeit des Richters ist auch in Artikel 53 Teil 2 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ umschrieben, wonach ein Richter ohne seine Zustimmung nicht an ein anderes Gericht versetzt werden darf. Diese Regel sieht zwei Ausnahmefälle vor: 1) Versetzung im Falle einer Umstrukturierung, einer Liquidation oder der Auflösung des Gerichts; 2) Versetzung als eine Disziplinarmaßnahme.

Die Besonderheiten der Versetzung eines Richters an ein anderes Gericht sind im Artikel 82 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ konkretisiert. So kann ein Richter auch vorübergehend als Abordnung

---

<sup>50</sup> Am selben Ort.

vom Hohen Justizrat auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise in das Amt eines Richters an ein anderes Gericht versetzt werden. Diese Versetzung erfolgt auf der Grundlage und im Rahmen der Empfehlung der Höheren Qualifikationskommission der Richter der Ukraine. Diese wurde als Ergebnis einer Stellenausschreibung zur Besetzung einer vakanten Position eines Richters eingereicht. Ohne eine Stellenausschreibung kann die Versetzung eines Richters in das Amt eines Richters in einem anderen Gericht derselben oder einer niedrigeren Ebene nur in Fällen der Umstrukturierung, der Liquidation oder der Auflösung des Gerichts durchgeführt werden, an dem der jeweilige Richter das Richteramt ausübt. In Artikel 82 Teil 4 dieses Gesetzes wird insbesondere die Möglichkeit hervorgehoben, einen Richter im Wege der disziplinarischen Verantwortung an ein anderes Gericht zu versetzen, was auf der Grundlage der Vorlage des Gremiums erfolgt, das die Entscheidung getroffen hat, den Richter zur Disziplinarverantwortung hinzuzuziehen.

Eines der wichtigsten Zeichen für die persönliche Unabhängigkeit von Richtern ist die finanzielle Unabhängigkeit – d. h. die Alimentation der Richter.

Die richterliche Vergütung wird durch das Gesetz der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ geregelt und besteht aus dem Gehalt und Zulagen für: 1) Dienstalder; 2) Verwaltungsposition am Gericht; 3) Akademischer Grad; 4) Arbeit mit dem Zugang zu Staatsgeheimnissen (Artikel 135 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“).<sup>51</sup>

Das in Artikel 135 Teil 3 des Gesetzes vorgesehene Grundgehalt eines Richters hängt von der Ebene des Gerichts ab, in dem der Richter tätig ist, und beträgt:

- 1) für einen Richter eines örtlichen Gerichts – das 30-fache eines Existenzminimums arbeitsfähiger Personen, dessen Höhe zum 1. Januar des Kalenderjahres festgelegt ist;<sup>52</sup>
- 2) für einen Richter eines Berufungsgerichts, eines höheren spezialisierten Gerichts – das 50-fache eines Existenzminimums arbeitsfähiger Personen;
- 3) für einen Richter am Obersten Gerichtshof – das 55-fache Existenzminimum für arbeitsfähiger Personen.

Zusätzlich zum Grundgehalt werden regionale Koeffizienten angewendet (Artikel 135 Teil 4 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“), der Zuschlag für Dienstalder (Artikel 135 Teil 5 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“) usw.

Der Staat gewährt den Richtern soziale Garantien. Gemäß Artikel 136 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ wird den Richtern ein verlängerter bezahlter Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen gewährt, wobei zusätzlich zur Vergütung des Richters ein Urlaubsgeld in Höhe des Monatsgehalts gezahlt wird. Darüber hinaus erhalten Richter mit mehr als 10 Dienstjahren einen zusätzlichen bezahlten jährlichen Urlaub von 15 Kalendertagen.

<sup>51</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).

<sup>52</sup> Nach dem Zustand am 01.01.2021 beträgt das Existenzminimum für arbeitsfähige Personen – 2 102 UAH. (ungefähr € 62).

Nach der Ernennung zum Richteramt wird dem angehenden Richter, der bessere Wohnbedingungen benötigt, von den örtlichen Selbstverwaltungsbehörden nach dem vom Ministerkabinett der Ukraine festgelegten Verfahren eine Dienstwohnung am Standort des Gerichts zur Verfügung gestellt.

Darüber hinaus erhalten Richter im Ruhestand ein Paket sozialer Versorgung (Artikel 140, 142-145 des Gesetzes). Ein Richter und seine Familienangehörigen haben Anspruch auf kostenlose medizinische Versorgung in öffentlichen Gesundheitseinrichtungen, auf Rente oder Pensionszahlung des Richters im Ruhestand.

In Punkt 13 der Verordnung des Plenums des Obersten Gerichtshofs der Ukraine heißt es, dass wichtige Garantien der Unabhängigkeit der Richter in ihrer persönlichen Sicherheit und ihrem staatlichen Schutz bestehen. Sollten während der dienstlichen Tätigkeit oder in Verbindung damit Umstände entstehen, die auf die Gefahr für Leben, Gesundheit, Wohnung oder Vermögen eines Richters oder seiner nahen Verwandten hinweisen, haben gemäß dem Gesetz der Ukraine „Über den staatlichen Schutz von Mitarbeitern der Gerichte und Rechtsschutzorganen“ die Vorsitzenden der Gerichte Maßnahmen zu ergreifen, um eine ungehinderte Wahrnehmung der Rechtsprechungstätigkeit zu gewährleisten sowie Sicherheitsmaßnahmen seitens der Organe des Inneren dahingehend zu treffen, dass etwa der Schutz der Personen, ihrer Häuser, ihres Eigentums, ihrer Waffen oder ihrer persönlichen Schutzausrüstung gewährleistet sind.<sup>53</sup>

Im Artikel 48 Teil 7 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ ist vorgesehen, dass bei der Verabschiedung neuer Gesetze oder der Änderung bestehender Gesetze der Inhalt und der Umfang der von der Verfassung und den Gesetzen der Ukraine garantierten Unabhängigkeit der Richter nicht gemindert werden darf (Artikel 48 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“). Dies bedeutet, dass es nicht gestattet ist, die Position der Richter und damit verbundenen Gewährleistungen zu verringern.

Es ist aber ersichtlich, dass es trotz der gesetzlichen Garantien für die richterliche Tätigkeit Beschränkungen des Rechts auf materielle Alimentation der Richter und der Gerichtsverwaltung gibt. Am 13. April 2020 verabschiedete die Werchowna Rada der Ukraine das Gesetz Nr. 553-IX, welches das Gesetz „Über den Staatshaushalt der Ukraine für das Jahr 2020“<sup>54</sup> mit dem Artikel 29 ergänzte wie folgt: „Es wird festgelegt, dass im April 2020 und bis zum Ende des Monats, in dem die Quarantäne aufgehoben wird, die vom Ministerkabinett der Ukraine zur Verhinderung der Ausbreitung der akuten Atemwegserkrankung COVID-19, die vom SARS-CoV-2 Coronavirus verursacht wurde, die Gehälter, Geldleistungen für Arbeitnehmer, Beamte und Angestellte der aus dem Haushalt finanzierten Institutionen (einschließlich

<sup>53</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про незалежність судової влади» від 13.06.2007. Н 8. *Адвокат*. 2007. № 06. С. 57.

<sup>54</sup> Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік»: Закон України від 13 квітня 2020 року № 553-IX. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2020, № 19, ст.126). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/553-20#Text> (Abrufdatum: 10.02.2021).

Behörden der Staatsgewalt sowie anderer staatlicher Stellen und Kommunalverwaltungen) in der Höhe berechnet werden, das das Zehnfache des für den 1. Januar 2020 festgelegten Mindestlohns nicht überschritten wird“.

Die Richter des Obersten Gerichtshofs der Ukraine legten beim Verfassungsgericht der Ukraine (im Folgenden: Verfassungsgericht) den Antrag ein, die Rechtmäßigkeit der Auferlegung von Quarantänebeschränkungen zu überprüfen.<sup>55</sup> Nach den festgelegten gesetzlichen Beschränkungen dürfen die festgelegten Mindestlöhne das Zehnfache des für den 1. Januar 2020 festgelegten Mindestlohns nicht überschreiten. Die Richter haben geltend gemacht, dass gemäß den festgelegten Beschränkungen gerade die Richterschaft unter all diesen Mitarbeitergruppen die deutlichste Verringerung des Niveaus der materiellen Versorgung erfahre.<sup>56</sup> Gleichzeitig habe sich die Höhe der Gehälter der Vertreter der Gesetzgebungs- und Exekutivbehörden nicht wesentlich geändert. Während die Gehälter der meisten Beamten durch Quarantäne um 5 bis 30 Prozent gesenkt worden seien, seien die Gehälter der Richter um 50 bis 85 Prozent gesenkt worden. Die Richter des Obersten Gerichtshofs wiesen darauf hin, dass im Jahr 2019 nur ein Prozent der ganzen Beamtenschaft - 900 Personen - Gehälter über 47.000 Hryvnja erhalten hätten. Daher würde die Gehaltskürzung seitens der Regierung nur wenige Beamte betreffen. Gleichzeitig würden die Beschränkungen auf der Ebene der einzelnen Gebiete ausnahmslos für alle Richter gelten.

Die Richter des Obersten Gerichtshofs stellten außerdem fest, dass trotz der Tatsache, dass die Höhe ihrer Bezüge gesetzlich gesenkt wurde, deren Wiederherstellung von den Maßnahmen der Regierung abhängig gemacht worden sei.<sup>57</sup>

Am 28. August entschied das Verfassungsgericht der Ukraine, dass die Beschränkung der Gehälter von Beamten und Richtern während der Quarantäne rechtswidrig sei<sup>58</sup>. Danach wurden insbesondere die Bestimmungen des ersten und dritten Teils des Artikels 29 des Gesetzes Nr. 294 für verfassungswidrig erklärt.

## 4 Verfassungsrechtliche Grenzen und Gesetzesbindung

Im Rechtsstaat stellt die Anrufung des Gerichts einen universellen Mechanismus zum Schutz der Rechte, Freiheiten und berechtigten Interessen von natürlichen und

---

<sup>55</sup> Надійшло конституційне подання Верховного Суду щодо конституційності встановлених на час карантину обмежень прав і свобод громадян. Конституційний Суд України. URL: <http://www.ccu.gov.ua/novyna/nadiyshlo-konstytuciynne-podannya-verhovnogo-sudu-shchodo-konstytuciynosti-vstanovlenyh-na> (Abrufdatum: 10.02.2021).

<sup>56</sup> Думанська М. В Україні планують скоротити зарплати високопосадовцям. DW від 29.03.2020. URL: <https://www.dw.com/uk/> (Abrufdatum: 10.02.2021).

<sup>57</sup> Губар О. Судді Верховного суду просять КСУ перевірити законність карантинних обмежень. DW від 04.06.2020. URL: <https://www.dw.com/uk/> (Abrufdatum: 10.02.2021).

<sup>58</sup> Рішення Конституційного Суду України №10-р/2020 від 28 серпня 2020 року. URL: <http://www.ccu.gov.ua/dokument/10-r2020> (Abrufdatum: 10.02.2021).

juristischen Personen dar.<sup>59</sup> Der Zweck der Gewährleistung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung besteht darin, jedem Menschen das Grundrecht auf ein faires Verfahren nur auf gesetzlicher Basis und ohne Einfluss von außen zu garantieren.<sup>60</sup> Die Umsetzung von Rechtsgarantien der Wahrnehmung der Rechtsprechung ist eine notwendige Voraussetzung für die ordnungsgemäße Realisierung der verfassungsmäßigen Aufgaben der Gewährleistung der Vorherrschaft des Rechts, des Schutzes der Menschenrechte und Bürgerrechte und Freiheiten, deren Stärkung und Sicherung die Hauptaufgabe des Staates ist (Artikel 3, 8, 55 der Verfassung der Ukraine), durch die Gerichte.

Die Justiz in der Ukraine wird gemäß den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Gewaltenteilung von unabhängigen und unparteiischen Gerichten ausgeübt, die aufgrund eines Gesetzes geschaffen worden sind. Gemäß Artikel 1-2 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ wird die richterliche Gewalt von Richtern und in gesetzlich festgelegten Fällen von Geschworenen mittels der Rechtschaffung im Rahmen der einschlägigen Gerichtsverfahren ausgeübt. Die Rechtsprechung in der Ukraine wird gemäß Art. 124 der Verfassung der Ukraine ausschließlich von Gerichten wahrgenommen. Die Übertragung von Gerichtsfunktionen sowie die Aneignung dieser Funktionen durch andere Stellen oder Beamte wird nicht zugelassen.<sup>61</sup>

Während der Wahrnehmung der Rechtsprechungsaufgaben garantiert das Gericht jedem das Recht auf ein faires Verfahren und die Achtung anderer Rechte und Freiheiten, die durch die Verfassung und Gesetze der Ukraine sowie durch internationale Verträge garantiert werden und deren Verbindlichkeit von der Werchowna Rada der Ukraine anerkannt wurde.<sup>62</sup> Wie oben erwähnt, wird ist Richter gemäß Art. 129 der Verfassung der Ukraine und Artikel 6 Teil 1 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung unabhängig und wird von der Vorherrschaft des Rechts geleitet.

Es werden folgende verfassungsrechtliche Garantien für die Umsetzung des Grundsatzes der Unabhängigkeit der Richter festgelegt: Das Verfahren der Wahl (Ernennung) und Entlassung von Richtern, das Rücktrittsrecht des Richters, das gesetzlich vorgesehene Verfahren der Wahrnehmung der Rechtsprechung, das Verbot der Einmischung in die Wahrnehmung der Rechtsprechung, die Verantwortung für die Verachtung des Gerichts die Immunität der Richter, das Vorhandensein von

---

<sup>59</sup> Рішення Конституційного Суду України від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12> (Abrufdatum: 08.04.2020).

<sup>60</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (Abrufdatum: 04.04.2020).

<sup>61</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>62</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. ст.545.

Organen der gerichtlichen Selbstverwaltung, die Schaffung der notwendigen organisationstechnischen und informativen Bedingungen für die Tätigkeit der Gerichte; angemessene materielle und soziale Sicherheit der Richter.<sup>63</sup>

Die Verfassungsbestimmungen über die rechtlichen Garantien für Richter sind in Artikel 48 Punkt 2 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ verankert. „Ein Richter nimmt die Rechtsprechung auf der Grundlage der Verfassung und der Gesetze der Ukraine wahr, geleitet vom Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts. Die Beeinflussung der Tätigkeit eines Richters hinsichtlich der Wahrnehmung der Rechtsprechung ist verboten und führt zu einer gesetzlich festgelegten Verantwortung“.<sup>64</sup> Eine ähnliche Bestimmung spiegelt sich in der Verordnung des Plenums des Obersten Gerichtshofs der Ukraine „Über die Unabhängigkeit der Justiz“ vom 13. Juni 2007 Nr. 8 wider, denn in Übereinstimmung mit der Verfassung der Ukraine (Artikel 6, 126, 129) wird die Staatsgewalt in der Ukraine auf der Grundlage ihrer Einteilung in die Legislative, Exekutive und Judikative ausgeübt. Richter sind in der Wahrnehmung der Rechtsprechung unabhängig und unterliegen nur dem Gesetz, und eine Beeinflussung in jeglicher Form ist unzulässig.<sup>65</sup>

Ausgehend von der Tatsache, dass die Unabhängigkeit der Richter eine Grundvoraussetzung für ihre Objektivität und Unparteilichkeit ist, unterliegt ein Richter bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung nur dem Gesetz und ist niemandem gegenüber rechenschaftspflichtig. Den Richtern wird die Freiheit garantiert, über Streitigkeiten vor Gericht unvoreingenommen und gemäß ihren inneren Überzeugungen zu entscheiden, was mit den gesetzlichen Anforderungen im Einklang stehen muss. Jede Entscheidung im Gerichtsverfahren soll auf einer umfassenden, vollständigen und objektiven Untersuchung und Prüfung aller Umstände des Falls beruhen, wobei keiner Rechtsposition von welchem Teilnehmer des Verfahrens auch immer der Vorzug gewährt werden darf, einschließlich Staatsanwälten, Verteidigern, Vertretern von natürlichen oder juristischen Personen.<sup>66</sup>

In den Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Richter wird betont, dass die Richter die uneingeschränkte Freiheit haben sollten, Fälle unparteiisch und im Einklang mit dem Gesetz und ihrem eigenen Verständnis der Tatsachen zu lösen (Abs. 5).<sup>67</sup> Gleichzeitig müssen sich die Richter bei ihren Tätigkeiten innerhalb des rechtlichen Rahmens bewegen und

---

<sup>63</sup> Конституція України. Науково-практичний коментар / За ред. В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш та ін. Х.: Право, 2011. С. 875.

<sup>64</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).

<sup>65</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 року № 8 «Про незалежність судової влади». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07> (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>66</sup> Am selben Ort.

<sup>67</sup> Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (Abrufdatum: 30.03.2020).

unter Einhaltung aller Verfahrensformen die Rechtsprechung wahrnehmen. Somit besteht die Forderung nach der Gesetzmäßigkeit der rechtsprechenden Gewalt in der Übereinstimmung von Justizstrukturen und Gerichtsverfahren mit den Gesetzesanforderungen.

Bei der Wahrnehmung der Rechtsprechungstätigkeit müssen die Richter die Unabhängigkeit und die Selbständigkeit, welche durch die Verfassung und die Gesetze der Ukraine garantiert werden, der Gerichte stärken und die Autorität der Justiz erhöhen sowie die Verbindlichkeit von Gerichtsentscheidungen sichern, indem sie die Fälle fair, unparteiisch und rechtzeitig verhandeln und entscheiden,, den Eid des Richters einhalten, auf rechtswidrigen Druck und auf Eingriffe sowie andere Einwirkung in die Justiz / Rechtsprechung korrekt und angemessen reagieren. Wenn ein Grund zur Annahme besteht, dass die Unabhängigkeit eines Richters und die unparteiische Führung von Gerichtsverfahren beeinträchtigt werden, muss er Maßnahmen ergreifen, um eine solche Beeinträchtigung abzuwehren und die Verantwortlichen zur gesetzlichen Verantwortung bringen.

## **5 Verfassungsrechtlicher Schutz der Richter im System der Gewaltenteilung und innerhalb der Justiz**

Die Interaktion der Justiz mit anderen Zweigen der Staatsgewalt in der Ukraine erfolgt auf der Grundlage eines „Mechanismus der gegenseitigen Kontrolle und Überwachung“, was in der Praxis Folgendes bedeutet: Gemäß der Verfassung der Ukraine (Artikel 6, 126, 129) wird die Staatsgewalt in der Ukraine auf der Grundlage ihrer Aufteilung in Legislative, Exekutive und Judikative ausgeübt.

Die Justiz ist berufen, die Freiheiten der Bürger sowie die Verfassungsordnung der Ukraine zu schützen und die Einhaltung der Verfassung der Ukraine durch Gesetzgebungs- und Exekutivgewalt zu gewährleisten. Die Justiz in der Ukraine wird ausschließlich von Gerichten und in Übereinstimmung mit den gesetzlich vorgeschriebenen Gerichtsverfahren wahrgenommen (Artikel 5 Teil 1 des Gesetzes der Ukraine "Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter").<sup>68</sup> Entscheidungen, die die Justiz trifft, bedürfen aufgrund dieser Eigenschaft keiner Genehmigung durch andere Gewalten.

Gemäß der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Unabhängigkeit, Effizienz und Zuständigkeiten / Verpflichtungen vom 17.11.2010 (Absätze 16, 17, 18) der Richter dürfen Entscheidungen von Richtern keiner externen Überprüfung außerhalb der in der Gesetzgebung festgelegten Berufungsverfahren unterzogen werden. Mit der Ausnahme von Entscheidungen über Amnestie, Begnadigung oder ähnlichen Maßnahmen dürfen die voll-

---

<sup>68</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (mit den letzten Änderungen vom 31.10.2019).



ziehenden und gesetzgebenden Gewalten keine Entscheidungen treffen, welche Gerichtsentscheidungen aufheben. Bei der Kommentierung der Entscheidungen der Richter sollen die vollziehende und die gesetzgebende Gewalten Kritik, welche die Unabhängigkeit der Justiz oder das Vertrauen der Öffentlichkeit in diese untergraben könnte, vermeiden. Sie sollten auch Maßnahmen unterlassen, die ihre Bereitschaft, den Entscheidungen der Richter nachzukommen, in Frage stellen könnten, es sei denn, dass die Einlegung von Rechtsmitteln beabsichtigt ist.<sup>69</sup>

### 5.1 Errichtung der Gerichte

Das Gerichtssystem der Ukraine ist heute ein selbstständiger Gewaltenzweig in der Organisationsordnung. Das Zusammenwirken der Justiz mit anderen staatlichen Stellen und der Mechanismus der gegenseitigen Kontrolle zeigen sich auch im Verfahren der Einrichtung von Gerichten. Nach dem Artikel 125 der Verfassung der Ukraine und dem Artikel 19 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ werden Gerichte gesetzlich gebildet und liquidiert. Der Gesetzesentwurf über die Errichtung oder Liquidation eines Gerichts wird der Werchowna Rada der Ukraine vom Präsidenten der Ukraine nach Konsultationen mit dem Hohen Justizrat vorgelegt. Die Gründe für die Errichtung oder die Liquidation eines Gerichts sind eine Änderung des Justizsystems im Sinne des oben genannten Gesetzes, die Notwendigkeit, den Zugang zur Justiz sicherzustellen, die Optimierung der Staatshaushaltsausgaben oder eine Änderung des administrativ-territorialen Aufbaus.

### 5.2 Zusammenwirken der Justizorgane mit dem Präsidenten der Ukraine und der Werchowna Rada der Ukraine

Nach Art. 128 der Verfassung der Ukraine wird die Ernennung zum Richter vom Präsidenten der Ukraine auf Vorschlag des Hohen Justizrates in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise vorgenommen. Die Ernennung zum Richter erfolgt nach einem Auswahlverfahren auf Wettbewerbsbasis und in den gesetzlich festgelegten Fällen. Es sei darauf hingewiesen, dass vor der Justizreform des Jahres 2016 die Ernennung zum Berufsrichter durch den Präsidenten der Ukraine nur für eine Amtszeit von fünf Jahren erfolgte.

Die Werchowna Rada der Ukraine bildet das rechtliche Umfeld für die Tätigkeit der Justiz aus, indem sie Gesetze verabschiedet, die die Organisation des Justizsystems und das Verfahren für die Tätigkeit der Gerichte regeln. Gemäß Artikel 92 der

---

<sup>69</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (Abrufdatum: 30.03.2020).

Verfassung der Ukraine bestimmen nur die von der Werchowna Rada verabschiedeten Gesetze der Ukraine die Gerichtsverfassung, die Rechtsprechung, den Status der Richter und die Grundsätze der gerichtlichen und forensischen Begutachtung.

Es sei darauf hingewiesen, dass es Fälle von Druck auf Richter des Verfassungsgerichts der Ukraine und Eingriffe in ihre Tätigkeit gibt, was in einem Rechtsstaat absolut inakzeptabel ist. Insbesondere gegen Ende 2020 entfernte der Präsident der Ukraine V. Zelensky nach einem langen Skandal den Vorsitzenden des Verfassungsgerichts der Ukraine, O. Tupytsky aus seinem Amt, um die Verfassungskrise zu überwinden. Die Krise begann im Oktober, als das Verfassungsgericht der Ukraine die Strafen für Beamte und Abgeordnete wegen falscher Angaben in deren Vermögenserklärungen aufhob und dem Nationalen Korruptionsbekämpfungsbüro der Ukraine eine Reihe von Befugnissen entzogen hatte.

Das Staatliche Untersuchungsbüro informierte Herrn O. Tupytsky über den Verdacht wissentlich falscher Aussagen in Verbindung mit der künstlichen Schaffung von Verteidigungsbeweisen und der Bestechung eines Zeugen, um diesen zur Aussageverweigerung zu bewegen (Verbrechen nach Artikel 384 Teil 2, Artikel 386 StGBU). Am nächsten Tag wurde der Richter durch einen Präsidialerlass für eine zweimonatige Zeit suspendiert.

In seinem Erlass bezieht sich der Präsident auf Art. 154 der Strafprozessordnung der Ukraine. Dieser Artikel sieht vor, dass der Präsident die von ihm ernannten Beamten zurückrufen kann. Die Vorschrift bezieht sich jedoch nicht auf Richter des Verfassungsgerichts.<sup>70</sup> Gleichzeitig ist anzumerken, dass die Verfassung die Beendigung der Befugnisse von Richtern des Verfassungsgerichts der Ukraine auf diese Weise verbietet. Im Artikel 149-1 wird eine klare Auflistung von Gründen für die Kündigung oder Beendigung der Tätigkeit eines Richters aufgelistet:

„Die Tätigkeit eines Richters des Verfassungsgerichts der Ukraine endet in folgenden Fällen:

- 1) Ablauf seiner Amtszeit;
- 2) Erreichen des siebzigsten Lebensjahres;
- 3) Ablegen der Staatsbürgerschaft der Ukraine oder Erwerb der Staatsbürgerschaft eines anderen Staates;
- 4) Rechtskräftige Gerichtsentscheidung, die ihn für vermisst oder für tot, für geschäftsunfähig oder teilweise geschäftsunfähig erklärt;
- 5) Rechtskraft eines Urteils infolge der Beschuldigung, ein Verbrechen begangen zu haben;
- 6) Tod eines Richters des Verfassungsgerichts der Ukraine.

Die Gründe für die Entlassung eines Richters des Verfassungsgerichts der Ukraine aus dem Amt sind:

---

<sup>70</sup> Мінняйло Н. Президент відсторонив суддю Тупицького «заради справедливості». Mediasapiens від 15 січня 2021 р. URL: <https://ms.detector.media/trendi/post/26480/2021-01-25-prezydent-vidstoronyv-suddyu-tupitskogo-zarady-vidnovlennya-spravedlyvosti-a-tak-mozhna-bulo/> (Abrufdatum: 11.02.2021).

- 1) Unfähigkeit, die Amtspflichten aus gesundheitlichen Gründen zu erfüllen;
- 2) Verstoß gegen Inkompatibilitätsanforderungen;
- 3) Begehen eines erheblichen disziplinarischen Fehlverhaltens, einer groben oder systematischen Vernachlässigung seiner Pflichten, was mit dem Status eines Richters am Gericht unvereinbar ist, oder seine mangelnde Eignung für das bekleidete Amt offengelegt;

4) Einreichen eines Rücktritts- oder Entlassungsantrags aus eigenem Willen“.<sup>71</sup>

Außerdem legte Präsident V. Zelensky als Reaktion auf die Entscheidung der Richter des Verfassungsgerichts am 30. Oktober 2020 der Werchowna Rada der Ukraine einen Gesetzentwurf „Über die Wiederherstellung des öffentlichen Vertrauens in die Verfassungsgerichtsbarkeit“ vor, in welchem vorgeschlagen wurde, das gesamte Kollegium des Verfassungsgerichts der Ukraine zu entlassen und das Verfahren der Auswahl neuer Richter einzuleiten.<sup>72</sup> Zu betonen ist jedoch, dass die Verfassung der Ukraine die Entlassung der Richter aufgrund eines Beschlusses des Parlaments nicht vorsieht.

Zurzeit werden in der Ukraine die Richter des Verfassungsgerichts von zwei politischen Organen ernannt – vom Präsidenten und dem Parlament (Werchowna Rada). Ein weiterer Teil der Richter wird auch von der Richterkonferenz auserwählt. Der Einfluss dieser Organe auf die Richter des Verfassungsgerichts endet jedoch, nachdem der Richter den Eid geleistet hat. Danach kann der Verfassungsrichter nur von den Richtern an demselben Gericht entlassen oder zur Verantwortung gezogen werden. Der Zweck der Einrichtung eines solchen Mechanismus zur Ernennung von Richtern besteht darin, das Verfassungsgericht als höchstes Organ der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Einfluss anderer Organe der politischen Gewalt unabhängig zu machen – des Präsidenten und des Parlaments (Werchowna Rada), denn gerade die Richter des Verfassungsgerichts sind dazu berufen, Widersprüche zwischen der Verfassung und den von der Werchowna Rada verabschiedeten Gesetzen sowie anderen Akten und Handlungen anderer Gewaltorgane aufzulösen. Es gibt somit genügend Gründe, zu behaupten, dass der amtierende Präsident der Ukraine seine Befugnisse durch die Entfernung von Herrn O. Tupytsky aus seinem Amt überschritten hat.

Der Europarat kritisierte auch das Vorgehen des derzeitigen Präsidenten und missbilligte die Idee des Präsidenten der Ukraine V. Zelensky, das Verfassungsgericht aufzulösen. In einem Brief der Leiter der Gremien des Europarates - der Venedig-Kommission und der Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) - an den Vorsitzenden des Parlaments (Werchowna Rada der Ukraine) Dmytro Razumkov berichtet die „Radio Liberty“, dass „die Beendigung der Richterbefugnisse eine grobe Verletzung der Verfassung und des Grundprinzips der Gewaltenteilung ist.

---

<sup>71</sup> Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. ст. 141. (mit den letzten Änderungen vom 03.09.2019).

<sup>72</sup> Коломієць В. Зеленський хоче розпустити КС і скасувати його рішення щодо антикорупційної реформи. 30.10.2020. URL: <https://hromadske.ua/posts/zelenskij-proponuє-povnistyu-zvilnit-sklad-konstitucijnogo-sudu> (Abrufdatum: 11.02.2021).

Verstöße gegen die Verfassung können, auch wenn es zweifellos einen guten Grund für diese gibt, nicht zu einer Kultur des Konstitutionalismus und der Achtung der Vorherrschaft des Rechts führen.<sup>73</sup>

Um solche Situationen zu vermeiden, halten wir es für angebracht, die folgenden Änderungen an den geltenden Vorschriften vorzunehmen:

Erstens muss das Gesetz „Über das Verfassungsgericht der Ukraine“ geändert werden. Die Richter des Verfassungsgerichts sollten auf der Grundlage eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens ernannt werden, wie dies bei den Richtern des Antikorruptionsgerichts der Fall war. Dies ermöglicht es professionellen und ehrlichen Richtern, zu Richterämtern im Verfassungsgericht der Ukraine zu gelangen. Das derzeitige Recht sieht einen solchen Wettbewerb nicht vor.

Zweitens müssen das Strafgesetzbuch und andere Rechtsakte in Bezug auf die Verantwortung für falsche Angaben bei Vermögenserklärungen geändert werden.

Drittens ist es notwendig, die Regeln zur Verantwortung der Richter zu überprüfen und klar vorzuschreiben, wer und wofür ein Richter des Verfassungsgerichts der Ukraine entlassen darf.<sup>74</sup> Momentan treffen die Richter des Verfassungsgerichts der Ukraine die Entscheidung, einen Richter zu entlassen, selbst. Dies erfordert 12 Stimmen; es ist auch den Richtern selbst anvertraut, zu entscheiden, was disziplinarisches Fehlverhalten und was einwandfreies Verhalten darstellt. Wie der Fall der Entlassung des ehemaligen Vorsitzenden des Verfassungsgerichts der Ukraine, S. Shevchuk, zeigt, kann dies zu Missbrauch führen.<sup>75</sup> Die Richter haben selbst entschieden, dass Herr Shevchuk seine Position missbraucht hat und haben ihn des Amtes verwiesen.

### 5.3 Beziehungen zu Organen der vollziehenden Gewalt.

Gemäß Artikel 21 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ werden in der Ukraine Verwaltungsgerichte eingerichtet, denen die Entscheidungen in den Streitfällen im Zusammenhang mit Rechtsbeziehungen im Bereich der öffentlichen Verwaltung und der lokalen Selbstverwaltung (Verwaltungsrechtsfälle) anvertraut worden sind, das heißt, sie überprüfen die Rechtmäßigkeit von Handlungen und Anordnungen der Organe der staatlichen vollziehenden Gewalt sowie der örtlichen Selbstverwaltung.

---

<sup>73</sup> Глава венетійської комісії не підтримав розпуск КСУ: коментар НАЗК URL:

<http://finbalance.com.ua/news/venetsiyska-komisiya-rozpusk-ksu-hrubo-porushu-konstitutsiyu-navit-yakshcho-prichina-povazhna> (Abrufdatum: 11.02.2021).

<sup>74</sup> Мінняло Н. Президент відсторонив суддю Тушницького «заради спораведливості». Mediasapiens від 15 січня 2021 р. URL: <https://ms.detector.media/trendi/post/26480/2021-01-25-prezydent-vidstoronuv-suddyu-tupytskogo-zarady-vidnovlennya-spravedlyvosti-a-tak-mozhna-bulo/>.

<sup>75</sup> Звільнення голови Конституційного суду України: Шевчук звинуватив Порошенка. DW від 14.05.2019. URL: [https://www.dw.com/uk/\(Abrufdatum: 30.03.2020\)](https://www.dw.com/uk/(Abrufdatum: 30.03.2020)).

Andererseits kann die Exekutive keine Kontrolle über die mit Disziplinarverfahren befassten Organe und keinen politischen Einfluss auf den Prozess von Disziplinarverfahren ausüben. Jegliche Kontrolle der Exekutive über Richterräte oder Gremien, die zur Verhängung von Disziplinarmaßnahmen befugt sind, sollte vermieden werden.<sup>76</sup>

#### 5.4 Staatliche Gerichtsverwaltung der Ukraine.

Die Staatliche Gerichtsverwaltung der Ukraine bestimmt im Einvernehmen mit dem Hohen Justizrat die Anzahl der Richter an jedem der Gerichte unter Berücksichtigung der Arbeitsbelastung des jeweiligen Gerichts und der im Staatshaushalt der Ukraine vorgesehenen Ausgaben für die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Gerichte und die Alimentation der Richter (Artikel 19 Teil 6 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“).

#### 5.5 Hoher Justizrat

Nach Art. 131 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ funktioniert in der Ukraine der Hohe Justizrat, der:

- 1) Vorschläge für die Ernennung zum Richteramt unterbreitet;
- 2) Entscheidungen über die Verletzung von Inkompatibilitätsanforderungen durch einen Richter oder Staatsanwalt trifft;
- 3) Beschwerden gegen Entscheidungen zuständiger Organe, einen Richter oder Staatsanwalt in die Disziplinarverantwortung zu bringen, prüft und bescheidet;
- 4) Entscheidungen über die Entlassung aus dem Richteramt trifft;
- 5) Festnahme eines Richters oder seiner Inhaftierung genehmigt;
- 6) Entscheidung über die vorübergehende Suspendierung eines Richters von der Wahrnehmung der Rechtsprechung trifft;
- 7) Maßnahmen ergreift, um die Unabhängigkeit der Richter zu gewährleisten;
- 8) Entscheidung über die Versetzung eines Richters von einem Gericht zu einem anderen trifft;
- 9) andere Befugnisse wahrnimmt, die in der Verfassung und den Gesetzen der Ukraine festgelegt sind.

Wie oben erwähnt, darf gemäß Art. 126 der Verfassung der Ukraine kein Richter ohne Zustimmung des Hohen Justizrates festgenommen oder in Gewahrsam genommen werden, bevor er dazu gerichtlich verurteilt wird.

Ein wichtiger wesentlicher Mangel des Gesetzes der Ukraine „Über den Hohen Justizrat“ stellt das Fehlen einer Regel, welche die Fristen für die Prüfung von Beschwerden festlegt, dar. In der Praxis können gegen Richter eingelegte Beschwerden

---

<sup>76</sup> Київські рекомендації щодо незалежності судочинства у Східній Європі, на Південному Кавказі та у Середній Азії. Адміністрування судівництва, добір та відповідальність суддів. Київ, 23-25 червня 2010. URL: <https://www.osce.org/uk/odihr/86319?download=true> (Abrufdatum: 30.03.2020).

ein Jahr, anderthalb Jahre und länger zur Prüfung anstehen, was zu einem Relevanzverlust für den Beschwerdeführer führt, wobei die verletzten Rechte während der Zeit der Prüfung nicht wiederhergestellt werden und der Richter sich weiterhin der Rechtsprechung zuwendet. Dieses Problem wurde nun durch den Gesetzentwurf Nr. 1008<sup>77</sup> gelöst – mit dem Gesetz der Ukraine „Über den Hohen Justizrat“ wurden Vorschriften geändert, die zur Durchführung von Disziplinarverfahren eine angemessene Frist, die 60 Tage nach Eingang einer Disziplinarbeschwerde nicht überschreiten darf, voraussetzen.

Der Hohe Justizrat beteiligt sich an der Festlegung der Finanzierung der Tätigkeit der Gerichte und der Bezüge der Richter: Gemäß Art. 130 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ stellt der Staat Finanzmittel und angemessene Bedingungen für das Funktionieren der Gerichte und die Tätigkeit der Richter bereit. Der Staatshaushalt der Ukraine bestimmt die Ausgaben für die Finanzierung der Gerichte unter Berücksichtigung der Vorschläge des Hohen Justizrates in gesonderten Haushaltsposten.

Der Hohe Justizrat besteht aus einundzwanzig Mitgliedern, von denen zehn von der Richterkonferenz der Ukraine aus Richtern und Richtern im Ruhestand gewählt werden, zwei werden vom Präsidenten der Ukraine ernannt, zwei werden von der Werchowna Rada der Ukraine gewählt, zwei werden vom Kongress der Anwälte der Ukraine und zwei von der Allukrainischen Konferenz der Staatsanwälte sowie die noch ausstehenden zwei vom Kongress der Vertreter der Rechtshochschuleinrichtungen und wissenschaftlichen Institutionen gewählt.

Im Jahr 2019 erhielt der Hohe Justizrat 335 Berichte von Richtern über die Einmischungen in ihre Aktivitäten, was darauf hinweist, dass Richter den Mechanismus des Schutzes ihrer Unabhängigkeit aktiv nutzen. Gleichzeitig weisen solche Indikatoren auf einen negativen Trend der Zunahme der Anzahl solcher Fälle hin.<sup>78</sup>

Andererseits kritisieren viele Richter die Arbeit des Hohen Justizrates scharf, indem sie auf den politischen Einfluss, die direkte Abhängigkeit vom Präsidialamt, selektive und ungleiche Ansätze bei der Behandlung ähnlicher Disziplinarfälle usw. hinweisen. Eine der Hauptgarantien der Unabhängigkeit von Richtern ist ein besonderes Verfahren, das durchgeführt werden muss, um sie zur Verantwortung zu ziehen. Gleichzeitig ist es wichtig, strafrechtliche Vorwürfe gegen Richter im Zusam-

---

<sup>77</sup> Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування: Закон України від 16 жовтня 2019 року № 193-IX. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2019, № 50, ст.354 URL: [https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=66251](https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66251).

<sup>78</sup> Горещький О. Незалежність суддів vs безкарність суддів: як знайти баланс. *Юридична газета*. №49 (703). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/nezalezhnist-suddiv-vs-bezkarnist-suddiv-yak-znayti-balans.html> (Abrufdatum: 07.02.2021).

menhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit schnell und effektiv aufzuklären. Diese dürfen in keiner Weise dazu verwendet werden, einen Richter zu beeinflussen und ihn zu bestimmten Maßnahmen zu motivieren.<sup>79</sup>

## 5.6 Unabhängigkeit von höheren Gerichten.

Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz bedeutet die Unabhängigkeit jedes Richters bei der Wahrnehmung seiner richterlichen Entscheidungsfunktionen. Das System der Gerichte in der Ukraine gemäß den Punkten 1-3 des Artikels 17 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ ist aufgebaut nach den Prinzipien der Territorialität, der Spezialisierung und des Instanzenaufbaus. Das höchste Gericht in der Gerichtsverfassung der Ukraine stellt der Oberste Gerichtshof dar, und die Gerichtsverfassung umfasst die örtlichen Gerichte, die Berufungsgerichte und den Obersten Gerichtshof. In Übereinstimmung mit diesem Gesetz sind für die Lösung bestimmter Kategorien von Fällen spezialisierte Gerichte vorhanden.

Die Richter sollen im Verfahren der Entscheidungsfindung unabhängig und unparteiisch und in der Lage sein, ohne Einschränkungen, Einfluss, Druck, Drohungen oder direkte oder indirekte Eingriffe seitens beliebiger Organe, einschließlich der internen Organe der Judikative, zu handeln. Die hierarchische Organisation der rechtsprechenden Gewalt darf die Unabhängigkeit der Richter nicht untergraben. Die Unabhängigkeit der Richter impliziert die Unabhängigkeit sowohl von externen (von Faktoren außerhalb des Gerichtssystems) als auch von internen (von Faktoren innerhalb des Gerichtssystems selbst) Einflüssen auf den Prozess der Entscheidungsfindung des Richters.

Höhere Gerichte dürfen Richter nicht anweisen, welche Entscheidungen diese in bestimmten Fällen zu treffen haben, außer durch vorläufige Beschlüsse oder bei den Entscheidungen über die Wahl der Rechtsmittel im Rahmen des Rechtsschutzes in Übereinstimmung mit dem Gesetz. Die Verteilung der Fälle unter den Richtern sollte aufgrund von objektiven, vorher festgelegten Kriterien erfolgen, um das Recht auf die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit der Richter zu gewährleisten. Eine solche Aufteilung der Fälle sollte nicht von den Parteien im entsprechenden Fall oder anderen Personen, die am Ausgang des Verfahrens interessiert sind, beeinflusst werden. Die Richter sollten in der Lage sein, Berufsverbände zu gründen oder ihnen beizutreten, um ihre Unabhängigkeit, Interessen und die Förderung der Vorherrschaft des Rechts zu schützen.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Горещький О. Незалежність суддів vs безкарність суддів: як знайти баланс. Юридична газета. №49 (703). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/nezalezhnist-suddiv-vs-bezkarnist-suddiv-yak-znayti-balans.html> (Abrufdatum: 07.02.2021).

<sup>80</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (Abrufdatum: 30.03.2020).

Höhere Gerichte müssen die Praxis der Erteilung von Richtlinien, Klarstellungen oder Verordnungen aufgeben. Solange diese existieren, können sie für Richter unterer Gerichte nicht bindend sein. Andernfalls beeinträchtigen solche Richtlinien, Klarstellungen oder Verordnungen die individuelle Richterfreiheit. Darüber hinaus sollten Musterentscheidungen höherer Gerichte und Entscheidungen, die von diesen Gerichten ausdrücklich als Präzedenzfälle festgelegt wurden, den Status von Empfehlungen haben und sollen nicht in anderen Fällen für Richter niedrigerer Gerichte bindend sein. Sie dürfen auch nicht dazu verwendet werden, die Freiheit von Richtern der unteren Instanzen in ihrem Entscheidungsprozess einzuschränken oder sie zur Verantwortung zu ziehen. Die Einheitlichkeit der Auslegung von Gesetzen sollte durch die Kenntnis der ständigen Rechtsprechung, die jedoch auch nicht bindend sein sollte, gefördert werden.<sup>81</sup>

Das Gesetz Nr. 2271 vom 16. Oktober 2019, das der Werchowna Rada vorgelegt wurde und nach dem vorgeschlagen wurde, das Gesetz der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>82</sup> zu ändern, sollte als Versuch angesehen werden, Druck auf die Richter auszuüben. Danach sollten Richter, deren Entscheidungen im Berufungsverfahren aufgehoben oder rückgängig gemacht wurden, disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden. In dem Gesetzentwurf wurde vorgeschlagen, das Verfahren zu „verbessern“, nach welchem Richter für rechtswidrige Entscheidungen, die von höheren Gerichten oder dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen die Ukraine aufgehoben wurden, disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden.

In der Begründung des Gesetzentwurfs wurden die folgenden Sanktionen gegen einen Richter festgelegt:

„Die Aufhebung oder die Änderung einer Gerichtsentscheidung hat zur Folge, dass ein an der Entscheidung beteiligter Richter in Form einer der folgenden Disziplinarstrafen zur Disziplinarverantwortung zugezogen wird:

- 1) Im Falle einer solchen Entscheidung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen die Ukraine – Vorlage eines Antrags auf Entlassung aller Richter aller Instanzen, die an den Entscheidungen mitgewirkt haben;
- 2) Im Falle einer solchen Entscheidung durch den Obersten Gerichtshof – Vorlage eines Antrags auf Entlassung aller Richter der ersten und der Berufungsinstanzen, die an den Entscheidungen mitgewirkt haben;

---

<sup>81</sup> Київські рекомендації щодо незалежності судочинства у Східній Європі, на Південному Кавказі та у Середній Азії. Адміністрування судівництва, добір та відповідальність суддів. Київ, 23-25 червня 2010. URL: <https://www.osce.org/uk/odhr/86319?download=true> (Abrufdatum: 30.03.2020).

<sup>82</sup> Проект Закону про внесення змін до Закону України "Про судоустрій і статус суддів" щодо вдосконалення порядку притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів від 16.10.2019 № 2271. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=67098](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67098) (Abrufdatum: 10.02.2021).



3) Im Falle einer solchen Entscheidung durch das Berufungsgericht - Abmahnung gegen die Richter der ersten Instanz, die an der Entscheidung mitgewirkt haben.

Im Falle einer erneuten Entscheidung innerhalb eines Jahres in Bezug auf denselben Richter - Vorlage eines Antrags auf vorübergehende (Ein bis sechs Monate) Entfernung aus dem Richteramt und der Wahrnehmung der Rechtsprechung...“<sup>83</sup>

## 6 Fazit

Unserer Meinung nach stellt das Projekt eine Bedrohung der Unabhängigkeit der Richter und der Rechtsprechung insgesamt dar. Darüber hinaus sieht der Entwurf keine Verantwortung der Richter des Berufungsgerichts im Falle einer Aufhebung oder Änderung von deren Entscheidung nach einer Kassationsbeschwerde vor.

---

<sup>83</sup> Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо вдосконалення порядку притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів: пояснювальна записка URL: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/GI00629A.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI00629A.html) (Abrufdatum: 10.02.2021).



# Demokratische Kontrolle der Justiz

PD Dr. Sina Fontana, MLE.

## 1 Demokratische Legitimation der Justiz

Gemäß Art. 20 Abs. 2, S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Daraus folgt die Notwendigkeit der demokratischen Legitimation aller Staatsgewalt einschließlich der Rechtsprechung (vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) in dem Sinne, dass sich alle Handlungen auf den Willen des Volkes zurückführen lassen müssen.<sup>1</sup> Die funktionell-institutionelle Legitimation der Rechtsprechung ist verfassungsunmittelbar durch die Art. 92 ff. GG gewährleistet,<sup>2</sup> während die personelle Legitimation durch Ernennung oder Wahl erfolgt.<sup>3</sup> Hinzu tritt die juristische Qualifikation, die zu einer sachadäquaten Aufgabenwahrnehmung beiträgt.<sup>4</sup> Eine sachlich-inhaltliche Legitimation erfolgt vor allem durch die Bindung an das Recht (vgl. Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1),<sup>5</sup> und findet in der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) ihre Grenzen. Anders als die Exekutive ist die Rechtsprechung nicht weisungsgebunden.<sup>6</sup> Diese Unabhängigkeit der Rechtsprechung gebietet, dass die Bindung an das Recht

---

<sup>1</sup> BVerfGE 83, 60 (72); 107, 59 (77); 136, 194 (261).

<sup>2</sup> Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20 Rn. 139.

<sup>3</sup> Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 24.

<sup>4</sup> Voskuhle/Sydon, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680).

<sup>5</sup> Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 24; Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (118).

<sup>6</sup> BVerfGE 87, 68 (85); 148, 69 (90); Kment, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage 2020, Art. 97 Rn. 3.

durch alternative Instrumente sichergestellt wird.<sup>7</sup> Hierzu gehören vor allem der Öffentlichkeitsgrundsatz, der eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit ermöglicht, sowie die Urteilsbegründungen,<sup>8</sup> da sie die Auslegung und Anwendung des Gesetzes offenlegen und ihre Überprüfbarkeit ermöglichen. Das gilt umso mehr, soweit Urteile – durch die Gerichte selbst oder vermittelt durch die Medien – der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

## 2 Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung

„Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind Unrecht“.<sup>9</sup> Mit diesen Worten beschreibt Immanuel Kant den Grundsatz der Öffentlichkeit und formuliert so das grundlegende Erfordernis der Öffentlichkeit. Dieses kompromisslose Verständnis kann in einer heutigen Gesellschaft, die immer vernetzter, komplexer und pluralistischer wird, auf neue Herausforderungen treffen. Insbesondere auf die Omnipräsenz von sozialen Medien sowie den ungehinderten Zugang zu Ton, Schrift und Bild hat der Rechtsstaat zu reagieren. Maßstab hierfür ist der Grundsatz der Öffentlichkeit wie er in der Verfassung sowie im einfachen verankert und ausgestaltet ist.

### 2.1 Zugang der Öffentlichkeit

Die Öffentlichkeit des Verfahrens ist einfachgesetzlich in § 169 Abs.1 S. 1 GVG, § 55 VwGO geregelt. Diese Vorschriften regeln lediglich die Saalöffentlichkeit, die jedermann den Zutritt zum Zuhörerraum des Gerichtssaals gestattet, sofern genügend Platz besteht.<sup>10</sup> Ein solcher Anspruch auf Zugang besteht gegenüber jedermann gleichwertig, unabhängig davon, ob dieser ein bestimmtes Interesse oder einer persönlichen Eigenschaft vorweist.<sup>11</sup> In Anbetracht dessen ist die Öffentlichkeit dann gewahrt, wenn die abstrakte Zugangsmöglichkeit besteht ungeachtet des tatsächlichen Zugangs.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20 Rn. 141

<sup>8</sup> Voßkuhle/Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680 f.).

<sup>9</sup> Kant, Zum ewigen Frieden, Anhang, II. S. 50 (Reclam).

<sup>10</sup> Gierhake, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031); BVerfGE 103, 44 (65).

<sup>11</sup> BVerfGE 103, 44 (65); Allgayer, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 1.

<sup>12</sup> BGHSt 21, 72 (73); 27, 13 (14); Diemer, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 169 GVG Rn. 8.

## 2.2 Grundannahmen des Öffentlichkeitsgrundsatzes

Ausdrücklich findet sich der Grundsatz der Öffentlichkeit in § 169 Abs. 1 S.1 GVG, § 55 VwGO und in § 338 Nr. 6 StPO, wo seine Verletzung als absoluter Revisionsgrund normiert ist. Weiterhin lässt er sich aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK entnehmen. In der Verfassung ist der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht explizit verankert. Der BGH und das Bundesverfassungsgericht leiten ihn allerdings als „alte demokratische Forderung“ aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ab.<sup>13</sup>

### 2.2.1 Kontrolle

Zunächst soll die Öffentlichkeit durch ihre Anwesenheit die Justiz in Ausübung ihrer hoheitlichen Gewalt kontrollieren.<sup>14</sup> Dies dient der Herrschaftssicherung des Volkes als eigentlicher Entscheidungsträger, in dessen Namen geurteilt wird.<sup>15</sup> Das führt zur Integration sowie Akzeptanz der Entscheidung, die zugleich die demokratische Willensbildung durch Informationen zur öffentlichen Meinungsbildung mit fördert.<sup>16</sup> Insbesondere die Notwendigkeit des Zugangs zur Verhandlung fließt auch aus dem Grundrecht der Informationsfreiheit, da die Verhandlung als allgemein zugängliche Informationsquelle im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG anzusehen ist.<sup>17</sup> Der Öffentlichkeitsgrundsatz erlangt mithin neben seiner Funktion für die demokratische Kontrolle eine grundrechtliche Dimension.

### 2.2.2 Offenheit

Dadurch begegnet wird der Gefahr einer geheimen Justiz, die der staatlichen sowie der politischen Einflussnahme unterworfen ist.<sup>18</sup> Diese Befürchtung der Justiz „hinter verschlossenen Türen“ soll durch die generelle Saalöffentlichkeit ausgeräumt

---

<sup>13</sup> BGH, NJW 1953, 1442 (1443).

<sup>14</sup> *Gierbake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031); *Stürmer*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (700); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 41; *Kulhanek*, in: MüKoStPO, 1. Aufl. 2018, § 169 GVG Rn. 1.

<sup>15</sup> „Im Namen des Volkes“ wird als generelle Eingangsformel für Urteile und Beschlüsse gesetzliche festgelegt; vgl. §§ 25 Abs. 4 BVerfGG, 311 Abs.1 ZPO, 268 Abs. 1 StPO, 117 Abs. 1 S. 1 VwGO, 105 Abs. 1 S. 1 FGO, 132 Abs. 1 S. 1 SSG.

<sup>16</sup> BVerfGE 103, 44 (59, 65); *Stürmer*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (700); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42; *Kulhanek*, in: MüKoStPO, 1. Aufl. 2018, § 169 GVG Rn. 9.

<sup>17</sup> BVerfGE 103, 44 (59).

<sup>18</sup> BVerfGE 103, 44 (63 f.); EGMR NJW 1986, 2177 (2178); *Gierbake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031).

werden und dem Beteiligten sowohl die Gewissheit der Verfahrensgerechtigkeit gewährleistet werden.<sup>19</sup> Das fördert die generelle Nachvollziehbarkeit einer Entscheidung und dient damit auch dem Rechtsfrieden.<sup>20</sup> Eine Entscheidung, die nicht nachvollziehbar ist, sei es durch eine fehlende Begründung oder aufgrund der Heimlichkeit des Verfahrens, erschüttert das Vertrauen in einen funktionierenden Rechtsstaat und führt zur Rechtsunsicherheit bei den Gewaltunterworfenen,<sup>21</sup> die eigentlich der Herrschaftsträger dessen sind.<sup>22</sup>

### 2.2.3 *Medienöffentlichkeit*

Bei der Verwirklichung dieser Ziele wirken Medien in der heutigen Zeit als Katalysator mit, die den Verlauf sowie Entscheidung dokumentieren, verbreiten und die Öffentlichkeit von den getroffenen Entscheidungen unterrichten.<sup>23</sup> Dabei muss das jeweilige Gericht auch die besonderen Interessen auch von ausländischen Medien berücksichtigen, wenn diese im besonderen Maße mit dem Entscheidungsgegenstand verbunden sind, wie es beispielsweise im sogenannten „NSU-Prozess“ der Fall war.<sup>24</sup>

## 2.3 Einschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes

Die Öffentlichkeit der Verhandlung ist trotz dieser fundamentalen Gründe nicht grenzenlos gewährleistet. Sie wird beispielsweise durch das Verbot der Aufzeichnung der Verhandlung in §§ 169 Abs. 1 S. 2 GVG sowie den generellen Ausschluss in Jugendstrafsachen gem. § 48 JGG eingeschränkt.

### 2.3.1 *Kollidierende Interessen*

Diese Einschränkungen resultieren aus kollidierenden Interessen, die als Kehrseite mit der Öffentlichkeit verbunden sind. Betroffen sind insbesondere die kollidierenden Interessen der Verfahrensbeteiligten und darüber hinaus das Allgemeininteresse an der Wahrheitsfindung als Wesensmerkmal eines fairen Verfahrens.

<sup>19</sup> BGHSt 7, 218, (221); BGH, NJW 1956, 1646 (1647).

<sup>20</sup> *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 55.

<sup>21</sup> Vgl. *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 52.

<sup>22</sup> *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 5; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 35; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 594.

<sup>23</sup> *von Coelln*, Der Zutritt von Journalisten zu öffentlichen Gerichtsverhandlungen, DÖV 2006, 804 (806); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42.

<sup>24</sup> Dazu BVerfG, DVBl. 2013, 719.

### 2.3.1.1 Kollidierende Interessen des Verfahrensbeteiligten

Durch die Anwesenheit der Öffentlichkeit und die Möglichkeit der Verbreitung durch anwesende Medienvertreter treten Informationen der Beteiligten ans Licht der Öffentlichkeit, ohne dass diese einen Einfluss darauf haben. Sowohl bei der Sachverhaltsaufklärung als auch der rechtlichen Bewertung können Umstände des persönlichen Lebensbereichs betroffen sein, welche die Privat- oder Intimsphäre in erheblichem Maße berühren. Das gilt vor allem für Strafprozesse, aber auch darüber hinaus für die Betroffenen, die sich ohnehin unfreiwillig in einer emotional aufwühlenden Situation befinden. Die mit der öffentlichen Darstellung durch Medien möglicherweise einhergehende Prangerwirkung verstärkt die Belastung.<sup>25</sup>

Diese Interessen der Betroffenen sind durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs.1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) in der besonderen Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung geschützt.<sup>26</sup> Wenngleich die Kontrolle durch die Öffentlichkeit die grundsätzliche Anwesenheit und Nachvollziehbarkeit des Verfahrensgangs gebietet, besteht kein schutzwürdiges Interesse auf Kenntnisaufnahme jeder Information auch aus persönlichsten Bereichen.<sup>27</sup> Der Prozess findet in, nicht für die Öffentlichkeit statt.<sup>28</sup> Dieser Gefährdung wird unter anderem durch die Möglichkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit gemäß §171b GVG begegnet, soweit die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen gegenüber den Interessen der Allgemeinheit überwiegen. Schon im Wortlaut der der Vorschrift kommt die verfassungsrechtlich gebotene Abwägungskomponente zum Ausdruck.

Daneben wurde das Anonymisierungsgebot begründet, um Persönlichkeitsrechtsverletzungen entgegenzuwirken.<sup>29</sup> Daneben besteht aber auch das Resozialisierungsinteresse des Beklagten in einem Strafverfahren, der seine Strafe verbüßt hat und sich nicht mehr mit dem Makel der Verurteilung in der Öffentlichkeit konfrontiert sehen will.<sup>30</sup> Diese Problematik verschärft sich im Zeitalter der Digitalisierung dahingehend, dass jeder Beitrag – auch von Nachrichtenmedien – dauerhaft abrufbar für eine Vielzahl von Adressaten zugänglich ist und so ein Vergessen nicht möglich erscheint. Das Bundesverfassungsgericht aber sieht die Notwendigkeit der Möglichkeit eines Neuanfangs, ohne dass sich der Betroffene sein vorangegangenes Handeln vorhalten lassen muss.<sup>31</sup> Auch hier gilt es, das Informationsinteresse der Öffentlichkeit mit dem Recht auf Informationelle Selbstbestimmung – dem „Recht

<sup>25</sup> BVerfGE 103, 44 (68); BVerfG, NJW 2009, 350 (351).

<sup>26</sup> BVerfGE 35, 202 (220); 103, 44 (64 f.); BVerfG, NJW 2017, 798 (798); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 43.

<sup>27</sup> BVerfGE 35, 202 (220); 103, 44 (64 f.); BVerfG NJW 2017, 798 (799); *Gierhake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1036).

<sup>28</sup> BVerfGE 103, 44 (64).

<sup>29</sup> Dazu umfassend BVerfG, NJW 2017, 798; BGH, NStZ-RR 2018, 257.

<sup>30</sup> BVerfGE 35, 202 (233f.); 36, 174 (188); BVerfG, NJW-RR 2007, 1191 (1191).

<sup>31</sup> BVerfG, NJW 2020, 300 (309).

auf Vergessen“ des Betroffenen – in einen angemessenen Ausgleich zu bringen,<sup>32</sup> wodurch es zu Beschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes kommen kann.

Während der rechtskräftig verurteilte Täter sich im gewissen Rahmen auch dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit beugen muss, kann diese Last nicht auf den Beschuldigten, aber nicht Verurteilten übertragen werden.<sup>33</sup> Die bis zum Urteil bestehende Unschuldsvermutung gebietet, dass im Rahmen der Berichterstattung eine entsprechende Zurückhaltung bis zum Urteilspruch erfolgt,<sup>34</sup> auch damit im Falle des Freispruchs der Freigesprochene die Möglichkeit der Resozialisierung besteht.<sup>35</sup>

### 2.3.1.2 *Wahrheitsfindung als kollidierendes Interesse*

Als kollidierende Interessen können weiterhin die Gefahr der Einflussnahme der öffentlichen Meinung auf den Prozess und die ungestörte Wahrheitsfindung angeführt werden. Durch Prägung einer öffentlichen Meinung, zu der die Medien in einem erheblichen Umfang beitragen, kann die Gefahr entstehen, dass die Gerichte mehr im Sinne der „Volksmeinung“ entscheiden und nicht mehr allein der Wahrheitsfindung Rechnung tragen.<sup>36</sup> Das gilt vor allem dann, wenn durch die Berichterstattung der Medien eine Vorverurteilung erfolgt.

### 2.3.2 *Differenzierte Interessenabwägung*

Um die Zwecke der Öffentlichkeit zu erreichen und gleichzeitig kollidierenden Interessen der Betroffenen sowie das Allgemeininteresse an der Wahrheitsfindung nicht unverhältnismäßig zu belasten, muss ein differenzierter und interessengerechter Ausgleich erfolgen.

#### 2.3.2.1 *Saal- und Medienöffentlichkeit*

Der Gesetzgeber räumt dem Grundsatz der Öffentlichkeit durch §169 Abs. 1 GVG zwar prinzipiell den Vorrang ein, begrenzt aber seinerseits die Tragweite durch die §§ 169 ff. GVG sowie die weiteren speziell geregelten Ausschlussgründe.<sup>37</sup> Es obliegt im Wesentlichen der Herrschaft des Gerichts im Wege der Sitzungspolizei gemäß §176 GVG die ungestörte Wahrheitsfindung und Begrenzung der Parteibelastung durchzusetzen, wenn außerhalb der gesetzlichen Schranken Beeinträchtigung durch Personen der Öffentlichkeit, insbesondere Medienvertreter, erfolgen.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> BVerfG, NJW 2020, 300 (306).

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2009, 350 (351).

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2009, 350 (351); *Franke*, Öffentlichkeit im Strafverfahren, NJW 2016, 2618 (2618); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 44.

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 103, 44 (68).

<sup>36</sup> *Gierhake*, Zur Begründung der Öffentlichkeit im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1034).

<sup>37</sup> Etwa § 48 JGG.

<sup>38</sup> BVerfG, NJW 1995, 184 (185); vgl. BT-Drucks. IV/178, S. 45 f.



Die gesteigerte Drucksituation durch die Anwesenheit der Öffentlichkeit für die Parteien sowie Zeugen muss in ständiger Selbstbehauptung hingenommen werden, da vor allem im Strafprozess diese gerade auch dem Schutz des Angeklagten vor willkürlichen Entscheidungen der Justiz dient.<sup>39</sup> Darüber hinaus ist die Gefahr der Beeinflussung im Sinne des „Volksempfinden“ eher von beschränkt abstrakter Natur. Das Gericht setzt sich im Regelfall aus Berufsrichtern zusammen, bei denen nach einer langjährigen Ausbildung und Berufserfahrung ein gewisses Maß an Widerstandsfähigkeit gegenüber Kritik vermutet werden kann.<sup>40</sup> Allein das Bestehen der Möglichkeit der Beeinflussung kann daher eine Beschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit nicht rechtfertigen. Anders hingegen, wenn die Wahrheitsfindung durch den latenten Einfluss der Öffentlichkeit und der Präsenz von Medienvertretern beeinflusst wird, etwa angesichts ihres Einflusses auf Zeugen.<sup>41</sup>

Die Gefahr einer partiellen Vorverurteilung und Skandalisierung durch Medien gebietet ansonsten lediglich, dieser vorzubeugen und einen angemessenen Berichtserstattungsrahmen zu setzen. Denn die Medien dienen in der heutigen Zeit als Vermittler komplexer Prozesse, die der einzelne selbst nicht in dem Maße aufbereiten kann, und sind diejenigen, welche die rechtliche Kommunikation für den Laien am stärksten prägen.<sup>42</sup> Den Betroffenen verbleit zudem die Möglichkeit, den Zivilrechtsweg gegenüber jenen Äußerungen zu beschreiten, die über das zulässige Maß hinaus gehen und sich bei Verletzungen von Strafvorschriften wie § 33 KunstUrhG oder § 185 ff. StGB an die Strafverfolgungsbehörden zu halten.

### 2.3.2.1 *Besondere Interessenlage bei Ton- und Filmaufnahmen*

Eine besondere Beschränkung Veröffentlichung sieht § 169 Abs. 1 S. 2 GVG vor, welcher Aufnahmen in Form von Ton- und Fernsehaufnahmen, sowie Ton- und Filmaufnahmen nach Verhandlungsbeginn zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung verbietet. Zwar wird dieses Verbot durch Ausnahmen wie etwa § 169 Abs. 2, 3 GVG oder § 17a BVerfGG bisweilen relativiert, bleibt aber angesichts deren beschränkten Anwendungsbereichs dem Grunde nach aufrechterhalten. Auch verfassungsrechtlich besteht kein Anspruch auf Ton- und Filmaufnahmen im Gerichtssaal.<sup>43</sup>

Zugleich gibt die herausragende Bedeutung der Medien als Vermittler in die Öffentlichkeit Anlass dazu, danach zu fragen, ob nicht eine medienfreundlichere Lösung den widerstreitenden Interessen ebenso gerecht würde. Auch unter dem Aspekt demokratischer Kontrolle tragen gerade Film- und Tonaufnahmen tragen dazu

---

<sup>39</sup> Vgl. *Gierhake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1034).

<sup>40</sup> In diesem Sinne auch *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 44.

<sup>41</sup> BVerfGE 103, 44 (68 f.).

<sup>42</sup> *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42; BT-Drucks. 18/10144, S. 14.

<sup>43</sup> BVerfG, NJW 1993, 915 (915).

bei, ein anschauliches Bild von der Gerichtsverhandlung zu vermitteln. Als Begleiterscheinung würde auch das allgemeine Verständnis vom deutschen Recht gestärkt werden, da die bisherigen Verfahrensvorstellungen vom amerikanischen Verfahrensbild aufgrund der popkulturellen Serien und Filme geprägt sind.

Auf der anderen Seite besteht bei der Medienberichterstattung stets – unabhängig vom Medium – die Gefahr einer Verzerrung, um durch eine besonders sensationelle Berichterstattung für den Unterhaltungsmarkt konkurrenzfähig zu sein.<sup>44</sup> Allein die bloße Gefahr der Verzerrung muss aber nicht zwingend zum generellen Verbot führen. Eine individuelle, nachträgliche Sanktionierung der Medien, welche die Grenzen der zulässigen Berichterstattung überschreiten, wäre ein milderes Mittel, um die Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Allerdings kommt einer solchen in Hinblick auf die geschützten Rechtsgüter der Betroffenen nicht dieselbe Schutzwirkung zu. Denn die mit der Berichterstattung möglicherweise einhergehende Degradierung der Person und ihres Ansehens in der Öffentlichkeit kann nicht mehr zuverlässig behoben werden, sobald ein entsprechendes Bild einmal entstanden. Wie Erfahrungen zeigen, vermag vielfach selbst ein späterer Freispruch nicht garantieren, das Ansehen der Betroffenen in der Öffentlichkeit wiederherzustellen.

Bei Ton- und Filmaufnahmen besteht in besonderem Maße eine Gefahr, dass die Betroffenen zum Schauobjekt degradieren werden, was sowohl der Menschenwürde als auch dem Grundsatz des fairen Verfahrens zuwiderläuft.<sup>45</sup> Denn gerade durch Filmaufnahmen werden sie erkennbar, womit eine Konzentration auf die individuellen Personen erfolgt. Diese Verknüpfung der Sache zu einer konkreten Person stellt einen wesentlich intensiveren Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Parteien dar als es im Falle der – für das Gericht überschaubaren<sup>46</sup> – gewöhnlichen Saal- und Medienöffentlichkeit der Fall ist. Dieser wird durch die unbegrenzte Wiederholbarkeit und die mit der Darstellung von Bildern erreichte Authentizität erheblich verstärkt.<sup>47</sup>

Der Informationswert von Ton- und Filmaufnahmen ist zudem bedeutend gering<sup>48</sup> und kann sogar den damit verfolgten Zweck – die demokratische Kontrolle durch die Öffentlichkeit – gerade gefährden. Dabei muss stets berücksichtigt werden, dass durch Bilder schnell Sympathiewerte entstehen, die ebenso wie das sonstige Ansehen der Person bei der Bewertung des Urteils keine Rolle spielen dürfen.<sup>49</sup> Zudem entsteht die Gefahr, dass das gesprochene Wort in der Verhandlung und der

---

<sup>44</sup> BVerfGE 103, 44 (67); *Stürner*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (701).

<sup>45</sup> *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 23; *Kaulbach*, Moderne Medien in der Gerichtsverhandlung, ZRP 2009, 236 (238);

<sup>46</sup> *Zimmermann*, in: MüKoZPO, 5. Auflage 2017, § 169 Rn. 33; *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 23.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 1995, 185 (185).

<sup>48</sup> *Eckertz-Höfer*, Fernsehöffentlichkeit im Gerichtssaal, DVBl. 2012, 389 (390).

<sup>49</sup> *Stürner*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (703).

Zuschnitt des Verfahrens die ausformulierten Urteilsgründe verdrängen und die eigentlichen Hintergründe der Entscheidung der oberflächlichen Bewertung weichen.<sup>50</sup>

Dennoch hat sich der Gesetzgeber entschieden, mit dem „Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfe für Menschen mit Sprach- und Hörbehinderungen“ vom 8. Oktober 2017 das generelle Aufzeichnungsverbot etwas aufzuweichen, um den wachsenden Interessen in der Medienlandschaft entgegenzukommen. Zwar führte die Neuregelung nicht zu einer generellen Liberalisierung, sondern brachte nur die Erlaubnis für die Ton- und Filmaufnahme der Entscheidungsverkündung bei Bundesgerichten (§ 169 Abs. 3 GVG) sowie die Ton- und Filmaufnahme zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken (§ 169 Abs. 2 GVG). Sie lässt aber – unter Berücksichtigung der kollidierenden Interessen<sup>51</sup> – eine Bereitschaft zur tiefergehenden Modernisierung der Verfahrensabläufe in einer veränderten Medienlandschaft hinsichtlich der Öffentlichkeitsbeteiligung erkennen.

### 3 Urteilsbegründungen und Publizität

Neben dem Öffentlichkeitsgrundsatz tragen die Begründung und Veröffentlichung von Urteilen zur demokratischen Legitimation der Justiz bei. Denn die Öffentlichkeit und damit letztendlich der Souverän erhält dadurch die Möglichkeit, von der Auswendung und Anwendung des Rechts Kenntnis zu erlangen, hierüber in den Diskurs einzutreten und gegebenenfalls eine Rechtsänderung anzustoßen.

#### 3.1 Begründungspflicht

Eine Begründungspflicht lässt sich sowohl aus dem einfachen Recht als auch aus der Verfassung herleiten. Zunächst sehen die Prozessordnungen eine Pflicht zur Begründung des Urteils vor.<sup>52</sup> Daneben folgt sie aus dem Rechtsstaatsprinzip<sup>53</sup> sowie aus Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>54</sup> Sinn und Zweck der Urteilsbegründung ist einerseits die Betroffenen über die dem Urteil zugrunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen zu unterrichten und andererseits die Nachprüfbarkeit durch das Rechtsmittelgericht zu ermöglichen.<sup>55</sup> Zugleich erhält die Entscheidung des Gerichts durch

---

<sup>50</sup> *Frankke*, Öffentlichkeit im Strafverfahren, NJW 2016, 2618 (2620); *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 29.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 18/10144, S. 15.

<sup>52</sup> Etwa § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 117 Abs. 2 Nr. 5 VwGO; vgl. § 338 Abs. 1 Nr. 7 StPO.

<sup>53</sup> *Vofskuble/Sydom*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680); vgl. OLG Saarbrücken, FamRZ 1993, 1098 (1099); *Musielak*, MüKoZPO, 6. Auflage 2020, § 313 Rn. 16.

<sup>54</sup> EGMR, NJW 1999, 2429 (2429).

<sup>55</sup> BVerwG, NJW 1998, 3290 (3290).

die Akzeptanz der Betroffenen legitimierende Wirkung.<sup>56</sup> Eine Grundvoraussetzung hierfür ist, dass die Betroffenen – insbesondere die unterlegen Partei – die Entscheidung für richtig erachten.<sup>57</sup> Diese Akzeptanz der Entscheidung hängt wiederum eng mit ihrer Nachvollziehbarkeit zusammen.<sup>58</sup> Auch deshalb ist das Urteil in einer Weise begründen, durch welche die Erwägungen und Gedanken des Gerichts für die Parteien einsichtig und nachvollziehbar werden.<sup>59</sup> Daneben dient die Nachvollziehbarkeit des Urteils wiederum der Kontrolle durch die Öffentlichkeit<sup>60</sup> und damit der demokratischen Kontrolle der Justiz.

### 3.2 Publizität des Urteils

Erst durch die Veröffentlichung des Urteils erfolgt eine Kontrolle der allgemeinen Öffentlichkeit, insbesondere der Fachöffentlichkeit, über den Rahmen des konkreten Verfahrens hinaus.<sup>61</sup> Der Publizität des Urteils kommt daher besondere Bedeutung als Instrumente demokratischer Kontrolle zu.

#### 3.2.1 *Allgemeine Öffentlichkeit*

Der allgemeinen Öffentlichkeit können Urteile insbesondere durch Datenbanken, Homepages der Gerichte, Zeitschriften und die Presse zugänglich gemacht werden. Die Digitalisierung trägt hierbei maßgeblich zu einem erleichterten Zugang bei. Allerdings ist zwar eine Zustellung an die Beteiligten in den Prozessordnungen vorgeschrieben,<sup>62</sup> nicht hingegen eine Urteilspublikation. Vielmehr entscheidet grundsätzlich jedes Gericht selbst, ob und in welcher Form die Urteile veröffentlicht werden. Aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot und auch aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung folgt jedoch eine Pflicht zur Publikation veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen.<sup>63</sup> Denn aus der Perspektive demokratischer Kontrolle ist die Veröffentlichung des Urteils notwendige Bedingung, um gegebenenfalls auf eine Rechtsänderung hinzuwirken.<sup>64</sup> Maßstab für die Veröffentlichungswürdigkeit ist die das tatsächliche oder mutmaß-

---

<sup>56</sup> *Vofskuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (681).

<sup>57</sup> *Saenger*, in: *Saenger*, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 313 Rn. 26.

<sup>58</sup> Dazu umfassend *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 52 ff.

<sup>59</sup> Vgl. *Musielak*, MüKoZPO, 6. Auflage 2020, § 313 Rn. 4.

<sup>60</sup> *Saenger*, in: *Saenger*, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 313 Rn. 2.

<sup>61</sup> *Vofskuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680).

<sup>62</sup> BVerfG, NJW 2015, 3708 (3079).

<sup>63</sup> BVerfG NJW 1997, 2694 (2694 f.); 2015, 3708 (3079); OLG München, OLGZ 84, 477 (479); OVG Bremen, JZ 1989, 633 (635); *Hirte*, Mitteilung und Publikation von Gerichtsentscheidungen, NJW 1988, 1698 (1700).

<sup>64</sup> BVerfG, NJW 1997, 2694 (2695).

liche Interesse der Öffentlichkeit und das Interesse derjenigen, die in entsprechenden Angelegenheiten um Rechtsschutz nachsuchen wollen unabhängig davon, welches Gericht und welche Instanz entschieden hat.<sup>65</sup>

Unter dem Aspekt demokratischer Kontrolle ist eine möglichst breite Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen auch jenseits des verfassungsrechtlich gebotenen Maßes nur zu begrüßen. Über die Pflicht zur Publikation veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen hinaus wurde in Zivilsachen ein entsprechender Anspruch interessierter Dritter auf Zugang zu anonymisierten Abschriften eines Urteils vom Bundesgerichtshof bejaht,<sup>66</sup> in Strafsachen hingegen verneint.<sup>67</sup> Wie diese Entscheidungen verdeutlichen gilt es wiederum, auch bei der Veröffentlichung kollidierenden Rechtsgütern – insbesondere dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Betroffenen – hinreichend Rechnung zu tragen. Vielfach wird dafür bereits die Anonymisierung der Entscheidung genügen. Der demokratischen Kontrolle, die gegen die widerstreitenden Interessen abzuwägen ist,<sup>68</sup> tut dies allerdings in der Regel keinen Abbruch, da die Anwendung und Auslegung des Rechts unabhängig von der Person des Betroffenen nachvollzogen werden kann.

### 3.2.2 *Rechtsstellung der Presse*

Eine besondere Bedeutung beim Zugang der Öffentlichkeit zu Gerichtsentscheidungen kommt der Presse zu, die durch ihre Berichterstattung auch nicht veröffentlichte Urteile der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich macht und – unabhängig von der Veröffentlichung – den wesentlichen Inhalt der Entscheidung in die überwiegend nicht rechtskundige Öffentlichkeit zu transportiert. Die Presse kann daher bisweilen weiterreichende Ansprüche auf Zugang zu Urteilen geltend machen. In diesem Sinne ergibt sich aus den Pressegesetzen der Länder ein Auskunftsanspruch gegenüber den Behörden,<sup>69</sup> der auch gegenüber den Gerichten besteht.<sup>70</sup> Aus verfassungsrechtlicher Perspektive greift die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG mit dem darin verankerten Informationsanspruch,<sup>71</sup> da nur der prinzipiell ungehinderte Zugang zu Informationen die Presse in den Stand versetzt, die ihr in der freiheitlichen Demokratie zukommenden Funktionen wirksam wahrzunehmen.<sup>72</sup> Damit trägt die Presse durch ihre Vermittlungsfunktion zur demokratischen Kontrolle

---

<sup>65</sup> BVerfG, NJW 1997, 2694 (2695).

<sup>66</sup> BGH, NJW 2017, 1819 (1820).

<sup>67</sup> BGH, NJW 2018, 3124 (3123).

<sup>68</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2015, 3708 (3709); BVerfGE 35, 202 (233).

<sup>69</sup> Etwa § 4 Abs. 1 S. 1 BayPrG, § 4 Abs. 1 PresseG NRW, § 4 Abs. 1 Nds. PresseG.

<sup>70</sup> *Söder*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 30. Edition, Stand: 01.11.2020, § 4 BayPrG Rn. 10; *Engel*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 30. Edition, Stand: 01.08.2019, § 4 Rn. 9.

<sup>71</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfG, NVwZ 2020, 1360 (1361); NVwZ 2013, 1006 (1007); *Stank/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 5 Rn. 149.

<sup>72</sup> BVerfGE 50, 234 (240).

der Justiz bei. Auch der Auskunftsanspruch der Presse kann allerdings in kollidierenden Rechtsgütern seine Schranken finden. Hier greift wiederum insbesondere das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen, sodass unter Abwägung der widerstreitenden Interessen unter Umständen – insbesondere bei Strafurteilen – eine Anonymisierung des Urteils erforderlich sein kann.<sup>73</sup>

#### **4 Fazit**

Demokratische Kontrolle der Justiz erfolgt vor allem, indem das Handeln der Gerichte und ihre Entscheidungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Diese erfolgt zunächst durch die Öffentlichkeit der Verhandlungen. Sie wird aber auch durch die Begründungspflicht sowie insbesondere durch die Publizität von Gerichtsentscheidungen verwirklicht. Kollidierende Interessen, insbesondere das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen und das rechtsstaatliche Interesse an der Wahrheitsfindung, können Beschränkungen der Öffentlichkeit ebenso wie der Publizität gebieten. Wengleich den Medien eine besondere Vermittlungsposition zukommt, begegnet daher die weitgehende Nichtzulassung von Ton- und Bildaufnahmen keine Bedenken. Dessen ungeachtet trägt die Veränderung der Medienlandschaft zu einer größeren Verbreitung der Gerichtsentscheidungen bei und stärkt damit zugleich die Möglichkeiten demokratischen Kontrolle.

---

<sup>73</sup> BVerfG, NJW 2015, 3708 (3710).

# Demokratische Kontrolle über die rechtsprechende Gewalt

*Anna Yushak / Prof. Dr. Lera Pojedinok / Prof. Dr. Roman Melnyk*

## 1 Nachvollziehbare Urteilsbegründungen als Grundlage demokratischer Kontrolle

Die Stärkung des Rechtsstaates besteht insbesondere in der Gewährleistung des gerichtlichen Schutzes von Rechten und Freiheiten sowie der Einführung eines Mechanismus für diesen Schutz.

### 1.1 Verfassungsbestimmungen

Artikel 55 Teil 1 der Verfassung der Ukraine legt fest, dass die Rechte und Freiheiten von Menschen und Bürgern durch die Gerichte geschützt werden. Das Verfassungsgericht der Ukraine legt diese Bestimmung dahingehend aus, dass jedem der Schutz der Rechte und Freiheiten vor Gericht garantiert wird. Das Gericht kann die Justizgewährung nicht verweigern, wenn ein Staatsbürger der Ukraine, ein Ausländer oder ein Staatenloser der Ansicht ist, dass seine Rechte und Freiheiten verletzt wurden oder werden, Hindernisse für ihre Wahrnehmung geschaffen wurden oder werden oder wenn andere Verstöße gegen Rechte und Freiheiten vorliegen (Entscheidung Nr. 9-зп vom 25.12.1997)<sup>1</sup>.

Gemäß Artikel 55 Teil 2 der Verfassung der Ukraine wird jedem das Recht garantiert, vor Gericht gegen Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen von

---

<sup>1</sup> *Офіційний вісник України*. 1998. №1. С.25.

Organen der staatlichen Gewalt, den Organen örtlicher Selbstverwaltungen, beamteten und bediensteten Personen zu klagen. Das Verfassungsgericht stellte klar, dass das genannte Verfassungsrecht für *alle und jede* Entscheidung, Handlung oder Unterlassung *von allen* Subjekten mit Hoheitsbefugnissen gilt (Entscheidung Nr. 19-rp / 2011 vom 14.12.2011)<sup>2</sup>.

Im Beschluss vom 25.11.1997 Nr. 6-зп formulierte das Verfassungsgerichts der Ukraine die Rechtsauffassung, nach der die Verbesserung von den Rechtsvorschriften im Sinne des Artikels 55 der Verfassung der Ukraine eine schrittweise Tendenz zur Ausweitung des gerichtlichen Schutzes der Menschenrechte und -freiheiten bewirken sollte, insbesondere der *gerichtlichen Überprüfung* der Rechtmäßigkeit und der Begründetheit von Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen der Subjekte mit Hoheitsbefugnissen (Punkt 2 des Begründungsteils)<sup>3</sup>. Diese Rechtsauffassung entspricht Artikel 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention, nach welchem ein Recht auf eine wirksame Beschwerde auch gegen Verstöße seitens der Personen, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben, besteht.

Es sollte hier erwähnt werden, dass die Ukraine ein postsowjetischer Staat ist. Unter den Bedingungen des totalitären sowjetischen Systems basierte die Gesetzgebung zum Justizsystem auf dem ideologischen Dogma von Pēteris Stučka, dass „... die Sowjetmacht... gleichzeitig eine Gesetzgebungs-, Exekutiv- und Justizmacht ist. Sie bestreitet nicht die technische Arbeitsteilung, lehnt jedoch die heuchlerische Theorie der Gewaltenteilung ab<sup>4</sup>. Die Gerichte mussten die gesellschaftspolitischen Anordnungen der Staats- und Parteiorgane ausführen, und das sowjetische Justizsystem war von politischen und exekutiven Strukturen abhängig. Unter diesen Umständen konnten die Gerichte die Funktion der demokratischen Kontrolle nicht ausüben<sup>5</sup>. Angesichts der sowjetischen Vergangenheit konnte die Ukraine keine tiefe nationale Tradition der gerichtlichen Kontrolle aufbauen und ist immer noch auf der Suche nach einem eigenen Weg in diesem Bereich. Eine wichtige Orientierung bieten hier Konventionen, Resolutionen und Empfehlungen zur Verbesserung des Zugangs zu und der Qualität von Gerichten, die unter der Schirmherrschaft des Europarates verabschiedet wurden (dementsprechend spielt das Recht des Europarates in dieser Studie eine führende Rolle).

---

<sup>2</sup> *Офіційний вісник України*. 2012. №101. Ст.3724.

<sup>3</sup> *Офіційний вісник України*. 2003. №28. Ст.1377.

<sup>4</sup> Стучка П. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латгосиздат., 1964. С.264.

<sup>5</sup> Суд радянської доби // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2012. №2 (6). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12hvosrd.pdf>.



## 1.2 Die Bedeutung der Urteilsgründe für das Recht auf ein faires Verfahren

Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (weiter – „Konvention“) sieht vor, dass jedem das Recht auf eine faire und öffentliche Verhandlung vor einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht (*Recht auf ein faires Verfahren*) innerhalb einer angemessenen Frist zusteht. Ein wichtiges Element des Rechts auf ein faires Verfahren ist die klare Begründung von Gerichtsentscheidungen.

Nach der Definition des Beirats der europäischen Richter (CCJE) in seiner Stellungnahme Nr. 11 (2008) zur Qualität von Entscheidungen ist eine qualitativ hochwertige Entscheidung diejenige Entscheidung, die auf faire, schnelle, klare und eindeutige Weise das richtige Ergebnis erzielt, soweit die dem Richter bereitgestellten Materialien dies zulassen (Klausel 3 der Stellungnahme Nr. 11 (2008))<sup>6</sup>.

Die Qualität einer Gerichtsentscheidung hängt ihrerseits hauptsächlich von der Qualität ihrer Gründe ab. Die Begründung der Entscheidung erleichtert nicht nur das Verständnis dieser und fördert die Anerkennung seitens der Parteien, sondern ist auch in erster Linie ein Schutz gegen rechtswidrige Entscheidungen. Erstens verpflichtet die Begründung den Richter dazu, die Argumente der Parteien zu beantworten und auf die der Entscheidung zugrunde liegenden Argumente und Überlegungen hinzuweisen, wodurch ihre Legitimität sichergestellt wird; Zweitens ermöglichen die Entscheidungsgründe der Gesellschaft ein besseres Verständnis des Justizsystems (Randnrn. 34-35 der Stellungnahme Nr. 11 (2008)).

Das Recht jeder Partei auf eine begründete Entscheidung des Streits und damit die Verpflichtung des Gerichts, die Gerichtsentscheidung zu begründen, sind in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anerkannt. So z.B. in der Entscheidung *von Pronina gegen die Ukraine* (Antrag Nr. 63566/00), welcher folgender Sachverhalt zugrunde lag. Die Rentnerin Svitlana Pronina wandte sich an das Stadtgericht mit einer Klage gegen die Sozialversicherungsbehörde wegen deren Weigerung, die Rente höher zu berechnen. In der Begründung argumentierte sie, dass nach Artikel 46 der Verfassung der Ukraine eine Rente nicht niedriger sein könne als das Existenzminimum, während die ihr gewährte Rente niedriger sei. Das Stadtgericht, das sich auf das Gesetz der Ukraine „Über die Rentenvorsorge“ bezog, lehnte die Klage ab. Der Oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung und reagierte in keiner Weise auf das Argument der Klägerin bezüglich der Verfassung.

Der EGMR erklärte: „... *Im vorliegenden Fall beantragte die Antragstellerin bei den nationalen Gerichten die Entscheidung ihres Rentenstreits mit den Sozialversicherungsbehörden. Die Antragstellerin verwies insbesondere auf die Bestimmungen von Artikel 46 der Verfassung und stellte fest, dass ihre Rente nicht unter dem Existenzminimum liegen sollte. Die nationalen Gerichte hatten jedoch trotz eines direkten Hinweises darauf in jeder Instanz keinen Versuch unternommen,*

---

<sup>6</sup> Висновок №11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про якість судових рішень. URL: <https://rm.coe.int/opinion-n-11-2008-on-the-quality-of-judicial-decisions-/16806a1fbc>.

*die Forderung der Antragstellerin unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. Es ist nicht Sache des Gerichtshofs, zu entscheiden, welcher Weg für die nationalen Gerichte am besten geeignet ist, um dieses Argument zu prüfen. Doch der Gerichtshof ist der Meinung, dass Ignorieren dieses Punktes seitens der nationalen Gerichte, trotz seiner Spezifität, der Relevanz und der Wichtigkeit, bedeutet, dass diese ihre Verpflichtungen aus dem Punkt 1 des Artikels 6 der Konvention nicht erfüllt haben“ (Ziffern 23, 25)<sup>7</sup>.*

Wie der CCJE feststellt, „müssen die Gründe einer Entscheidung konsistent, klar, eindeutig und unwidersprüchlich sein. Sie sollten es dem Leser ermöglichen, die Logik der Erwägungen zu verfolgen, die den Richter zur Entscheidung veranlassen. Bei der Angabe der Gründe für die Entscheidung sollten die Argumente der Parteien beantwortet werden, dh jeder einzelne Punkt der Klageforderung und sämtliche Argumente der Verteidigung. Dies ist eine wichtige Garantie, die es den Parteien ermöglicht, sich davon zu überzeugen, dass ihre Argumente geprüft und vom Richter berücksichtigt wurden. Die Begründung sollte keine beleidigenden oder kritischen Bemerkungen zu den Parteien enthalten (Randnrn. 36, 38 der Stellungnahme Nr. 11 (2008)).

### 1.3 Die unterlegene Partei als Hauptadressat der Gerichtsentscheidung

Die Form einer Gerichtsentscheidung in der Ukraine unterscheidet sich von der deutscher Entscheidungen. In Deutschland wird die eigentliche Entscheidung *am Anfang des* Verfahrensdokuments präsentiert. Dies definiert die Merkmale des Urteilsstils in der deutschen Rechtsliteratur: „Eine Besonderheit des Urteilsstils ist die Hervorhebung einer einzigen und endgültigen, vollständigen Entscheidung, die ferner einer detaillierten und logischen Begründung unterliegt. „A hat das Recht, vom B die Übergabe der Sache aufgrund des § 985 BGB zu verlangen“, - wird als endgültiges Ergebnis dargelegt, da die Überprüfung, ob A wirklich das Recht zusteht, vom B die Übergabe zu verlangen, bereits ausführlich durchgeführt wurde und die Ausgangsfrage wurde bejaht. Die Überlegungen, die zu diesem Ergebnis geführt haben, werden in strikter Übereinstimmung mit den Subsumtionsregeln und, wenn möglich, „problemorientiert“ dargelegt<sup>8</sup>.

In der Ukraine befindet sich der Ergebnisteil am Ende der Gerichtsentscheidung. In jedem Fall dient der die Erwägungen des Gerichts enthaltende Teil jedoch dem Zweck, den Ergebnisteil zu begründen, vor allem in den Augen der unterlegenen Partei.

Normalerweise ist die obsiegende Partei mit dem Ergebnis zufrieden. Die Tatsache des Sieges macht sie glücklich. Sie dürfte sich freuen, Argumente für ihre Position in der Gerichtsentscheidung zu finden, aber es ist unmöglich, die obsiegende Partei als einen akribischen und anspruchsvollen Leser anzusehen. Sie muss nicht davon überzeugt sein, dass sie Recht hat – der Tatsache ist sie sich per se sicher.

<sup>7</sup> *Офіційний вісник України*. 2006. №47. Ст.3182.

<sup>8</sup> Bringewat, P. Methodik der juristischen Fallbearbeitung. 3. Auflage. Kohlhammer, 2016. S.58.

Bei einem Teilobsiegen benötigt die klagende Partei Argumente, die als Grundlage für die Ablehnung ihrer anderen Ansprüche dienen. Eine solche Partei hat ein potenzielles Interesse daran, gegen das Urteil Rechtsmittel einzulegen, wenn die nicht befriedigten Forderungen für sie von besonderer Relevanz sind. Daher wird sie den Inhalt der Gerichtsentscheidung genauer analysieren. Und natürlich ist die unterlegene Partei der aufmerksamste Leser. Für eine solche Partei ist es wichtig zu verstehen, warum sie verloren hat<sup>9</sup>.

Die Notwendigkeit, der unterlegenen Partei Vorrang einzuräumen, wurde von den Autoren des im Rahmen des Projektes von USAID „Ukraine: Rule of Law Project“ veröffentlichten Handbuchs zum Verfassen von Entscheidungen für Richter treffend hervorgehoben: „In Gerichtstexten sind häufig mehrere Seiten der Analyse von Positionen sowohl der obsiegenden, als auch der unterlegenen Partei gewidmet. Oft liegt der Fokus der Argumentation hauptsächlich bei der Position der siegreichen Partei. Eine eingehende Prüfung der Positionen beider Parteien führt jedoch häufig zu einer Wiederholung des zuvor Gesagten und ist nicht erforderlich. In vielen Fällen bedeutet das Ablehnen oder Widerlegen der Position der unterlegenen Partei die Richtigkeit der Position der obsiegenden Partei. Mit anderen Worten, in vielen Fällen vor den Gerichten der ersten und der Berufungsinstanz verteidigt eine Partei die Behauptung von „X“, während die andere auf der Behauptung von „Nicht-X“ besteht. In solchen Fällen bedeutet die analytische Widerlegung von „Nicht-X“ tatsächlich die zwingende Bestätigung von „X“. In diesem Fall sollte die Person, welche das Urteil verfasst, sich der Bedenken der unterlegenen Partei und der Frage der Gerechtigkeit bewusst sein und den analytischen Teil der Entscheidung der Widerlegung der Position dieser Partei widmen, anstatt die Position der obsiegenden Partei zu bestätigen<sup>10</sup>.

R. Kuybida und O. Siroid weisen darauf hin, dass die Gegenargumente des Gerichts eine klare Vorstellung davon geben sollten, *warum* das Gericht die Argumente der Partei zurückweist. Es reicht nicht aus, etwas zu sagen wie „die Position des Beklagten ist überzeugender als die Position des Klägers“ oder „die Behauptung des Beklagten ist wahrheitswidrig, weil der Kläger rechtmäßig gehandelt hat“. Dies ist vielmehr das Ergebnis einer vom Gericht durchgeführten Analyse. Diese Analyse sollte jedoch in einer Gerichtsentscheidung wiedergegeben werden<sup>11</sup>. Dabei muss die Begründung der Entscheidung nicht unbedingt lang sein, da ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Kürze und dem notwendigen Verständnis der Entscheidung gefunden werden muss (Ziffer 40 der Stellungnahme Nr. 11 (2008)).

Die Analyse der Entscheidungstexte ukrainischer Gerichte, insbesondere von Verwaltungsgerichten, zeigt, dass diese Empfehlungen nicht immer umgesetzt werden. Fairerweise sollte beachtet werden, dass sich die Qualität der innerstaatlichen

---

<sup>9</sup> Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. С.14-15.

<sup>10</sup> Хоффер Р., Нетесайм Н. Написання судових рішень. Посібник для суддів. К.: Проект USAID «Україна: верховенство права», 2010. С. 11-12.

<sup>11</sup> Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. С.16.

Gerichtsentscheidungen laufend verbessert. So wurden die Verwaltungsgerichte als spezialisierte Gerichte zur Lösung von Streitigkeiten von natürlichen und juristischen Personen wegen Handlungen oder Unterlassungen der Hoheitsträger in der Ukraine nach der Verabschiedung der Verwaltungsgerichtsordnung im Jahr 2005 gegründet. Waren anfänglich kurze, schematische Lehrformeln in den Entscheidungen vorzufinden (dies galt insbesondere für Entscheidungen über Beschwerden gegen Maßnahmen der Steuerbehörden über die Anwendung von Finanzsanktionen), sind diese jetzt sowohl hinsichtlich ihres Umfangs als auch ihrer Detailtiefe erheblich „gewachsen“. In den allermeisten Entscheidungen ist jedoch die Position der Partei, die den Streit gewonnen hat, ausführlicher vertreten (weil sie mit der Position des Gerichts selbst zusammenfällt).

Darüber hinaus missbrauchen Gerichte in der Ukraine das Zitieren der Gesetze. Eine groß angelegte (und aus Sicht des Gerichts wahrscheinlich hochqualitative) Entscheidung enthält normalerweise Verweise auf alle nach Meinung des Gerichts relevanten Normen *mit einer wörtlichen Wiedergabe des Textes der jeweiligen Normen*. Das heißt, es erfolgt ein mechanisches Kopieren relevanter Artikel (Teile von Artikeln) aus elektronischen Texten von Gesetzgebungsakten in die Gerichtsentscheidungen<sup>12</sup>. Das Problem ist, dass das Gericht nicht exakt erläutert, wie sich eine bestimmte Regel speziell auf die Beilegung eines Streits auswirkt (häufig sogar überhaupt nicht, dh die Regel ist nicht relevant). Infolge der Anhäufung von Gesetzeszitataten in der Gerichtsentscheidung kommt es vor, dass die Argumente der Streitparteien schwer aufzufinden sind und die Entscheidung selbst kaum lesbar und bereits dadurch wenig verständlich ist.

#### 1.4 Die Praxis des EGMR: Überraschungen in der Anwendung

Eine andere für die Ukraine relevante Frage ist die Qualität von Gerichtsentscheidungen im Hinblick auf ihre Begründung im Zusammenhang mit der Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR. Der Artikel 17 des Gesetzes der Ukraine vom 23. Februar 2006 „Über die Vollstreckung von Entscheidungen und die Anwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ sieht vor, dass ukrainische Gerichte die Konvention und die Rechtsprechung des Gerichtshofs als Rechtsquelle anwenden. Die Justizreform in der Ukraine stand wiederum unter dem Motto einer möglichst umfassenden Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung in innerstaatlichen Entscheidungen. Zusätzlich zu den offensichtlichen positiven Ergebnissen brachte es auch eher unerwartete negative Konsequenzen.

Zunächst ist das Problem der einschlägigen Anwendung der Rechtsprechung des EGMR zu erwähnen. Dieses Problem manifestiert sich in der Tatsache, dass

---

<sup>12</sup> Siehe z.B. Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Rayons Czernowitz vom 25. März 2020 in der Rechtssache Nr. 824/29/20-a, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88428433>. Diese Entscheidung ist durchaus typisch.

ukrainische Gerichtsentscheidungen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zitieren, bei denen es einfach gesagt „nicht darum geht“. Laut Pavlo Pushkar, dem Abteilungsleiter im Department für Vollstreckung der Entscheidungen des EGMR, der Generaldirektion für Menschenrechte und Vorherrschaft des Rechts des Europarates, und dem Leiter der Abteilung für analytische und rechtliche Arbeit des Obersten Gerichts der Ukraine Rasim Babanly lässt sich die Situation folgendermaßen beschreiben: „In einigen Fällen ergibt sich die unsachgemäße Verwendung der Entscheidungen des EGMR im Rückgriff auf Zitate aus Entscheidungen, die grundsätzlich andere Umstände betreffen oder solche, die andere rechtliche Schlussfolgerungen des Gerichtshofs begründen. Es sind häufig Verweise auf Urteile des EGMR ohne den Kontext der Norm des Übereinkommens oder den Sachverhalt des Urteils in der Entscheidung darzustellen. Eine willkürliche Auslegung solcher Zitate, die manchmal sogar nicht die in dem Fall verankerte rechtliche Auffassung des EGMR widerspiegelt, erfolgt häufig, offensichtlich auch ohne dass der Autor den vollständigen Wortlaut der Entscheidung des EGMR gelesen hat. Eine solche Verwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kann dazu führen, dass ein bestimmtes Rechtsproblem, obwohl es nach allgemein anerkannten Standards der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gelöst zu sein scheint, in der Tat dessen faktisch gegenteilige Auffassung erst gar nicht berücksichtigt<sup>13</sup>.

Ein noch paradoxeres und akuterer Problem ist die Verwendung von EGMR-Entscheidungen, um direkt entgegengesetzte Ideen zu verfechten! Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung vom 10. Mai 2010 in der Rechtssache *Seryavin und andere gegen Ukraine* (Antrag Nr. 4909/04). Insgesamt enthält das Einheitliche staatliche Register der Gerichtsentscheidungen mehr als 15.000 Rechtsakte, in denen die obige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erwähnt wird. Am häufigsten sind Fälle, in denen der Punkt 58 der Entscheidung zitiert wird: „*Obwohl der Punkt 1 des Artikels 6 der Konvention die Gerichte verpflichtet, ihre Entscheidungen zu begründen, kann diese Vorschrift nicht als solche ausgelegt werden, die eine detaillierte Antwort auf jedes Argument verlangt. Das Ausmaß, zu dem das Gericht seiner Entscheidung eine Begründung geben muss, kann variieren abhängig von der Art der Entscheidung selbst*“<sup>14</sup>. Dabei dient diese Bezugnahme in der Regel dazu, die Argumente der Parteien zurückzuweisen, ohne Gründe für eine solche Zurückweisung anzugeben.

So zitierte etwa in einem Fall der Ablehnung eines Richters in Strafverfahren das Gericht den vorgenannten Punkt der Entscheidung im Fall „Seryavin und andere gegen die Ukraine“ sowie den Punkt 41 der Stellungnahme Nr. 11 (2008) CCJE, wonach „die Pflicht der Richter zur Begründung ihrer Entscheidungen keine Notwendigkeit beinhaltet, auf jedes Argument der Verteidigung zur Unterstützung jeder

<sup>13</sup> Бабанлі Р., Пушкар П. До питання про (не)релевантне застосування практики Європейського суду з прав людини: практичні поради. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/140972-do-pitannya-pro-ne-relevantne-zastosuvannya-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-praktichni-poradi>.

<sup>14</sup> *Офіційний вісник України*. 2011. №67. Ст.2833.

Verteidigungsposition zu reagieren. Der Umfang dieser Verpflichtung kann in Abhängigkeit von der Art der Entscheidung variieren. Nach der Rechtsprechung des EGMR hängt der erwartete Umfang der Begründung einer Entscheidung von den unterschiedlichen Argumenten der Parteien, diversen gesetzlichen Bestimmungen, Usancen und Grundsätzen sowie den unterschiedlichen Praktiken der Entscheidungsfindung in verschiedenen Ländern ab<sup>15</sup>. Nur auf dieser Grundlage lehnte das Gericht den Antrag ab, den vorsitzenden Richter im Verfahren zu entfernen<sup>15</sup>.

In einem anderen Fall stellte das Verwaltungsgericht fest, dass das Recht auf eine begründete Entscheidung einen Teil des Rechts auf ein faires Verfahren bildet und durch Artikel 6 der Konvention garantiert wird. Dies hat das Gericht jedoch nicht abgehalten, auszuführen: „Die Argumente des Beschwerdeführers beruhten auf einer willkürlichen Auslegung der Tatsachen und erfordern daher keine ausführliche Antwort, da das Berufungsgericht bei der Bewertung der von den Parteien vorgebrachten Argumente davon ausgeht, dass alle spezifischen, relevanten und wichtigen Argumente der Parteien vom erstinstanzlichen Gericht geprüft und analysiert wurden und eine ordnungsgemäße rechtliche Beurteilung bekommen haben<sup>16</sup>.

Es wurde hier nur ein Teil der Probleme im Zusammenhang mit der Begründung von Gerichtsentscheidungen in der Ukraine behandelt, welche die wirksame Ausübung demokratischer Kontrolle durch die Gerichte beeinträchtigen. Zusammenfassend kann man sagen, dass in der Begründung von Gerichtsentscheidungen eine vollständige und klare Dogmatik präsent sein sollte, die in der Ukraine immer noch nicht ausreichend herausgebildet wurde.

Die Wurzeln solcher Probleme liegen im Bereich der ukrainischen Rechtsausbildung, wo die Studierenden zum größten Teil nicht die elementaren Fähigkeiten erwerben, schriftlich eine juristische Argumentation zu präsentieren. Die für die Ukraine traditionelle abstrakt-beschreibende Unterrichtsmethode bringt den Studierenden praktische rechtliche Tätigkeiten, insbesondere die eines Richters oder Richterassistenten, nicht nahe. Die Erfahrungen Deutschlands, wo die seit vielen Jahrzehnten gepflegte Methodik der Falllösung der juristischen Ausbildung zugrunde liegt, kann in dieser Hinsicht eine große Hilfe sein. Der erste praktische Leitfaden in der Ukraine für die vollständige Umsetzung der Falllösungsmethode im Rechtsstudium ist das Lehrbuch „Methodik der Lösung von Rechtsfällen: theoretische und praktische Aspekte“<sup>17</sup>, dessen Co-Autor ich bin. Besonderes Augenmerk wird im Lehrbuch auf den Urteilsstil gelegt.

---

<sup>15</sup> Beschluss des Malynovsky Rayonsgerichts der Stadt Odessa vom 5. November 2018 in der Rechtsache Nr. 521/21817/17. URL; <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81831948/>.

<sup>16</sup> Verordnung des 8. Verwaltungsberufungsgerichts vom 17. März 2020 in der Rechtssache Nr. 500/1971/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88273495>.

<sup>17</sup> Б. Шаосер, В. Посидноч, І. Лукач, О. Косілова. Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти / за заг. редакцією Р. Мельника. Видавничий дім «Гельветика», 2020.

## 2 Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen in der heutigen Medienkultur

Die Öffentlichkeit des Prozesses vor Gericht und seine vollständige Aufzeichnung mit technischen Mitteln sind die Hauptgrundsätze der Justiz in der Ukraine, was direkt im Punkt 6 des Artikels 129 der Verfassung der Ukraine definiert wird<sup>18</sup>. Diese Tatsache weist bereits auf die Vernetzung der Hauptkomponenten der Begriffe dieses Abschnitts hin: „Öffentlichkeit“ und „Medien“, da gerade in den Medien als Teil des öffentlichen Raums die mit technischen Mitteln festgehaltenen Informationen über den Verlauf des Gerichtsverfahrens aufbewahrt und verwendet werden können.

### 2.1 Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Rechtsprechung im Recht der Ukraine

Der Grundsatz der Öffentlichkeit bedeutet Offenheit der Gerichtsverhandlung, nämlich: Gewährleistung der Möglichkeit einer jeden Person, bei der Verhandlung anwesend zu sein, freier Zugang zum Gerichtssaal nicht nur für die an dem Fall beteiligten Personen, sondern auch für alle anderen Personen, die den Wunsch zum Ausdruck gebracht haben, bei der Verhandlung des Streits vor Gericht anwesend zu sein. Zu diesen Personen gehören auch Vertreter der Medien.

Öffentliche Gerichtsverfahren wiederum ebnen den Weg für die Anerkennung und die ordnungsgemäße Umsetzung der internationalen Standards der Menschenrechte und zum fairen Verfahren, indem sie verschiedenen Personen, einschließlich Mitgliedern von Überwachungsmissionen, die Gelegenheit geben, sich direkt mit der Arbeit des Gerichts vertraut zu machen, wodurch die Verantwortung des Gerichts für die rechtmäßige und ordnungsgemäße Entscheidung des Rechtsstreits erhöht wird. Damit wird zur Verringerung der richterlichen Subjektivität beigetragen, aber auch jedermann ermöglicht, sich der Einhaltung des Verfahrensrechts bei der Verhandlung und der Entscheidung zu vergewissern<sup>19</sup>. Andererseits können die Justiz selbst als Institution und Richter, die das Recht sprechen, ein Interesse an der Transparenz des Prozesses haben, da diese Störungen in ihrer Arbeit durch Exekutive und Legislative oder andere unangemessene Quellen verhindern und Vertrauen in die Justiz aufbauen kann.

Die wichtigsten internationalen Rechtsakte zu Menschenrechten, die die Publizität (Öffentlichkeit) des Prozesses vorsehen, sind der Internationale Pakt über staatsbürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1959 und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948. Diese internationalen

---

<sup>18</sup> Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141.

<sup>19</sup> Monitoring der Studien. Leitfaden in Gerichtsverfahren für Praktiker. <https://www.osce.org/uk/odihr/233511?download=true>.

Rechtsakte gelten für die Ukraine, sodass für diese völkerrechtliche Verpflichtungen bestehen, die Gewährleistung der Öffentlichkeit von Gerichtsprozessen durch nationales Recht zu garantieren.

Neben der Verfassung der Ukraine gehören folgende Rechtsakte zu den Quellen des nationalen Rechts, die die Transparenz des Gerichtsverfahrens in der Ukraine regeln: das Gesetz der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>20</sup> vom 02.06.2016, das Gesetz der Ukraine „Zur Gewährleistung des Rechts auf ein faires Verfahren“<sup>21</sup> vom 12.02.2015, das Gesetz der Ukraine „Über den Zugang zu Gerichtsentscheidungen“<sup>22</sup> vom 22.12.2005, die Zivilprozessordnung der Ukraine vom 18.03.2004 (im Folgenden: ZPO)<sup>23</sup>, die Handelsprozessordnung der Ukraine vom 06.11.1991 (im Folgenden: HPO)<sup>24</sup>, die Strafprozessordnung der Ukraine vom 13.04.2012 (im Folgenden: StPO)<sup>25</sup> und die Verwaltungsgerichtsordnung der Ukraine vom 06.07.2005 (im Folgenden - VwGO)<sup>26</sup>.

## 2.2 Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Offenheit von Informationen zum Gerichtsverfahren

Die Normen der oben genannten Bestimmungen des nationalen ukrainischen Rechts regeln die Fragen des freien Zugangs zu Gerichtsverhandlungen und enthalten Bestimmungen zum Recht auf Teilnahme an öffentlichen Verhandlungen in Handels-, Straf-, Zivil- oder solchen Verfahren, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, ebenso wie Regelungen über den Zugang zu Anklageschriften, Urteilen, Entscheidungen, Beschlüssen, Entscheidungen sowie anderen ähnlichen Gerichtsdokumenten.

Den Verfahrensregeln der Ukraine gemeinsam ist der folgende Ansatz zur Konsolidierung der Grundsätze der Publizität und Offenheit des Gerichtsprozesses:

- Jede Person hat das Recht, an einer öffentlichen Gerichtsverhandlung teilzunehmen. Es ist verboten, Unterlagen von einer Person zu verlangen, die bei der Gerichtsverhandlung anwesend sein möchte, mit Ausnahme eines Personalausweises.

---

<sup>20</sup> Закон України «Про судоустрій та статус суддів» // Відомості Верховної Ради України, 2016 р., № 31, ст. 545.

<sup>21</sup> Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд» // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 18, № 19-20, ст.132.

<sup>22</sup> Закон України «Про доступ до судових рішень» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 15, ст. 128.

<sup>23</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492.

<sup>24</sup> Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, ст.56.

<sup>25</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88.

<sup>26</sup> Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446.



- Personen und Medienvertreter, die im Gerichtssaal anwesend sind, dürfen mit tragbaren Video- und Audiogeräten Fotos, Video- und Audioaufnahmen machen, ohne eine separate gerichtliche Genehmigung einzuholen, jedoch vorbehaltlich gesetzlich festgelegter Einschränkungen.
- die Gerichtsentscheidung (vollständig oder abgekürzt), die in öffentlicher Sitzung getroffen wird, wird öffentlich bekannt gegeben;
- Wird eine Gerichtsentscheidung öffentlich bekanntgegeben, können die Verfahrensteilnehmer sowie andere im Gerichtssaal anwesende Personen und Medienvertreter Foto- und Videoaufnahmen machen und die Verkündigung der Entscheidung im Radio, im Fernsehen oder im Internet übertragen.

Ein wesentlicher Bestandteil der Offenheit des Prozesses ist die Offenheit von Informationen über Gerichtsverfahren. In den Verfahrenskodizes der Ukraine<sup>27</sup> finden sich folgende Regelungen für dieses Problem:

- Niemandem wird das Recht auf Auskunft über Datum, Uhrzeit und Ort der Prüfung seines Falls vorenthalten oder das Recht, vor Gericht mündliche oder schriftliche Informationen über das Ergebnis seines Verfahrens zu erhalten, beschränkt. Jede Person, die nicht an dem Fall beteiligt ist, hat das Recht auf Zugang zu Gerichtsentscheidungen in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise (Artikel 8 Teil 1 ZPO; Artikels 9 Teil 1 HPO; Artikels 11 Teil 1 VwGO);
- Informationen über das Gericht, das den Fall verhandelt, die Parteien und den Gegenstand des Verfahrens, das Datum des Eingangs der Klageschrift (Beschwerde) oder eine andere Erklärung oder Petition in einem Rechtsstreit, einschließlich der Person, die den Antrag gestellt hat, über Maßnahmen zur Sicherung des Klageanspruchs und (oder) der Beweismittel, des Standes des Verfahrens im Fall, des Ortes, des Datums und der Uhrzeit der Gerichtsverhandlung sowie der Verweisung des Streits an ein anderes Gericht sind offen und müssen sofort auf dem Webportal der Justiz der Ukraine in der vom Einheitlichen Justizinformations- und Telekommunikationssystem vorgeschriebenen Weise veröffentlicht werden (Teil 3 des Artikels 8 der ZPO, Teil 9 des Artikels 9 der HPO, Teil 3 des Artikels 11 der VwGO);
- Im Falle einer geschlossenen Verhandlung werden Informationen über die Rechtsache nicht offengelegt, mit Ausnahme von Informationen über die Parteien, den Gegenstand der Klage, das Datum des Eingangs der Klageschrift, die Verfahrensetappe, den Ort, das Datum und die Uhrzeit der Verhandlung sowie die Verweisung des Streits an ein anderes Gericht (Teil 4 des Artikels 8 der ZPO; Teil 4 des Artikels 9 der HPO, Teil 4 des Artikels 11 der VwGO).

---

<sup>27</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492; Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, ст.56; Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446.

Gleichzeitig ist es gesetzlich<sup>28</sup> verboten (Teil 5 des Artikels 8 der ZPO, Teil 5 des Artikels 9 der HPO, Teil 5 des Artikels 11 der VwGO), Informationen offenzulegen, die als persönliche Daten eingestuft werden:

- Wohnort oder Aufenthaltsort von Personen unter Angabe der Adresse, der Telefonnummer oder anderer Kommunikationsmittel, der E-Mail-Adresse, der Registrierungsnummer der Karteikarte des Steuerzahlers, Angaben zu Personenausweispapieren, eindeutigen Nummern im Einheitlichen demografischen Staatsregister;
- Zulassungsnummern von Fahrzeugen;
- Bankkontonummern, Zahlungskartennummern;
- Informationen, zu deren Schutz die Verhandlung oder die Vornahme bestimmter Verfahrensmaßnahmen in geschlossener Sitzung stattgefunden hat.

Werden solche Informationen auf dem offiziellen Webportal der Justiz der Ukraine veröffentlicht, sind diese durch alphanumerische Bezeichnungen ersetzt.

### 2.3 Beschränkungen der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen

Gleichzeitig bieten sowohl internationale Standards als auch Normen der nationalen Gesetzgebung der Ukraine die Möglichkeit, die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen in besonderen Fällen auszuschließen. Beispielsweise kann nach Artikel 14 Absatz 1 des Internationalen Pakts über staatsbürgerliche und politische Rechte der Ausschluss der Presse und der Öffentlichkeit „im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft oder wenn die privaten Interessen der Parteien dies erfordern, oder... unter besonderen Umständen, wenn die Werbung die Interessen der Gerechtigkeit verletzen würde“ gerechtfertigt werden. Diese Standards sehen die Verpflichtung zur Wahrung der Vertraulichkeit vor, um diejenigen Informationen zu schützen, die geschlossene Sitzungen erforderlich gemacht haben.

Was die nationalen Vorschriften der Ukraine anbelangt, so sind die Beschränkungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen abgeschlossen, ohne Möglichkeit einer erweiterten Auslegung durch das Gericht, die Behörden der vollziehenden Gewalt oder andere Personen, aufgelistet<sup>29</sup>. Nämlich:

---

<sup>28</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492; Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, ст.56; Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446.

<sup>29</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення судьям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд» [http://open-court.org/importants/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/importants/11512/?sphrase_id=23389).

- in Übereinstimmung mit Art. 3 ZPO<sup>30</sup> ist eine geschlossene Verhandlung zulässig, wenn eine öffentliche Verhandlung zur Offenlegung eines staatlichen oder eines anderen gesetzlich geschützten Geheimnisses führen kann sowie auf Ersuchen der am Fall beteiligten Personen, um 1) das Geheimnis der Adoption als Kind zu gewährleisten, 2) die Offenlegung von Informationen über die intimen oder anderen persönlichen Aspekte des Lebens der am Fall beteiligten Personen zu verhindern oder 3) Informationen nicht zu veröffentlichen, die die persönliche Ehre und Würde beeinträchtigen.

- in Übereinstimmung mit Art. 4-4 Handelsprozessordnung<sup>31</sup> ist eine geschlossene Verhandlung zulässig, wenn eine öffentliche Verhandlung den Anforderungen zum Schutz von 1) Staats-, 2) Handels- oder 3) Bankgeheimnissen widerspricht oder 4) wenn die Parteien oder eine der Parteien berechtigterweise ein vertrauliches Verfahren beantragen und einen Antrag vor Verhandlung des Falles in der Sache stellen. Über die Verhandlung eines Geschäftsfalles in einer geschlossenen Sitzung oder über die Ablehnung eines diesbezüglichen Antrags wird ein Beschluss gefasst.

- in Übereinstimmung mit Art. 12 VwGO<sup>32</sup> kann das Gericht die Gerichtssitzung oder einen Teil davon für nicht öffentlich / geschlossen erklären, um 1) das Staats- oder 2) ein anderes der gesetzlich geschützten Geheimnisse nicht offenzulegen, 3) das persönliche und 4) das Familienleben zu schützen, 5) die Interessen eines Minderjährigen zu schützen, sowie in anderen gesetzlich festgelegten Fällen.

- in Übereinstimmung mit Art. 27 der StPO<sup>33</sup> kann ein Untersuchungsrichter sowie das Gericht nur in den folgenden Fällen beschließen, ein Strafverfahren während des gesamten Gerichtsverfahrens oder eines separaten Teils in einer geschlossenen Gerichtssitzung durchzuführen: 1) wenn der Angeklagte minderjährig ist; 2) Verhandlung eines Falls wegen eines Verbrechens gegen die sexuelle Freiheit und die sexuelle Integrität einer Person stattfindet; 3) wegen der Notwendigkeit, die Offenlegung von Informationen über das persönliche und familiäre Leben oder Umstände zu verhindern, die die Würde der Person beeinträchtigen; 4) wenn die Verhandlung in öffentlicher Sitzung zur Offenlegung eines gesetzlich geschützten Geheimnisses führen kann; 5) wegen der Notwendigkeit, die Sicherheit von Personen zu gewährleisten, die am Strafverfahren beteiligt sind. Darüber hinaus ist es gemäß Artikel 27 Teil 3 Strafprozessordnung<sup>34</sup> vorgesehen, dass persönliche Aufzeichnungen, Briefe, Inhalte persönlicher Telefongespräche, telegraphischen und anderen Mitteilungen in öffentlicher Sitzung offengelegt werden können, wenn der Untersuchungsrichter

---

<sup>30</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492.

<sup>31</sup> Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, ст.56.

<sup>32</sup> Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446.

<sup>33</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88.

<sup>34</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88.

oder das Gericht nicht beschließen, auf der Grundlage des Punktes 3 des Teils zwei dieses Artikels in geschlossener Sitzung zu verhandeln.

Der Beschluss des Gerichts, in diesem Fall geschlossene Verhandlungen abzuhalten, muss erschöpfende Gründe für eine angemessene, und rechtmäßige Entscheidung enthalten.

#### 2.4 Erstellen von Foto-, Video- und Audioaufnahmen in der Gerichtssitzung

In Bezug auf die Möglichkeit, Fotos, Video- und Audioaufnahmen des Prozesses zu erstellen, hat in Folge des Beschlusses, geschlossen zu verhandeln keine Person, die nicht direkt an dem Fall beteiligt ist, das Recht, in der Gerichtsverhandlung anwesend zu sein. Dies ist auf die Notwendigkeit zurückzuführen, Bedingungen für die Geheimhaltung von Informationen und Umständen zu schaffen, die Gegenstand von Untersuchungen in der Gerichtssitzung werden. Gleichzeitig darf das Gericht das Recht keiner der Parteien des Verfahrens einschränken, schriftliche Aufzeichnungen, Notizen, Transkripte, Fotos, Video- und Audioaufzeichnungen des Prozesses anzufertigen. Die Parteien haben jedoch keine Möglichkeit, die während des Verfahrens bekannt gewordenen oben genannten Informationen zu veröffentlichen.

Das Prinzip der Öffentlichkeit und der Offenheit des Prozesses wird auch vom Gesetz der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ anerkannt. Dieses Gesetz<sup>35</sup> bestimmt die Organisation der Justiz und der Rechtsprechung in der Ukraine. Artikel 11 Teil 1 dieses Gesetzes sieht vor, dass Gerichtsentscheidungen, Gerichtsverhandlungen und Informationen zu den vor Gericht anhängigen Fällen offen sind, außer in gesetzlich festgelegten Fällen. Außerdem hat jede Person das Recht, in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise freien Zugang zu einer Gerichtsentscheidung zu erhalten. Im Rahmen des hier behandelten Themas der Öffentlichkeit des Prozesses in der Medienkultur der Ukraine ist es notwendig, Artikel 11 Absatz 4 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ zu beachten, der vorsieht, dass Personen, die im Gerichtssaal anwesend sind, und Medienvertreter Foto-, Video- und Audioaufzeichnungen mit tragbaren Video- und Audiogeräten durchführen dürfen, ohne eine gesonderte Gerichtsentscheidung dafür bewirken zu müssen vorbehaltlich gesetzlich festgelegter Einschränkungen. Die Gerichtsverhandlung wird nach der Genehmigung des Gerichts ausgestrahlt.

Die einzige rechtliche Einschränkung, abgesehen von der Durchführung einer geschlossenen Gerichtsverhandlung hinsichtlich der Foto- und Videoaufzeichnung sowie der Ausstrahlung der Gerichtsverhandlung, die im genannten Artikel vorgesehen sind, stellt der Hinweis darauf dar, dass sie durchgeführt werden müssen, ohne

---

<sup>35</sup> Закон України «Про судоустрій та статус суддів» // Відомості Верховної Ради України, 2016 р., № 31, ст. 545.

die Sitzung zu beeinträchtigen und die Parteien an der Ausübung ihrer Verfahrensrechte zu hindern. Das Gericht kann den Ort im Gerichtssaal bestimmen, von dem aus Foto- oder Videoaufnahmen aufgenommen werden sollen.

Es sei darauf hingewiesen, dass das Recht der Ukraine die Begriffe der Fotoaufnahmen, der Videoaufzeichnung sowie der Ausstrahlung der Gerichtsverhandlung und den Begriff der Aufzeichnung des Prozesses mit technischen Mitteln voneinander trennt. Letzteres ist insbesondere in Artikel 11 Teil 6 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ vorgesehen<sup>36</sup>, aber auch in den jeweiligen Verfahrensregeln: gemäß Artikel 7 Punkt 15 und Artikel 247 ZPO<sup>37</sup>, Artikel 222 HPO<sup>38</sup>, Artikel 229 VwGO<sup>39</sup> ist die offizielle Aufzeichnung der Gerichtsverhandlung nur die vom Gericht erstellte technische Aufzeichnung.

Dies ist richtig, denn trotz der verfassungsmäßigen Regel über die Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren muss alles, was im Gerichtssaal geschieht, unter der richterlichen Kontrolle durchgeführt werden, da dieser für die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens verantwortlich ist. Hat der Richter nicht das Recht eingeräumt, entsprechende Aufzeichnungen zu machen oder nicht an den Aufzeichnungen teilgenommen, kann er nicht garantieren, dass die Aufzeichnungen den tatsächlichen Umständen des Verfahrens entsprechen<sup>40</sup>.

Auch während der Gerichtsverhandlung nimmt das Gericht eine vollständige Aufzeichnung der Gerichtssitzung mit Hilfe eines technischen Video- und (oder) Audioaufnahmegeäts in der durch die Verordnung über das Einheitliche gerichtliche Informations- und Telekommunikationssystem vorgeschriebenen Weise vor. Das Ergebnis der technischen Aufzeichnung der Gerichtssitzung wird als Anhang zum Protokoll der Gerichtssitzung nach Beendigung dieser der Fallakte beigefügt. Nach Art. 107 StPO<sup>41</sup> ist die Aufzeichnung von Strafverfahren mit den technischen Mitteln während der Entscheidung von Fallfragen durch den Ermittlungsrichter, auöer der Entscheidung zur Durchführung verdeckter Ermittlungs/Durchsuchungsmaßnahmen, und während des gerichtlichen Verfahrens obligatorisch.

---

<sup>36</sup> Закон України «Про судоустрій та статус судів» // Відомості Верховної Ради України, 2016 р., № 31, ст. 545.

<sup>37</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492.

<sup>38</sup> Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, ст.56.

<sup>39</sup> Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446.

<sup>40</sup> Гласність і відкритість судового процесу / [https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge\\_base/284885/](https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge_base/284885/).

<sup>41</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88.

## 2.5 Offenheit der Informationen über Gerichtsentscheidungen in der Ukraine

Besondere Aufmerksamkeit verdienen im Zusammenhang mit dem hier behandelten Thema die Bestimmungen des Gesetzes der Ukraine „Über den Zugang zu Gerichtsentscheidungen“<sup>42</sup>, das im Jahr 2005 zur Sicherzustellen der Offenheit der Tätigkeit der Gerichte der allgemeinen Zuständigkeit, der Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen und der Förderung einer gleichmäßigen Anwendung der Rechtsvorschriften verabschiedet wurde. Gemäß diesem Gesetz wurde das einheitliche staatliche Register von Gerichtsentscheidungen (im Folgenden „Register“) geschaffen als ein automatisiertes System zum Sammeln, Speichern, Schützen, Einordnen, Durchsuchen und Bereitstellen elektronischer Kopien von Gerichtsentscheidungen. Die Gerichte der allgemeinen Zuständigkeit wurden verpflichtet, alle Gerichtsentscheidungen und abweichenden Meinungen der Richter schriftlich in das Register einzutragen.

In das Register eingetragene Gerichtsentscheidungen stehen rund um die Uhr für den kostenlosen Abruf/Zugang über das offizielle Webportal der Justiz der Ukraine zur Verfügung. Somit kann jede Person Gerichtsentscheidungen oder Teile davon suchen, anzeigen, kopieren und drucken. Einschränkungen gelten nur für Fälle, die im Regime der Geheimhaltung verhandelt werden.

Das Recht der Ukraine trennt den Begriff der offiziellen Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen von der Reproduktion von Gerichtsentscheidungen in den Medien. Gerichtsentscheidungen gelten daher als offiziell veröffentlicht, sobald sie durch die Staatliche Gerichtsverwaltung der Ukraine zertifiziert wurden, welche die Führung des Registers und die Übereinstimmung der Gerichtsentscheidungen mit den Originalen oder elektronischen Kopien der im Register eingetragenen Gerichtsentscheidungen gewährleistet. Für die Reproduktion von Gerichtsentscheidungen in den Medien gilt Art. 6 des Gesetzes der Ukraine „Über den Zugang zu Gerichtsentscheidungen“<sup>43</sup>, der folgendes bestimmt:

- Jeder hat das Recht, Gerichtsentscheidungen, die vom Gericht verkündet wurden, ganz oder teilweise in irgendeiner Weise zu reproduzieren, auch durch Veröffentlichung in der Presse, in den Medien, durch die Erstellung elektronischer Datenbanken für Gerichtsentscheidungen.
- Bearbeitungen der Texte von Gerichtsentscheidungen dürfen dessen Inhalt nicht verdrehen.
- Bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung darf das Gericht nur den Text der Gerichtsentscheidung verwenden, der offiziell veröffentlicht oder in das Register eingetragen wurde.

---

<sup>42</sup> Закон України «Про доступ до судових рішень» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 15, ст. 128.

<sup>43</sup> Закон України «Про доступ до судових рішень» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 15, ст. 128.

Im Allgemeinen sollte die Erstellung des Registers als nützliche Ressource für die Arbeit sowohl von praktizierenden Anwälten als auch von Wissenschaftlern und darüber hinaus für alle Bürger angesehen werden, die aus irgendeinem Grund einen Verweis auf die bestehende Rechtsprechung in der Ukraine benötigen. Der erleichterte Zugang zu Informationen über die Rechtsauffassungen höherer Gerichte trägt zur Vereinheitlichung der Rechtsanwendung bei.

## 2.6 Gerätearten zur Aufzeichnung der gerichtlichen Verfahren

Viele Diskussionen<sup>44</sup> in der Ukraine werfen die Frage auf, welche Geräte im Gerichtssaal für die Durchführung von Foto-, Video- und Audioaufnahmen verwendet werden dürfen, wenn es sich nicht um die offizielle technische Aufzeichnung des Prozesses handelt. Eine Analyse von Gesetzschriften und den Veröffentlichungen in den Medien und auf den offiziellen Webseiten von Behörden<sup>45</sup> weist darauf hin, dass die zulässigen Geräte für Foto-, Video- und Audioaufzeichnung in die zwei unterschiedlichen Kategorien der stationären Ausrüstung und der tragbaren Gerätschaften zu differenzieren sind.

In Artikel 6 Teil 8 ZPO, Artikel 12VwGO und in Artikels 27 Teil 6 StPO<sup>46</sup> wird das Verfahren für die Durchführung von Foto-, Video- und Tonaufnahmen im Gerichtssaal mit stationären Geräten geregelt sowie die Ausstrahlung der Gerichtsverhandlung in Radio und Fernsehen, was nur auf der Grundlage eines gerichtlichen Beschlusses und mit der Zustimmung der am Verfahren beteiligten Personen zulässig ist. Daher entscheidet das Gericht über die Erteilung der Erlaubnis zur Durchführung von Foto-, Video- und Tonaufnahmen in der Sitzung unter Verwendung stationärer Geräte oder über die Verweigerung einer solchen Erlaubnis mit Begründung der Entscheidung.

Dagegen hängt die Vornahme von Foto-, Video- und Audioaufnahmen mit tragbaren Geräten im Gerichtssaal, die in allen Verfahrensregeln garantiert ist, nicht von der Erlaubnis des Gerichts ab und ist das Recht der am Verfahren beteiligten oder aus anderen Gründen im Gerichtssaal anwesenden Personen:

---

<sup>44</sup> Website des Instituts für Masseninformation // <https://imi.org.ua/advices/dozvil-na-zyomku-v-sudi-zalejit-vid-vidu-sudovogo-protsesu-rozyasnennya-yuristiv-imi-12360>.

Website der ukrainischen Helsinki-Menschenrechtgruppe <https://helsinki.org.ua/articles/pravova-abetka-foto-ta-audio-video-zapys-pid-chas-sudovoho-zasidannya/>.

<sup>45</sup> Ton- und Videoaufnahmeregeln im Gericht // Интернет сторінка Апеляційного суду Вінницької області: <https://court.gov.ua/sud0290/pres-centr/connect1/348352>.

Що таке відкритість адміністративного процесу і які права мають журналісти? // Інтернет сторінка Одеського окружного адміністративного суду: <https://adm.od.court.gov.ua/sud1570/pres-centr/interview/352701>.

Правила знімання: коли потрібен дозвіл, а коли ні // Интернет сторінка Міністерства юстиції України: <https://minjust.gov.ua/m/pravila-znimannya-koli-potriben-dozvil-a-koli-ni>.

<sup>46</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492; Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446. Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88.

- gemäß Artikel 6 Teil 8 ZPO<sup>47</sup> haben die am Verfahren beteiligten und anderen Personen, die bei einer öffentlichen Gerichtssitzung anwesend sind, das Recht, schriftliche Aufzeichnungen zu machen und tragbare technische Audiogeräte zu verwenden.
- gemäß Artikel 12 Teil 8 der VwGO<sup>48</sup> dürfen die im Gerichtssaal anwesenden Personen tragbare Audiogeräte verwenden.
- gemäß Artikel 27 Teil 6 der StPO<sup>49</sup> kann jeder, der im Gerichtssaal anwesend ist, eine Mitschrift führen, Notizen machen und tragbare Audiorecorder verwenden.

Gleichzeitig erfordert das Recht, schriftliche Notizen und Transkripte zu machen sowie das Recht, tragbare Geräte zu nutzen, keine zusätzliche gerichtliche Genehmigung, da die Verfahrensrechtvorschriften eine Garantie für die Ausübung dieser Rechte während der gerichtlichen Verhandlung bieten<sup>50</sup>.

Zusätzlich zu den oben genannten Regeln der Verfahrensordnungen sieht Artikel 11 Teil 3 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>51</sup> außerdem vor, dass Prozessparteien, andere im Gerichtssaal anwesende Personen und Medienvertreter Foto-, Video- und Audioaufnahmen im Gerichtssaal mit *tragbaren* Video- und Audiogeräten aufnehmen dürfen, ohne eine gesonderte Genehmigung des Gerichts zu erhalten, jedoch unter Berücksichtigung jeweiliger gesetzlich festgelegter Beschränkungen.

Wie wir sehen können, ist die gestellte Frage in der Gesetzgebung klar genug geregelt und entspricht dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Öffentlichkeit des Prozesses. Da das Foto-, Video- und Audioaufzeichnen des Prozesses mit tragbaren Video- und Audiogeräten ohne Erteilung einer gesonderten gerichtlichen Genehmigung durchgeführt wird, kann der Schluss gezogen werden, dass die Möglichkeit eines gerichtlichen Beschlusses über die Erlaubnis oder das Verbot der Ausübung des oben genannten Rechts im geltenden Recht der Ukraine nicht vorgesehen ist.

Stattdessen sind die Definitionen von „stationären Geräten“ und „tragbaren Geräten“ im Recht der Ukraine nicht geregelt. In der ukrainischen Sprache bedeutet der Begriff „*tragbar*“ eine „bequem von Ort zu Ort zu tragende, kleine, sperrige“

---

<sup>47</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492.

<sup>48</sup> Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446.

<sup>49</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88.

<sup>50</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення суддям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд» [http://open-court.org/important/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/important/11512/?sphrase_id=23389).

<sup>51</sup> Закон України «Про судоустрій та статус суддів» // Відомості Верховної Ради України, 2016 р., № 31, ст. 545.



Sache<sup>52</sup>. Zu den technischen Merkmalen des tragbaren Geräts gehören: die Fähigkeit des Funktionierens bei der gleichzeitigen und/oder ständigen Änderung des Platzes im Raum und die Fähigkeit, zu funktionieren, ohne dass eine stationäre Installation/Montage/Aufstellung und unterbrechungsfreie Stromversorgung notwendig ist.

Gleichzeitig ist „stationär“ in der ukrainischen Sprache mit einem dauerhaften oder langen Aufenthalt an einem Ort verbunden<sup>53</sup>. In der Praxis ist es häufig der Fall, dass die Zuordnung eines Geräts zu einem stationären oder tragbaren Gerät mit seiner Verwendung mittels eines Stativs oder eines anderen Zusatzgeräts verbunden ist. Aus technischer Sicht ist dies jedoch nicht der richtige Ansatz, da der Betrieb tragbarer Geräte nicht von der Verwendung von Zusatzgeräten abhängt.

### 3 Persönlichkeitsschutz und demokratische Kontrollmöglichkeiten

Eine Diskussion über die *Gewährleistung der Öffentlichkeit des Prozesses ist nicht möglich, ohne das Risiko einer möglichen Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Parteien infolge der Foto- und/oder Video- und Audioaufzeichnungen während des Prozesses zu bewerten*. In der Tat gibt es begründete Befürchtungen, dass die Erlaubnis der Aufnahme von Foto-, Video- und Audioaufzeichnungen mit tragbaren Video- und Audiogeräten ohne eine gesonderte gerichtliche Genehmigung und ohne die Zustimmung der Parteien Anforderungen des Artikels 307 des Zivilgesetzbuches der Ukraine<sup>54</sup> (im Folgenden: ZGB) zuwiderlaufen könnte. Danach bedarf die Aufnahme einer Person, sei es ein Foto, ein Video oder eine Aufnahme zur Fernsehübertragung, immer der Zustimmung des Betroffenen. Infolgedessen werden bei einer Zuwiderhandlung die Rechte der Person auf Privatsphäre und die Vertraulichkeit von Informationen verletzt, nämlich: das Recht auf Individualität (Artikel 300 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), das Recht auf Privatsphäre (Artikel 301 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), das Recht auf Achtung der Würde und Ehre (Artikel 297 ZGB), das Recht auf Unverletzlichkeit des Ansehens des Unternehmens (Artikel 299 ZGB) usw.

Die Analyse der Gesetzgebung der Ukraine zeigt jedoch, dass die Ukraine einen Ansatz gewählt hat, nach dem der Vorherrschaft des Rechts und dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Öffentlichkeit des Prozesses Vorrang gegenüber den genannten Persönlichkeitsrechten der Verfahrensbeteiligten eingeräumt wird. Es wird

---

<sup>52</sup> Deutungswörterbuch der Ukrainischen Sprache <https://slovyk.ua/index.php?swrd=%D0%BF%D0%BE%D1%80%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D0%B9>.

<sup>53</sup> Deutungswörterbuch der Ukrainischen Sprache <https://slovyk.ua/index.php?swrd=%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%86%D1%96%D0%BE%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BD%D0%B8%D0%B9>.

<sup>54</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40-44, ст.356.

dementsprechend davon ausgegangen, dass Fotografie und/oder Video- und Audioaufzeichnung während einer Gerichtsverhandlung eine Foto- / Videoaufzeichnung der Rechtsprechungstätigkeit und keiner Einzelperson ist. Daher ist in diesem Kontext der Verweis einer Person auf die Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte ausgeschlossen<sup>55</sup>.

Die am weitesten entwickelten Demokratien geben jedoch den Grundsatz der Öffentlichkeit von Rechtsstreitigkeiten zugunsten der Gewährleistung von Persönlichkeitsrechten auf. So hat der Supreme Court der USA in den Jahren 1965<sup>56</sup> und 1981<sup>57</sup> entschieden, dass das Filmen während Gerichtsverhandlungen verboten sei, und erklärte, dass ein solches Verbot nicht als Verletzung der Rechte der Verfahrensbeteiligten angesehen werden kann. In Deutschland dürfen gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 GVG nur Verfahren von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland auf Ton aufgezeichnet werden, es besteht jedoch nach § 169 Abs. 1 Satz 2 GVG ein generelles Verbot, Fotos oder Videos von Gerichtsverfahren zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts aufzunehmen<sup>58</sup>.

Die Erklärung der Besonderheit der gesetzlichen Regelung dieses Gegenstands in der Ukraine lautet, dass die Aufnahme des Verfahrens mit den technischen Mitteln als Gewährleistung der Transparenz des Verfahrens<sup>59</sup> angesehen wird, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rechtsprechung und das Verfahren zu stärken.

Somit sieht das Recht der Ukraine vor, dass ein breites Spektrum von Rechten von Prozessparteien und anderer Verfahrensbeteiligten, einschließlich der Medienvertreter, besteht, bei der Anhörung anwesend zu sein und den Text der Gerichtsentscheidung sowie Foto-, Video- und Audioaufzeichnungen des Verfahrens festzuhalten. Diese Methode zur Gewährleistung des Grundsatzes der Öffentlichkeit des Verfahrens ist am weitesten verbreitet und genießt den Vorrang gegenüber dem Schutz der Persönlichkeitsrechte von Verfahrensbeteiligten.

---

<sup>55</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення судьям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд» [http://open-court.org/importants/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/importants/11512/?sphrase_id=23389).

<sup>56</sup> Сайт Верховного суду США <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/532/>.

<sup>57</sup> Сайт Верховного суду США <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/560/>.

<sup>58</sup> Закон про розширення медіа публічності судового процесу ФРН від 08.10.2017р. [https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGB1&jumpTo=bgb1117s3546.pdf#\\_bgb1\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgb1117s3546.pdf%27%5D\\_1588711182859](https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1117s3546.pdf#_bgb1_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb1117s3546.pdf%27%5D_1588711182859).

<sup>59</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення судьям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд» [http://open-court.org/importants/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/importants/11512/?sphrase_id=23389).

## 4 Spannungsfeld zwischen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit u. gerichtlicher Kontrolle

Die Verfassung der Ukraine sieht vor, dass die Ukraine ein Rechtsstaat ist (Artikel 1). In der Ukraine wird der auch praktisch wirksame Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes anerkannt (Artikel 8 Teil 1). In Anbetracht des Inhalts des Artikels 8 der Verfassung der Ukraine soll der Vorrang des Rechts insbesondere als ein Mechanismus zur Kontrolle staatlicher Macht und zum Schutz der Menschen vor willkürlichen Handlungen der staatlichen Gewalt verstanden werden (Punkt 3.1 Absatz 3 der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine vom 23.01.2020 Nr. 1-r/2020)<sup>60</sup>.

### 4.1 „Die Qualität des Gesetzes“ als eine Forderung an den Gesetzgeber.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erfordert der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes unter anderem die Einhaltung der Anforderungen zur „Qualität des Gesetzes“. Der Begriff der „Qualität des Gesetzes“ bedeutet, dass das nationale Recht für Betroffene zugänglich und vorhersehbar sein muss, d. h. ausreichend klare Bestimmungen enthalten muss, damit die Betroffenen sich angemessen informieren können, unter welchen Umständen und Bedingungen, Behörden das Recht haben, Maßnahmen zu ergreifen, die ihre Konventionsrechte beeinträchtigen (siehe zum Beispiel: Entscheidung in der Rechtssache *Oleksandr Volkov gegen die Ukraine* (Anmeldung Nr. 21722/11), §§ 69-170)<sup>61</sup>.

Hält sich der ukrainische Gesetzgeber an die Anforderungen, die an die Qualität von Gesetzen gestellt werden? Offensichtlich nicht immer. Eine erhebliche Anzahl von Verstößen in diesem Bereich ist eine unvermeidliche Folge des extensiven Charakters der Entwicklung der ukrainischen Gesetzgebung und des Mangels an politischer Nachfolge im Zusammenhang mit häufigen Regierungswechseln. Die Situation verschlechterte sich nach den Parlamentswahlen in der Ukraine im Jahr 2019, als die Bildung einer parlamentarischen Mehrheit durch eine einzige Fraktion zur Praxis der Verabschiedung von Gesetzen im sogenannten „Turbo-Regime“ führte, was sich unweigerlich auf deren [der Gesetze] Qualität ausgewirkt hat. In einer demokratischen Gesellschaft stehen die Gerichte den Gesetzen mit schlechter Qualität im Wege.

In Bezug auf die gerichtliche Kontrolle als Mittel zur Gewährleistung der Qualität der Gesetze sollte zwischen der Kontrolle durch das Verfassungsgericht der Ukraine und der Kontrolle durch Gerichte der allgemeinen Zuständigkeit unterschieden werden.

<sup>60</sup> *Офіційний вісник України*. 2020. №16. Ст. 632.

<sup>61</sup> *Офіційний вісник України*. 2013. №89. Ст. 3307.

## 4.2 Verfassungsrechtliche Kontrolle der Gesetzesqualität

Die vom Verfassungsgericht der Ukraine ausgeübte Kontrolle gliedert sich in:

- *eine vorläufige bzw. vorbeugende Kontrolle* (Art. 159 der Verfassung der Ukraine): Der Gesetzesentwurf über Änderungen der Verfassung der Ukraine wird von der Werchowna Rada der Ukraine unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Verfassungsgerichts der Ukraine zur Übereinstimmung des Gesetzentwurfs mit den Artikeln 157 und 158 der Verfassung der Ukraine verhandelt;
- *eine nachträgliche Kontrolle* (Artikel 150 Teil 1 der Verfassung der Ukraine): Das Verfassungsgericht der Ukraine entscheidet über die Konformität folgender Akte mit der Verfassung der Ukraine (Verfassungsmäßigkeit): Gesetze und andere Rechtsakte der Werchowna Rada der Ukraine; Handlungen des Präsidenten der Ukraine; Handlungen des Ministerkabinetts der Ukraine; Rechtsakte der Werchowna Rada der Autonomen Republik Krim.

Die Ergebnisse der nachfolgenden Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit haben die Form einer Entscheidung, die Ergebnisse der vorbeugenden Kontrolle werden in der Form einer Stellungnahme/eines Gutachtens des Verfassungsgerichts der Ukraine erstellt. Trotz der unterschiedlichen Form sind sowohl die Entscheidungen als auch die Stellungnahmen/Gutachten des Verfassungsgerichts der Ukraine bindend.

Unter den Entscheidungen des Verfassungsgerichts der Ukraine wird weiter nur eine erwähnt, die mit dem Thema des Projekts im direkten Zusammenhang steht - die Entscheidung Nr. 4-r / 2020 vom 11.03.2020<sup>62</sup>, welche die im Jahr 2019 verabschiedeten Änderungen des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ für verfassungswidrig erklärte. Diese Änderungen reduzierten die maximale Anzahl von Richtern am Obersten Gerichtshof von 200 auf 100 und stellten die Ergebnisse der Reform des Obersten Gerichtshofs in der Ukraine in den vergangenen Jahren allgemein in Frage. Die Venedig-Kommission des Europarates begrüßte die Annahme dieser Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine. Der Präsident der Kommission erklärte: „Die Kommission war zutiefst besorgt darüber, dass diese Änderungen zu ernsthaften Änderungen in der Zusammensetzung des Obersten Gerichtshofs führen würden, der bereits auf der Grundlage der von der früheren Werchowna Rada der Ukraine verabschiedeten Rechtsvorschriften umfassend reformiert wurde. Sollte dies nach der Wahl erneut geschehen, würden sowohl die Richter als auch die breite Öffentlichkeit darüber informiert, dass der Wille der gegenwärtigen Mehrheit im Parlament darüber entscheidet, ob Richter des höheren Gerichts im Amt bleiben können oder nicht. Deshalb gratuliere ich dem Verfassungsgericht zu seiner Entscheidung, die die Unabhängigkeit nicht

---

<sup>62</sup> Рішення Конституційного Суду України №4-р/2020 від 11.03.2020 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/3050>.

nur des Obersten Gerichtshofs, sondern auch der ukrainischen Justiz im Allgemeinen stärkt<sup>63</sup>.

Die Verabschiedung eines grundsätzlich neuen Gesetzes der Ukraine „Über das Verfassungsgericht der Ukraine“ im Jahr 2017 hat sich zweifellos positiv auf die Aktivitäten des Verfassungsgerichts ausgewirkt. Dies äußert sich sowohl in einer deutlichen Zunahme der vom Verfassungsgericht geprüften Fälle als auch in der Einführung eines neuen Instruments für die Ukraine zum Schutz der Rechte des Einzelnen - einer Verfassungsbeschwerde, auf die wir näher eingehen werden.

Das 2016 in der Ukraine eingeführte Modell der Verfassungsbeschwerde sieht das Bestehen eines bestimmten Gerichtsverfahrens als zwingende Voraussetzung für den Antrag beim Verfassungsgericht der Ukraine vor. Nur das in einem solchen Fall in der endgültigen Gerichtsentscheidung angewendete Gesetz der Ukraine kann auf Übereinstimmung mit der Verfassung der Ukraine überprüft werden. Nach diesem Modell wird eine Person, die beim Verfassungsgericht der Ukraine ihren Antrag stellt, natürlich vom Begehren geleitet, ihre Rechte zu schützen, eine Entschädigung zu erhalten und das Verhältnis in den Stand zurückzusetzen, der vor der Anwendung verfassungswidriger Bestimmungen des Gesetzes bestand. Es zeigen sich hier jedoch eine Reihe von Problemen:

- Das Gesetz „Über das Verfassungsgericht der Ukraine“ sieht die Möglichkeit vor, während der Verhandlung nach der Verfassungsbeschwerde des Antragstellers die Vollstreckung der Gerichtsentscheidung auszusetzen, aber es ist in der Praxis fast unmöglich, eine solche Aussetzung zu erreichen. Eine Aussetzungsanordnung kann nur von der Großen Kammer des Verfassungsgerichts der Ukraine erlassen werden (Artikel 78 Teil 1 des Gesetzes). Anzumerken ist aber auch, dass die Große Kammer des Verfassungsgerichts der Ukraine nach ihrer Kompetenzzuweisung keine Verfassungsbeschwerden prüft (Artikel 68 des Gesetzes). Die Senate des Verfassungsgerichts der Ukraine (speziell für die Prüfung von Verfassungsbeschwerden gebildete Kammern des Gerichtshofs) sind jedoch nicht mit solchen Befugnissen ausgestattet.
- Nur das in der endgültigen Gerichtsentscheidung angewandte Recht der Ukraine darf bei einer Verfassungsbeschwerde auf Übereinstimmung mit der Verfassung der Ukraine überprüft werden. Selbst wenn das Verfassungsgericht der Ukraine feststellt, dass eine andere Rechtsnorm verfassungswidrig ist, die im Zusammenhang mit den umstrittenen Normen steht und die Lösung in der Sache beeinflusst, hat es kein Recht, über den Gegenstand der Verfassungsbeschwerde hinauszugehen und die Norm für unvereinbar mit der Verfassung der Ukraine zu erklären;
- Das Verfahrensrecht der Ukraine hat nicht die notwendigen Änderungen erfahren, um die Möglichkeit der Wiederherstellung des früheren Rechtsstatus, der der gerichtlichen Anwendung eines Rechtsakts vorausging, der für verfassungswidrig erklärt wurde, ordnungsgemäß sicherzustellen. Die einschlägigen Bestimmungen der

---

<sup>63</sup> UKRAINE - The President of the Venice Commission Buquicchio welcomes the judgment of the Constitutional Court. URL: <https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2916>.

ukrainischen Verfahrensordnung sehen vor, dass eine Gerichtsentscheidung, die den Fall beendet hat und in Rechtskraft erwachsen ist, in dieser Situation nur überprüft werden kann, wenn eine solche Gerichtsentscheidung noch nicht vollstreckt wurde (weitere Einzelheiten in diesem Abschnitt unten).

- Das Verfassungsgericht der Ukraine kann auf der Grundlage der Ergebnisse der Prüfung einer Verfassungsbeschwerde zu dem Schluss kommen, dass ein Gesetz der Ukraine der Verfassung entspricht, gleichzeitig jedoch feststellen, dass das Gericht das Gesetz in einer Weise ausgelegt hat, die nicht mit der Verfassung der Ukraine vereinbar ist. In diesem Fall gibt das Verfassungsgericht der Ukraine dies im Tenor seiner Entscheidung bekannt. Ein solcher Schluss hat für den Antragsteller jedoch keinen Mehrwert, da dies keinen Grund für eine Überprüfung der Gerichtsentscheidung nach den Verfahrensregeln liefert.

- gemäß Artikel 152 Teil 3 der Verfassung der Ukraine werden materielle oder moralische Schäden, die natürlichen oder juristischen Personen durch Handlungen oder Akte entstehen, die für verfassungswidrig erklärt werden, vom Staat auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise erstattet. Die Rechtsakte, die gemäß Artikel 152 Teil 2 der Verfassung der Ukraine für verfassungswidrig erklärt werden, verlieren jedoch frühestens am Tag der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine über ihre Verfassungswidrigkeit ihre Geltungskraft. Unter Bezugnahme auf diese Bestimmung machen die Gerichte geltend, dass die Schadensersatzansprüche unbegründet seien, da die Entscheidungen des Verfassungsgerichts der Ukraine keine rückwirkende Wirkung haben<sup>64</sup>.

Es bestehen keine Zweifel, dass die Bestimmungen zur Verfassungsbeschwerde in der Ukraine verbessert werden müssen. Der Maßstab für eine solche Verbesserung sollte unserer Meinung nach vor allem die Erfahrungen aus Deutschland mit einbeziehen, wo die Verfassungsbeschwerde ein äußerst einflussreiches Instrument zum Schutz der Rechte des Einzelnen darstellt.

#### 4.3 Kontrolle der Qualität der Gesetze durch die allgemeinen Instanzgerichte

Es scheint möglich, eine solche Kontrolle durch die Instanzgerichtsbarkeit in eine direkte und eine indirekte Kontrolle zu unterteilen.

*Die direkte gerichtliche Kontrolle* sieht die Möglichkeit vor, dass Gerichte Rechtsnormen für rechtswidrig und ungültig erklären. Diese Kontrolle wird von den Verwaltungsgerichten folgenden Fällen ausgeübt:

---

<sup>64</sup> Д. Терлецький. Навіщо нам конституційна скарга? URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/navishcho-nam-konstituciyna-skarga.html>.

- Gesetzmäßigkeit (mit Ausnahme der Verfassungsmäßigkeit) von Verordnungen und Anordnungen des Ministerkabinetts der Ukraine, der Verordnungen der Werchowna Rada der Autonomen Republik Krim;
- Gesetzmäßigkeit und Übereinstimmung mit höherrangigem Recht von Rechtsakten und Vorschriften der Ministerien, anderen zentralen Exekutivorganen, des Ministerrates der Autonomen Republik Krim, örtlichen Staatsverwaltungen, den Organen der örtlichen Selbstverwaltung und anderer Behörden (Artikel 264 Teil 1 VwGO). Der normative Rechtsakt erlischt ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der einschlägigen Gerichtsentscheidung in vollem Umfang oder zumindest teilweise (Artikel 265 Teil 2 VwGO).

In Bezug auf die *indirekte gerichtliche Kontrolle* der Qualität von Gesetzen hat der EGMR wiederholt festgestellt, dass der Wortlaut von Gesetzen nicht immer klar ist, sodass ihre Auslegung und Anwendung von der Praxis abhängen. Die Rolle des Gerichtsverfahrens besteht gerade darin, solche Auslegungszweifel angesichts der Veränderungen in der täglichen Praxis zu beseitigen (siehe beispielsweise *Verentsov gegen die Ukraine* (Antrag Nr. 20372/11), § 65)<sup>65</sup>.

In diesem Teil bieten sich die Aktivitäten der *Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs* zur Behandlung an, da die Reform des Obersten Gerichtshofs eine der wichtigsten Errungenschaften der Justizreform in der Ukraine darstellt.

Gemäß dem Artikel 346 Teile 3-5 VwGO kann ein Streit an die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs verwiesen werden, wenn der Oberste Gerichtshof den Streit nach der Kassationsbeschwerde verhandelt und:

- es für erforderlich hält, von der in der vorangehenden Entscheidung dargelegten Schlussfolgerung über die Anwendung des Rechts in ähnlichen Rechtsbeziehungen abzuweichen;
- zu dem Schluss kommt, dass der Streit ein grundsätzliches Rechtsproblem enthält und eine solche Verweisung erforderlich ist, um die Entwicklung des Rechts und die Bildung einer einheitlichen Rechtsanwendungspraxis sicherzustellen.

#### 4.3.1 *Der Fall 8808/1628/18 (Tschernobyl)*

Ein wichtiger Fall, der sowohl den Aspekt der Abweichung von der zuvor formulierten Schlussfolgerung als auch den Aspekt eines grundsätzlichen Rechtsproblems kombiniert, ist der Fall 8808/1628/18, der durch den Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 20.02.2020 an die Große Kammer verwiesen wurde. Ihm liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

1986 beteiligte sich der Kläger als Soldat an der Beseitigung der Folgen des Unglücks von Tschernobyl und erhielt eine Invalidenrente in Höhe der Entschädigung für tatsächliche Verluste (Behinderungsgruppe II).

---

<sup>65</sup> *Офіційний вісник України*. 2013. №89. Ст. 3106.

Im Jahr 2018 wandte sich der Kläger an die Rentenbehörde mit einem Antrag, seine Rente ab dem 01.10.2017 auf der Grundlage des fünffachen ab dem 1. Januar des Jahres gesetzlich festgelegten Mindestlohns neu zu berechnen. Die Rentenbehörde lehnte eine Neuberechnung seiner Rente mit der Begründung ab, er habe an der Beseitigung der Folgen des Unglücks von Tschernobyl *nicht während seines aktiven Pflichtdienstes* teilgenommen. Dementsprechend fiel der Kläger nicht unter Artikel 59 Teil 3 des Gesetzes „Über den Status und den sozialen Schutz der vom Tschernobylunglück betroffenen Bürger“, der die Berechnung der Rente in der angegebenen Höhe vorsah. Das erstinstanzliche Gericht lehnte den Antrag des Klägers an die Rentenbehörde aus denselben Gründen ab. Diesem schloss sich das Berufungsgericht an.

Im Jahr 2019 erhielt das erstinstanzliche Gericht vom Kläger den Antrag auf die Überprüfung der Gerichtsentscheidung nach Ausnahmeumständen. Der Antrag wurde damit begründet, dass mit der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine Nr. 1-r (II) / 2019 vom 25.04.2019 die Regel des Artikel 59 Teils 3 des Gesetzes der Ukraine „Über den Status und den sozialen Schutz der vom Tschernobylunglück betroffenen Bürger“ für verfassungswidrig erkannte. Nach der Regel berechnete man die Rente auf der Grundlage des fünffachen des gesetzlich festgelegten Mindestlohns vom 1. Januar des betreffenden Jahres aber nur für Soldaten, die während des aktiven Dienstes an der Beseitigung der Folgen der Katastrophe von Tschernobyl teilgenommen und infolgedessen Behinderungen erlitten haben.

Das erstinstanzliche Gericht, mit dem das Berufungsgericht übereinstimmte, lehnte den Antrag des Klägers auf Überprüfung der Entscheidung nach ausschließlichen Umständen ab. Die Gerichte verwiesen auf die Tatsache, dass gemäß Artikel 361 Teil 5 Punkt 1 VwGO für die Überprüfung von Gerichtsentscheidungen im Zusammenhang mit ausschließlichen Umständen die Feststellung des Verfassungsgerichts der Ukraine maßgeblich sei, dass das vom Gericht zur Auflösung des Streits angewandte Gesetz verfassungswidrig ist und *die Gerichtsentscheidung noch nicht vollzogen wurde*. Da die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts die Klage ablehnte, war dieses Urteil nicht vollstreckbar und daher nicht überprüfbar. Der Kläger legte die Kassationsbeschwerde beim Obersten Gerichtshof ein.

Der Oberste Gerichtshof hat sich wiederholt mit Fällen befasst, in denen dieses Problem entschieden wurde. Beispielsweise hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 17.12.2019 in der Rechtssache Nr. 808/2492/18 festgestellt, dass sich das Bestehen der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine Nr. 1-r (II) / 2019 vom 25.04.2019 weder auf die strittigen Rechtsbeziehungen auswirkt noch nachweist, dass das Gericht bei der Lösung des Streits Fehler begangen hat. Zum Zeitpunkt des Entstehens der streitigen Rechtsverhältnisse und zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung war das Gesetz in Kraft und konnte angewendet werden. In derselben Entscheidung stellte der Oberste Gerichtshof fest, dass die Entscheidung über die Ablehnung des Antrags im Zusammenhang mit den Bestimmungen von Artikel 361 Absatz 5 Teil 1 der Verwaltungsgerichtsordnung nicht als nicht



vollzogen angesehen werden kann, da die Entscheidung, die in Kraft getreten ist und mit der die Klage abgewiesen war, keiner Zwangsvollstreckung benötigt<sup>66</sup>.

In der Verordnung vom 29. Oktober 2019 in der Rechtssache 922/1391/18 gelangte der Oberste Gerichtshof zu dem Schluss, dass der Vorbehalt der Möglichkeit der Überprüfung einer Gerichtsentscheidung unter ausschließlichen Umständen, wenn diese noch nicht vollzogen wurde, auf dem Grundsatz der *res judicata* beruht, das heißt, die endgültige Entscheidung des Gerichts, die in der Formel „*res judicata pro veritate habetur!*“ – „Die Gerichtsentscheidung wird als wahr anerkannt“ zu achten ist. Das Wesen dieses Grundsatzes besteht darin, dass eine in Kraft getretene Gerichtsentscheidung bindend ist, nicht in Frage gestellt werden kann und vollstreckbar ist, dh die Entscheidung des Gerichts über den Streit wird als richtig anerkannt<sup>67</sup>.

#### 4.3.2 *Der Beschluss des Kassationsverwaltungsgerichts vom 20.02.2020*

Das Kollegium ist der Auffassung, dass die Anwendung der Norm des Artikels 361 Teil 5 Absatz 1 VwGO der Ukraine auf die oben genannte Weise es unmöglich macht, die Rechte einer Person wirksam zu schützen und wiederherzustellen, wenn die Klageforderungen der Person aufgrund der Anwendung des Gesetzes, das später für verfassungswidrig erklärt wurde, abgelehnt wurden.

In Anbetracht dessen hält es das Kollegium der Richter für erforderlich, von den rechtlichen Schlussfolgerungen früherer Gerichtsentscheidungen abzuweichen. Das Institut der ausschließlichen Umstände soll sicherstellen, dass Gerichtsentscheidungen überprüft werden, die unter Verstößen ergangen sind, welche erhebliche Auswirkungen auf das Entscheidung hatten. Die Erklärung des Gesetzes für verfassungswidrig, strafrechtlich relevante Handlungen eines Richters, Verletzung der internationalen Verpflichtungen der Ukraine bei der gerichtlichen Lösung des Falls - all dies deutet auf einen Fehler des Staates hin und untergräbt das Vertrauen in die Gerichtsentscheidung (Punkt 40 des Beschlusses vom 20.02.2020).

In Bezug auf den Verstoß gegen den Grundsatz von *res judicata* (der Rechtskraft), zielt dieser Grundsatz in erster Linie darauf ab, die Überprüfung von in Kraft getretenen Gerichtsentscheidungen auf Initiative des Staates zu verhindern. Stattdessen gibt es keine einschlägige Praxis, die das Recht einer Person einschränken würde, eine Überprüfung einer Gerichtsentscheidung zu beantragen, die aufgrund erheblicher staatlicher Fehler, insbesondere der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, getroffen wurde (Randnr. 42 der Entscheidung von 20.02.2020). Wurde die Klage abgewiesen, wird eine solche Entscheidung nicht vollstreckt (und kann aus objektiven Gründen nicht vollstreckt werden). Es kann nicht „noch nicht erfüllt“ werden. Eine Überprüfungsbedingung wie die Tatsache, dass die Gerichtsentscheidung noch

---

<sup>66</sup> Постанова Верховного Суду від 17.12.2019 р. у справі №808/2492/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86387767>.

<sup>67</sup> Постанова Верховного Суду від 29.10.2019 р. у справі № 922/1391/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8532705>.

nicht vollstreckt wurde, kann daher nicht auf diese Art von Entscheidungen angewendet werden. In Anbetracht dessen wurde die Überprüfung von Gerichtsentscheidungen, welche die wegen ausschließlicher Umstände eingereichte Klage abweisen, auf der Grundlage von Art. 361 Teil 5 Punkt 1VWGO der Ukraine in allen Fällen möglich (Randnr. 58 der Entscheidung vom 20.02.2020).

Das Kollegium der Richter, stellte außer der Verweigerung der Zustimmung zu den Entscheidungen der Gerichte fest, dass die aufgeworfenen Fragen Anzeichen eines Wiederaufnahme-Problems aufweisen. Das Wiederaufnahme-Problem sollte anhand quantitativer und qualitativer Analysen bewertet werden. In Bezug auf das quantitative Kriterium beantragten die Kläger nach der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine Nr. 1-r (II) / 2019 vom 25.04.2019 massenhaft bei den Gerichten, solche Gerichtsentscheidungen nach Wiederaufnahme-Gründen zu überprüfen. In Bezug auf die Relevanz wird jede spätere Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine, insbesondere in Fällen, die soziale Rechte betreffen, zu ähnlichen Situationen führen. Darüber hinaus ist das Problem „interdisziplinär“, da die Verfahrensregeln aller Prozessordnungen, die Regeln zur Einleitung der Überprüfung von Gerichtsentscheidungen auf Wiederaufnahme-Gründe enthalten, betroffen sind. Da das Verfassungsgericht der Ukraine die Verfassungswidrigkeit des vom Gericht angewandten Gesetzes festgestellt hat, muss es entweder die nicht einheitliche Praxis begründen oder die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung sicherstellen. Die Praxis der Rechtsanwendung ist noch immer nicht einheitlich.

#### 4.3.3 *Die Entscheidung der Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs vom 25.03.2020*

Weil das Kassationsverwaltungsgericht in Anbetracht dieser Konstellation beschlossen hatte, die Rechtssache 8808/1628/18 an die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs zu verweisen,<sup>68</sup> wurde diesem Gelegenheit gegeben, eine rechtliche Klärung herbei zu führen. Diese Gelegenheit hat die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs jedoch nicht genutzt. Vielmehr hat sie schlicht formal auf die im Vorlagebeschluss des Kassationsgerichts gegebene Begründung abgestellt und darin keinen Grund gesehen, unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des Falls nach quantitativen und qualitativen Kriterien einen Wiederaufnahmegrund anzuerkennen, mit dessen Lösung ein Beitrag zur Rechtsentwicklung und der Schaffung einer einheitlichen Rechtsanwendungspraxis geleistet werden könne (Punkt 12 des Beschlusses vom 25.03.2020). Der Fall wurde vom Obersten Gerichtshof daher schlicht zur abschließenden Entscheidung an das Kassationsverwaltungsgericht des Obersten Gerichtshofs zurückverwiesen.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Beschluss des Kassationsverwaltungsgerichts des Obersten Gerichtshofs vom 20. Februar 2020 in der Rechtssache №808/1628/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87758201>.

<sup>69</sup> Beschluss der Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs vom 25. März 2020 in der Rechtssache №808/1628/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88739736>.

Zum Zeitpunkt der Manuskripterstellung ist die endgültige Entscheidung in dem oben genannten Fall noch nicht ergangen. Festzuhalten bleibt aber, dass die Hoffnung, dass die Große Kammer den in der Entscheidung vom 20.02.2020 dargelegten Ansatz des Kassationsverwaltungsgerichts teilen würde, enttäuscht worden ist. Die Große Kammer hat eine effektive Lösung des Problems vermieden, ohne eine wesentliche Widerlegung der Wiederaufnahme-Problems anzubieten.

#### 4.3.4 *Bewertung*

Dieser Fall weist auf ein systemisches Problem auf gesetzlicher Ebene hin. Wie bereits erwähnt, enthalten alle Verfahrenskodifizierungen (in der Ukraine gibt es vier davon) eine Regel zur Überprüfung von Gerichtsentscheidungen nach Ausnahmeständen, wenn das Verfassungsgericht der Ukraine das vom Gericht bei der Lösung des Falls angewandte Gesetz für verfassungswidrig erklärt. Es stellt sich heraus, dass diese Regel qualitativ missglückt ist, obwohl alle Verfahrenskodifizierungen in der Ukraine erst im Jahr 2017 im Rahmen der Justizreform reformiert worden sind. Einem Kläger, dessen Klagebegehren nicht stattgegeben wurde, wird somit effektiv das Recht entzogen, die Entscheidung überprüfen zu lassen, weil die in seinem Fall angewandte Norm nun für verfassungswidrig erklärt wird. Dies gilt auch für einen Kläger, der alle Instanzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit durchlaufen hat, eine Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgericht der Ukraine eingereicht und die Erklärung des Gesetzes für verfassungswidrig erreicht hat – mit diesem Vorgehen kann er nicht auf eine Überprüfung der vorherigen Entscheidung zählen. Die prozessuale Überprüfung eines Falles nach Wiederaufnahmegründen wirkt in der Realität nicht. Sie steht auf dem Papier, verliert aber somit ihre praktische Bedeutsamkeit.<sup>70</sup>

Die Spruchpraxis der Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs indiziert ein weiteres Problem im Verfahrensrecht, das für die Ukraine spezifisch ist. Der Streit unterliegt immer dann der Übermittlung an die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs, wenn sich eine Partei gegen eine Gerichtsentscheidung wegen Verstoßes gegen die Regeln der sachlichen Zuständigkeit, dh die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Zivil-, Straf-, Handels- und Verwaltungsgerichten, wendet. Nach den Berichten der Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs handelt es sich bei der überwiegenden Mehrheit der Fälle vor der Großen Kammer um solche, in denen die Zuständigkeitsfragen zu entscheiden sind, dh nach welchen Verfahrensregeln der jeweilige Streit entschieden und überprüft werden sollte:

- nach Verwaltungsprozessregeln oder Zivil- / Wirtschaftsprozessrecht;
- nach Zivilprozessregeln oder Wirtschaftsprozessrecht;
- nach Verwaltungsprozessregeln oder Strafprozessrecht; und sogar

---

<sup>70</sup> Beschluss des Kassationsverwaltungsgerichts des Obersten Gerichtshofs vom 14. Mai 2020 in der Rechtssache 808/1628/18 (п.59). URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/89251033>.

- nach Strafprozessrecht oder Zivil- / Wirtschaftsprozessrecht<sup>71</sup>.

Das Problem der materiellen/gegenständlichen Zuständigkeit von Gerichten ist für die Ukraine „chronisch“ und hängt zusammen mit der Koexistenz von Zivil- und Handelsgerichten, die privatrechtliche Streitigkeiten lösen, einerseits und der noch relativ jungen Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine andererseits. Die dogmatischen Wurzeln dieses Problems liegen in der sowjetischen Vergangenheit der Ukraine, in welcher die Rechtslehre eine Aufteilung des Rechts in Privatrecht und öffentliches Recht ablehnte (es formten sich keine klaren und unstrittigen Kriterien für die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Streitigkeiten). Es sollte jedoch noch einmal betont werden, dass alle vier Verfahrensgesetzbücher in der Ukraine (einschließlich der Artikel dieser Gesetzbücher zur Gerichtsbarkeit!) im Jahr 2017 neu gefasst wurden und der Gesetzgeber die einschlägigen Bestimmungen dennoch nicht so formuliert hat, dass die Rechtsunsicherheit in diesem Bereich beseitigt wird.

---

<sup>71</sup> Verhandlung von Fällen durch die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs. URL: [https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud/rozgl\\_sprav\\_vp\\_vs/](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rozgl_sprav_vp_vs/).

# Die Rolle der Rechtswissenschaft bei Entscheidungsfindung und -begründung

*Prof. Dr. Thomas Mann/ Ass. iur. Shaghayegh Kian*

Folgt man dem systemtheoretischen Ansatz von Niklas Luhmann, dann dürfte die Frage nach der Rolle der Rechtswissenschaft für die Rechtsprechung der Gerichte bereits eine im Ansatz unzulässige Frage sein. Denn die Ausdifferenzierung einzelner autopoietischer Teilsysteme (Funktionssysteme) von ihrer Systemumwelt mittels binärer Codierung erfolgt bei der Gesellschaftsfunktion Recht nach dem Code Recht/Unrecht<sup>1</sup> und im Wissenschaftssystem nach der Codierung wahr/unwahr.<sup>2</sup> In strikter Konsequenz dieser Ausdifferenzierung müsste den Richtern als zentralen Akteuren im Funktionssystem Recht demnach eine Teilnahme am Diskurs in Organisationen der Wissenschaft (insbes. Universitäten und Fachzeitschriften) verwehrt sein und umgekehrt dürfte den in anderer Codierung agierenden Wissenschaftlern kein Einfluss auf die richterliche Rechtsfindung zuzugestehen sein. Diese strikte Konsequenz zieht aber selbst Luhmann nicht, wenn er die wissenschaftliche Theorie als Form der strukturellen Kopplung des Wissenschaftssystems mit den Reflexionstheorien der anderen Funktionssysteme begreift und mit der Vorstellung einer solchen Kontaktstelle die grundsätzliche Trennung, operative Geschlossenheit und Funktionsautonomie der Einzelsysteme - hier: dem Rechtssystem und dem Wissenschaftssystem – nicht in Frage stellen möchte: „Nach wie vor ginge es im Rechtssystem um die Pflege normativer Erwartungen und im Wissenschaftssystem um Forschung. Nach wie vor würde gelten, daß man aus Fakten nicht auf Normen schließen

---

<sup>1</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 67, 147, 215 ff.

<sup>2</sup> *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft. 1990, S. 271 ff.

kann, und jede verdeckte Mogelei in dieser Frage könnte unterbunden werden. Gleichwohl könnte mit einer entsprechend ausgewählten Begrifflichkeit ein Mechanismus struktureller Kopplung eingerichtet werden. Das Wissenschaftssystem fände sich dann mit der Dauerfrage konfrontiert, wie es mit sich-selbst-beschreibenden Systemen, die für es Forschungsgegenstände sind, umgehen kann. Das Rechtssystem könnte seinerseits die eigene Selbstreflexion mit den begrifflichen Errungenschaften ausstatten, die die Theorie selbstreferentieller Systeme, soweit sie normalwissenschaftlich funktioniert, zur Verfügung stellt.<sup>43</sup>

Dieser soziologische Befund findet in der Realität der deutschen Rechtsprechungspraxis eine beeindruckende Bestätigung, denn anders als in der Ukraine ist die Interdependenz von Rechtswissenschaft und Rechtsprechungspraxis besonders stark ausgeprägt. Warum die Entwicklung in Deutschland diesen besonderen Weg genommen hat, bedürfte freilich einer näheren Untersuchung. Eine Arbeitshypothese müsste ihren Ausgangspunkt in dem empirischen Befund einer Juristenausbildung nehmen, die bereits von den Anfangssemestern an dem Leitbild einer Verzahnung des wissenschaftlichen Diskurses mit der Lösung praktischer Fälle folgt.<sup>4</sup> Bevor diesem Gedanke an späterer Stelle unter V. Raum gegeben wird, soll zunächst gleichsam invers danach gefragt werden, ob die zur Entscheidung berufenen Gerichte durch die geltenden Rechtsvorschriften in Deutschland nicht sogar verpflichtet sind, sich in ihren Urteilen auch mit den rechtswissenschaftlichen Auffassungen auseinander zu setzen, die zu alternativen Lösungsmöglichkeiten der ihnen zur Entscheidung überlassenen Fälle führen könnten.

## 1 Mindestanforderungen an den Urteilsinhalt

Die Antwort auf die vorgenannte Frage ist in den jeweiligen Prozessordnungen der verschiedenen Gerichtsbarkeiten zu finden. Denn diese enthalten mitunter präzise Vorgaben hinsichtlich der abstrakten Inhalte eines Urteils.

Für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit benennt § 117 Abs. 2 VwGO den notwendigen Inhalt eines Urteils. Neben dem sog. Rubrum, d.h. der Bezeichnung der Beteiligten, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Bevollmächtigten nach Namen, Beruf, Wohnort und ihrer Stellung im Verfahren, der Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Mitglieder, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben (§ 117 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwGO), benennt die Auflistung ansonsten noch die Urteilsformel (Nr. 3), den Tatbestand (Nr. 4), die Entscheidungsgründe (Nr.5) sowie die Rechtsmittelbelehrung (Nr.6). Der Ort, an dem eine Auseinandersetzung mit etwaigen in der Rechtswissenschaft vertretenen Ansichten erfolgen kann, sind allein die Entscheidungsgründe. Was Inhalt der Entscheidungsgründe sein muss, erschließt sich wiederum aus § 108 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Danach sind in dem Urteil „die

<sup>3</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 543 f.

<sup>4</sup> Dazu *Hundertmark*, Die Ausrichtung der juristischen Ausbildung (in diesem Band) unter C. I. 1.

Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.“ Im Gleichklang damit<sup>5</sup> verlangt auch § 313 Abs. 3 ZPO, dass die Entscheidungsgründe bei Entscheidungen in Zivilsachen „eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht“ enthalten müssen.<sup>6</sup>

Damit folgt aus dem reinen Wortlaut der §§ 108 Abs. 1 S. 2 VwGO, 313 Abs. 3 ZPO noch keine explizite Pflicht zur Beachtung entscheidungsrelevanter rechtswissenschaftlicher Diskurse. Im Gegenteil bestätigt der Gesetzeswortlaut nur die bereits aus systemtheoretischer Sicht bestehende prinzipielle Trennung: Urteile sind keine rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, die eine Festlegung in der Codierung wahr/unwahr bezwecken, sondern sie dienen vielmehr ausschließlich dem praktischen Zweck einer Feststellung, was Recht oder Unrecht ist.<sup>7</sup>

## 2 Unterschiedliche Funktionen der Entscheidungsbegründung

Die vorstehende Beurteilung stellt sich jedoch bereits anders dar, wenn man die ratio legis des Begründungserfordernisses in die Betrachtung einbezieht. Denn ihre Grundlage finden diese prozessualen Vorschriften in dem aus Art. 3 Abs. 1 GG gewonnenen Maßstab<sup>8</sup> des verfassungsrechtlichen Willkürverbots, das gerade für die Dritte Gewalt Geltung beansprucht.<sup>9</sup> Es verlangt mit Rücksicht auf die verfassungsrechtliche Gebundenheit des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) eine Begründung, „jedenfalls dann und insoweit, als von dem eindeutigen Wortlaut einer Rechtsnorm abgewichen werden soll und der Grund hierfür sich nicht schon eindeutig aus den den Beteiligten bekannten oder für sie ohne weiteres erkennbaren Besonderheiten des Falles ergibt.“<sup>10</sup>

Daran ist zunächst einmal einsichtig, dass die richterliche Begründung zwar die Rechtsgrundlagen zitieren muss, auf die das Gericht seine Entscheidung stützt, dass aber diejenigen Tatbestandsvoraussetzungen, die tatsächlich oder rechtlich offensichtlich vorliegen oder unter den Beteiligten unstreitig sind, in der Begründung nicht umständlich erläutert werden müssen. Soweit jedoch darüber hinaus zwischen den Beteiligten über das Vorliegen einzelner Tatbestandsmerkmale gestritten wird, hat sich das Gericht in seiner Urteilsbegründung zu positionieren und zu erklären, aus welchen Gründen es welcher Ansicht folgt. Auch insoweit sind umfangreiche

<sup>5</sup> BeckOK VwGO/*Lambiris*, Stand 07/20, § 117 Rn. 18.

<sup>6</sup> § 313 III ZPO findet auch sinngemäße Anwendung im arbeitsgerichtlichen Prozess, vgl. § 46 II 1 ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz) sowie im Verfahren vor den Sozialgerichten, vgl. §§ 128 I 2, 202 SGG (Sozialgerichtsgesetz).

<sup>7</sup> Vgl. Eyermann/*Kraft*, 15. Aufl. 2019, VwGO § 117 Rn. 19; Schoch/Schneider/*Clausing/Kimmel*, VwGO, 39. EL 2020, 117 Rn. 18.

<sup>8</sup> BVerfGE 58, 163 (167 f.).

<sup>9</sup> BVerwG, NVwZ 1993, 975 (976).

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 1987, 1619 (1620).

Zitate des wissenschaftlichen Schrifttums zwar grundsätzlich ebenso entbehrlich wie Bezugnahmen auf andere Gerichtsentscheidungen,<sup>11</sup> aber wenn sich die Prozessbeteiligten zuvor in ihren Schriftsätzen abweichende Meinungen in der Literatur zu eigen gemacht und näher dargelegt haben, wird ein sachliches Eingehen hierauf auch in der Urteilsbegründung zu erwarten sein. Das gilt erst recht, wenn es sich um eine in der Literatur umstrittene Rechtsfrage handelt, die für die jeweilige Entscheidung maßgeblich ist,<sup>12</sup> oder wenn das erkennende Gericht von einer bislang gefestigten Rechtsauffassung abweicht und sich einer in der Literatur vertretenen Ansicht anschließen will.<sup>13</sup> Gerade dann muss es belegen, dass es sich bei der geänderten Rechtsansicht nicht um eine bloße willkürliche Laune des Gerichts handelt, sondern seine neue Rechtsüberzeugung auf nachvollziehbare Argumente aus dem Schrifttum stützt. Denn die Gerichte erfüllen die Rationalitätserwartungen, die ihren Entscheidungen legitimerweise entgegengebracht werden, nur, indem sie Abweichungen von der allgemeinen Rechtsprechungslinie oder ihre Entscheidung in den von der Literatur kontrovers beurteilten Fragen mit wissenschaftlichen Argumenten unterfüttern.<sup>14</sup>

Die solchermaßen skizzierte unterschiedliche Intensität der Entscheidungs begründung und eines eventuellen Rekurses auf die Literatur ist durch die Funktion des Begründungserfordernisses bedingt. Insoweit sind über alle Rechtswege hinweg drei Aspekte<sup>15</sup> zu unterscheiden:<sup>16</sup>

- Die Primärfunktion der Urteilsbegründung besteht darin, bei den am Rechtsstreit Beteiligten eine Akzeptanz der Entscheidung zu erreichen, die als sachliche Einsicht in die Entscheidung über die bloße Anerkennung der staatlichen Autorität des richterlichen Rechtspruchs hinausgeht.<sup>17</sup> Diese Informationsfunktion der Begründung stellt damit letztlich das rechtsstaatlich notwendige Korrelat zur Einschätzungsprärogative des Richters her.

- Die zweite Funktion der Begründung liegt in ihrer Bedeutung für die der Wahrung und Verteidigung der Rechte. Das ist ebenfalls eine rechtsstaatliche Dimension der Begründung. Nur wenn der unterlegenen Partei vor Augen geführt wird, aus

<sup>11</sup> MüKoZPO/*Musielak*, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 313 Rn. 15; *Musielak/Voit/Musielak*, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 313 Rn. 11; *Saenger/Saenger*, ZPO, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 33.

<sup>12</sup> BVerfG, NJW-RR 1995, 1033 (1034).

<sup>13</sup> MüKoZPO/*Musielak* ZPO, 6. Aufl. 2020, § 313 Rn. 15.

<sup>14</sup> So zum Verhältnis von Staatsgewalt und Wissenschaft bei Risikoentscheidungen *Gärditz*, FAZ v. 18.03.2021, S. 11.

<sup>15</sup> Im Strafprozessrecht tritt wegen des „ne bis in idem“-Grundsatzes hinzu, dass der Tatbestand der schriftlichen Urteilsgründe den Lebenssachverhalt umschreibt, der rechtskräftig abgeurteilt worden ist und damit die Reichweite des Strafklageverbrauchs umgrenzt, vgl. *Karlsruher Kommentar zur StPO/Kuckein/Bartel*, 8. Aufl. 2019, § 267 Rn. 1; *Münchener Kommentar zur StPO/Wenske*, 2016, § 267 Rn. 31.

<sup>16</sup> Dazu *Kopp/Schenke*, VwGO, § 108 Rn. 30. Entsprechend zu § 267 StPO: *Karlsruher Kommentar zur StPO/Kuckein/Bartel*, 8. Aufl. 2019, § 267 Rn. 1; *MüKoStPO/Wenske*, StPO, 2016, § 267 Rn. 32 ff.

<sup>17</sup> EGMR, NJW 1999, 2429; *Oswald*, NJW 2020, 3701 (3702); *Arz/Gemmer*, JA 2020, 608 (611).



welchen Gründen ihr das Gericht nicht Recht gegeben hat, kann diese Partei die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels verlässlich beurteilen.<sup>18</sup>

- Der dritte Aspekt betrifft die Kontrollfunktion, also die Bedeutung für das Berufungs- oder Revisionsgericht.<sup>19</sup> Nur wenn das Gericht in der Begründung seine tragenden Erwägungen darlegt, wird die nächsthöhere Instanz in die Lage versetzt, die Entscheidungsfindung der Vorinstanz auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Die Begründung muss erkennen lassen, dass die Voraussetzungen der angewendeten Rechtsvorschriften, auf denen die Entscheidung beruht, erfüllt sind oder warum dies nicht der Fall ist.<sup>20</sup>

Aus revisionsrechtlicher Perspektive liegt im Verwaltungsprozessrecht<sup>21</sup> ein absoluter Revisionsgrund vor, wenn eine Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist (§ 138 Nr. 6 VwGO). Dieser in der Praxis kaum denkbaren Nichtbegründung einer Entscheidung hat die Rechtsprechung den Fall gleichgestellt, dass eine Entscheidung so mangelhaft begründet ist, dass die Entscheidungsgründe die Funktionen im vorgenannten Sinne nicht mehr erfüllen können. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Begründung „nicht erkennen lässt, welche Überlegungen für die Entscheidung maßgebend gewesen sind, weil die angeführten Gründe rational nicht nachvollziehbar, sachlich inhaltslos oder sonst wie völlig unzureichend sind.“<sup>22</sup>

### 3 Verpflichtung zur Einbindung rechtswissenschaftlicher Auffassungen im Urteil?

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, warum der deutsche Gesetzgeber den Gerichten zumindest in komplizierten oder atypischen Fällen nicht eine Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen oder gar eine Berücksichtigung der rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse zur Pflicht gemacht hat.

#### 3.1 Konkrete Normenkontrolle als Ausnahmefall

Im Grunde gibt es im deutschen Prozessrecht nur eine Konstellation, in der den Gerichten eine gewissenhafte Auswertung der rechtswissenschaftlichen Literatur zur Pflicht gemacht wird. Es handelt sich dabei um die als sog. „Richtervorlagen“ bezeichneten konkreten Normenkontrollen nach Art. 100 GG. Aber auch hier ergibt sich diese Pflicht nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Grundgesetzes, das nur

---

<sup>18</sup> Stein, JuS 2014, 320. Kurpat, Das Zivilurteil, 8. Aufl. 2017, Rn. 581; Balzer/Walther, Das Urteil im Zivilprozess, 3. Aufl. 2018, Rn. 311.

<sup>19</sup> BeckOK VwGO/Lambiris, Stand: 07/20, § 117 Rn. 18; Schoch/Schneider/Clausing/Kimmel, Stand 7/20, VwGO § 117 Rn. 18; Stein, JuS 2014, 320; Oswald, NJW 2020, 3701 (3702).

<sup>20</sup> Eyermann/Kraft, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 117 Rn. 18.

<sup>21</sup> Entsprechende Vorschriften enthalten die Zivilprozessordnung (§ 547 Nr. 6 ZPO) und die Strafprozessordnung (§ 338 Nr. 7 StPO).

<sup>22</sup> BVerwG, NVwZ 2012, 52 (55); NJW 2003, 1753 (1753 f.).

davon spricht, dass das vorliegende Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig „hält“ (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG). Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Zulässigkeit solcher Vorlagen die strenge Anforderung aufgestellt, in dem Beschluss müsse „die Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Norm näher dargelegt werden. Der Beschluss hat sich eingehend mit der Rechtslage auseinanderzusetzen und dabei die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsauffassungen zu berücksichtigen, die für die Auslegung der zur Prüfung vorgelegten Norm von Bedeutung sind.“<sup>23</sup> Der Grund für diese hohen Anforderungen dürfte darin zu sehen sein, dass das erkennende Gericht mit der Aussetzung des Verfahrens zum Zwecke einer Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht den Verfahrensbeteiligten zunächst einmal eine Entscheidung in der Sache verweigert, obwohl doch der verfassungsrechtliche Justizgewährleistungsanspruch vom Richter verlangt, Verzögerungen des Verfahrens nach Möglichkeit zu vermeiden.<sup>24</sup> Nur durch strenge Zulässigkeitschürden, die eine Hinzuziehung der Erkenntnisse aus der rechtswissenschaftlichen Literatur erfordern, können – so die ratio - Verfahrensverzögerungen durch leichtfertige Richtervorlagen nach Art. 100 GG verhindert werden. Darin schwingt zugleich der Gedanke der Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>25</sup> mit: Der Instanzrichter hat die primäre Aufgabe, nach Wegen zu einer Sach- und Endentscheidung, statt nach solchen zur Anrufung des Verfassungsgerichts zu suchen.

### 3.2 Richterliche Unabhängigkeit als verfassungsrechtliche Grenze

Außerhalb dieses Sonderfalls würde eine gesetzlich statuierte Pflicht zur Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse aber mit der in Art. 97 GG verfassungsrechtlich verankerten richterlichen Unabhängigkeit<sup>26</sup> kollidieren.

Aufgrund seiner sachlichen Unabhängigkeit ist der Richter bei seiner Rechtsprechung frei in der Gesetzesanwendung.<sup>27</sup> Die Frage, ob der zur Entscheidung berufene Richter bzw. das angerufene Gericht die in der Literatur vertretenen Meinungen hinsichtlich einer Rechtsfrage zu seiner Entscheidungsfindung heranzieht, gehört zur konkreten Gesetzesanwendung, sodass der Gesetzgeber hierauf schon aus verfassungsrechtlichen Gründen keinen Einfluss nehmen kann.<sup>28</sup> Diesen Gedanken hat das Bundesverfassungsgericht wie folgt formuliert: „In welchem Umfang ein Gericht für seine Entscheidung eines konkreten Rechtsfalls Rechtsprechung und Literatur heranzieht, bleibt grundsätzlich seinem pflichtgemäßen Ermessen im Rahmen

<sup>23</sup> BVerfGE 79, 240 (273 f.) – ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfGE 76, 100 (104); 78, 1 (5); 86, 71 (77); 92, 277 (312); 97, 49 (60); 121, 108 (117).

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 78, 165 (178).

<sup>25</sup> So die Deutung von *Schlaich/Korloth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 152.

<sup>26</sup> Ausführlich dazu *Bellroth* (in diesem Band).

<sup>27</sup> Maunz/Dürig/*Hillgruber*, GG, Stand 08/20, Art. 97 Rn. 48.

<sup>28</sup> *Redeker*, NVwZ 1992, 713 (715).

der unabhängigen Entscheidungsfindung überlassen. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot liegt nicht schon dann vor, wenn sich das Gericht mit der von einem Verfahrensbeteiligten zitierten Entscheidung eines anderen Gerichts nicht näher befasst, zumal wenn diese nur mit einem Leitsatz veröffentlicht ist und der Verfahrensbeteiligte seinerseits davon absieht, sich mit der für seinen Rechtsstandpunkt vermeintlich günstigen Entscheidung inhaltlich im Einzelnen auseinanderzusetzen.<sup>29</sup> Die im zweiten Satz allein mit Blick auf Rechtsprechungs zitrate ausgesprochene Überlegung deckt sich mit den Feststellung, die bereits oben unter II. zur Intensität eines Rekurses auf wissenschaftliche Literatur getroffen wurde. Vor allem die Primärfunktion der Urteilsbegründung verlangt, dass das Gericht zu erkennen gibt, sich mit den von den Parteien angeführten Argumenten auseinandergesetzt zu haben. Verweisen die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten auf rechtswissenschaftliche Ausarbeitungen, hängt es, wie bei dem Beispiel der vom Bundesverfassungsgericht zitierten Leitsätze davon ab, ob diese Bezugnahme nur beiläufig formal oder inhaltlich elaboriert ist. Nur im letzteren Fall würde die Primärfunktion der Urteilsbegründung ein inhaltliches Eingehen auf die Literaturansicht erfordern.<sup>30</sup>

Aufgrund seiner Unabhängigkeit auch gegenüber der Justiz<sup>31</sup> ist ein Gericht sogar nicht gehalten, bei seiner Auslegung des Rechts einer ansonsten gefestigten Rechtsprechung zu folgen. Als Ausfluss der richterlichen Unabhängigkeit kann es eine eigene Rechtsauffassung entwickeln, selbst wenn die ihm im Rechtszug übergeordneten Spruchkörper in der gleichen Frage zuvor in anderen Verfahren bereits einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen haben.<sup>32</sup> Die hiermit zu Tage tretende Kollision der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) mit der Gleichheit der Gesetzesunterworfenen „vor dem Gesetz“ (Art. 3 Abs. 1 GG), die als Gerechtigkeitspostulat allgemeiner Rechtsanwendungsgleichheit auch im Rechtsstaatsprinzip verwurzelt ist, ist eine verfassungsimmanente Sollbruchstelle.<sup>33</sup> Sie wird in der Praxis durch den Instanzenzug<sup>34</sup> einer praktischen Konkordanz zugeführt. In diesem Sinne folgerichtig ordnen die Prozessordnungen zur Wahrung der Rechtseinheit als Ausnahme (nur) für den Fall der Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung eine Bindung an die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts an (vgl. z.B. § 144 Abs. 6 VwGO<sup>35</sup>).<sup>36</sup>

---

<sup>29</sup> BVerfG, NJW 1987, 2499.

<sup>30</sup> In diesem Sinne auch *Oswald*, NJW 2020, 3701 (3704): Eine Meinung bedarf umso weniger der Begründung, je mehr sie „herrschend“ ist.

<sup>31</sup> Dazu *Bellroth*, Rechtsstaatliche Grundanforderungen einer richterlichen Unabhängigkeit (in diesem Band) II. 2 d).

<sup>32</sup> Zum Sonderfall der Bindung an Entscheidungen des BVerfG, die aber gerade nicht in einem Instanzenzug stehen, vgl. § 31 BVerfGG.

<sup>33</sup> Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, Stand 08/20, Art. 97 Rn. 49.

<sup>34</sup> Auch die rechtsvereinheitlichende Wirkung des Instanzenzugs lässt sich auf das Grundgesetz – Art. 96, 96 GG – zurückführen, vgl. Sachs/*Detterbeck*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 95 Rn. 8 f..

<sup>35</sup> Parallelnormen sind §§ 563 II ZPO; 126 V FGO; 358 I StPO; 96 I 2 ArbGG; 170 V SGG.

<sup>36</sup> Laut BVerfGE 4, 1 (5) ist dies ein „allgemeiner Grundsatz des deutschen Verfahrensrechts“.

Das bedeutet für die vorliegende Fragestellung im Ergebnis aber, dass erst recht die Heranziehung rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse zur Behandlung eines rechtlichen Problems im Rahmen der Urteilsfindung in der freien Entscheidung des erkennenden Gerichts steht.

## 4 Tatsächliche Praxis der deutschen Gerichte

Dieses zunächst ernüchternde Zwischenergebnis einer fehlenden rechtlichen Verpflichtung zur Berücksichtigung von Einsichten der Rechtswissenschaft bei der Urteilsbegründung steht aber im deutlichen Kontrast zu der tatsächlichen Handhabung in der Praxis der deutschen Gerichte. Insoweit zeigt sich, dass zumindest alle Bundesgerichte und innerhalb der unteren Instanzen vor allem die Verwaltungsgerichte zur Absicherung ihrer Entscheidungen in den Urteilsbegründungen regelmäßig auf rechtswissenschaftliche Erkenntnisse Bezug nehmen.

### 4.1 Praxis des Bundesverfassungsgerichts und der Bundesgerichte

Als Ausgangsbefund mag ein Blick auf die Praxis der Bundesgerichte dienen. Bereits eine Auswahl an zufälligen, nicht repräsentativen Stichproben ergibt ein erstaunlich eindeutiges Bild.

#### 4.1.1 *Bundesverfassungsgericht*

Zum Zwecke dieser Untersuchung wurde in einem ersten Schritt die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts betrachtet. Die exponierte Stellung, die dem Bundesverfassungsgericht nach der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zufällt (vgl. Art. 93 f. GG) und die hohe fachliche Reputation und gesellschaftliche Anerkennung, die sich das Gericht im Laufe seines Bestehens durch seine Entscheidungspraxis erarbeitet hat, ließen die Arbeitshypothese zu, dass seine Entscheidungen in besonderem Maße von Bezugnahmen auf rechtswissenschaftliche Erkenntnisse geprägt sind. Immerhin werden Sentenzen des Bundesverfassungsgerichts nicht nur in der Fachpresse, sondern regelmäßig auch in der Öffentlichkeit und Presse mit besonderer Aufmerksamkeit verfolgt und im Nachgang breit diskutiert. Diese besondere mediale Aufmerksamkeit kompensiert den Wegfall der oben<sup>37</sup> genannten Rechtswahrungs- und Kontrollfunktionen von Urteilsbegründungen und verstärkt deren primäre Informationsfunktion. Denn die Begründungslinien in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts richten sich entscheidungspsychologisch längst nicht mehr nur an die im verfassungsgerichtlichen Verfahren unterlegene Partei, sondern zielen auf einen gesamtgesellschaftlichen Diskurs, weil sie stets einer kritischen Reflexion durch Medien und Rechtswissenschaft gewiss sein können.

---

<sup>37</sup> Siehe oben unter II.

Zur Stichprobenanalyse wurde die chronologisch geordnete amtliche Entscheidungssammlung des Gerichts („BVerfGE“) herangezogen. Es wurden zehn aufeinander folgende Entscheidungsbände ausgewertet, namentlich die Bände BVerfGE 131 – 140, die die Entscheidungspraxis im Zeitraum von Mai 2012 bis Juli 2015 abdecken. Mit Blick auf die in diesen Bänden veröffentlichten 122 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist festzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht in 78 Fällen, also in fast 2/3 seiner Entscheidungen, eine (zum Teil sehr intensive) Analyse und Auseinandersetzung mit in der Literatur vertretenen Ansichten anstellt. Innerhalb der restlichen 44 Entscheidungen, die keine Bezugnahme auf die rechtswissenschaftliche Literatur aufweisen, finden sich eine Reihe von einfachen Beschlüssen, die lediglich verfahrensleitenden Charakter haben. Weil in diesen Fällen also gar keine materiell-rechtlichen Aussagen getroffen werden, bestand hier bereits dem Gegenstand nach keine Erforderlichkeit, sich im Rahmen der Urteilsbegründung mit rechtswissenschaftlich relevanten Sachfragen auseinanderzusetzen. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts durch ihre Rolle als letztverbindliche Verfassungsinterpreten inzwischen (insbesondere im Grundrechtsbereich) ein breites Arsenal eigener Sentenzen aus dem Zeitraum seit der Aufnahme ihrer Tätigkeit im Jahre 1951 zur Verfügung steht, auf das sie zur Absicherung ihrer Entscheidungsfindung und zur Herstellung von Kontinuität in der Urteilsbegründung zurückgreifen können.<sup>38</sup> Von dieser Möglichkeit der Selbstreferenz machen die Senate des Bundesverfassungsgerichts auch ausgiebig Gebrauch.

#### 4.1.2 Bundesgerichte

In vergleichbarer Weise wurde auch eine nicht repräsentative, beliebig ausgewählte Stichprobe aus der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) ausgewertet. Die hierzu herangezogenen Bände BVerwGE 143 - 152 decken den Zeitraum von April 2012 bis August 2015 ab. Sie umfassen insgesamt 100 Entscheidungen, von denen 73 Entscheidungen durch eine Bezugnahme auf rechtswissenschaftliche Stimmen gekennzeichnet sind. Gegenüber der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts zeigt der entsprechende Befund beim Bundesverwaltungsgericht also einen höheren Wert von 2/3 der Entscheidungen, in denen eine Auseinandersetzung mit rechtswissenschaftlichen Erkenntnissen stattfindet. Als denkbare Erklärungshypothese könnte angenommen werden, dass anders als bei dem auf die Entscheidung in Verfassungsfragen beschränkten Bundesverfassungsgericht die dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung überantwortete Breite des gesamten Verwaltungsrechts häufiger zur Befassung mit neuen Rechtsfragen führt, für die das Gericht auf keine eigene gefestigte

---

<sup>38</sup> Anschaulich zusammengetragen im Loseblattwerk *BVerfG (Hrsg)/Graßhof (Bearb.)*, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Stand 12/20.

Rechtsprechung zurückgreifen kann. Bei der Begründung der eigenen Entscheidungsfindung kann eine spruchkörperexterne argumentative Absicherung dann nur durch einen Rekurs auf die in der Rechtswissenschaft zu diesen Fragen geäußerten Ansichten erfolgen.

Erstaunlicherweise hat eine Auswertung von ebenfalls zehn Bänden der amtlichen Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen (BGHZ) einen sogar noch höheren Wert ergeben. Das überrascht insofern, als die durchschnittliche Länge der abgedruckten Entscheidungen hinter denen des Bundesverwaltungsgerichts zurückbleibt und insofern schon statistisch weniger Raum zur Befassung mit wissenschaftlichem Schrifttum zur Verfügung steht. Dennoch kam die ebenfalls beliebig ausgewählte und daher nicht repräsentative Stichprobe aus den Bänden BGHZ 210 – 219 (das deckt den Zeitraum von April 2016 Mai 2018 ab) bei insgesamt 256 Entscheidungen zu der Feststellung, dass in 246 von ihnen Literaturzitate enthalten sind. Das sind 96 % aller dort veröffentlichten Entscheidungen! Dieser Befund überrascht insofern, als bei den unteren Instanzen gerade nicht die Zivilgerichtsbarkeit, sondern die Verwaltungsgerichtsbarkeit in dem Ruf steht, durch eine zu wissenschaftliche Arbeitsmethodik einen raschen gerichtlichen Rechtsschutz zu verhindern.

## 4.2 Praxis der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Einer der prominentesten Kritiker dieser verwaltungsgerichtlichen Praxis war der 2013 verstorbene Rechtsanwalt Konrad Redeker. Sein Ausgangsbefund bildet die Beobachtung, dass vor allem die unteren Verwaltungsgerichte sich im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung und in Bezug auf aufgeworfene Rechtsfragen innerhalb der Urteilsbegründung häufiger und ausführlicher als andere Gerichte mit Literaturmeinungen auseinandersetzen bzw. auf diese zurückgreifen. Der Grund hierfür mag neben der schon in Ansehung des BVerwG benannten Breite des Verwaltungsrechts<sup>39</sup> darin gesehen werden, dass verwaltungsgerichtliche Urteile oftmals weittragende präjudizielle Wirkung zeitigen, was eine eingehende und gründliche Prüfung der Rechtslage erfordert, die nicht selten eine wissenschaftliche Vertiefung impliziert.<sup>40</sup> Allerdings führt die ausführliche Behandlung der einzelnen Rechtsfragen im jeweiligen Fall dazu, dass die Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren stetig zunimmt.<sup>41</sup> Hieran knüpft die Kritik von Redeker an, der den Verwaltungsgerichten „Intellektualismus“ vorwirft und beanstandet, dass fast jede rechtliche Fragestellung „als Appel an den intellektuellen Scharfsinn angesehen und dementsprechend von Anfang an behandelt“ wird. Durch die Anreicherung der Urteilsgründe mit Zitaten und Belegstellen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur würden oftmals einzelne Fragen

<sup>39</sup> Vgl. oben IV. 1. b).

<sup>40</sup> Redeker/v.Oertzen/M. Redeker, VwGO, 16. Aufl. 2014, VwGO § 117 Rn. 6.

<sup>41</sup> Zur überlangen Verfahrensdauer von gerichtlichen Verfahren in Deutschland als strukturelles Problem im Hinblick auf Art. 6 EMRK vgl. EGMR, NJW 2010, 3355 ff.

des Verfahrens zu einer wissenschaftlichen Arbeit stilisiert. Dabei gerade aus dem Blickfeld, dass Urteile grundsätzlich der Herstellung des Rechtsfriedens dienen und daher für die Beteiligten des Verfahrens und „nicht für die Vereinigung der Staatsrechtslehrer geschrieben“ werden müssten<sup>42</sup>

Diese Kritik ist sicherlich sehr zugespitzt, weil sie weitere mögliche Faktoren für eine überlange Verfahrensdauer (u.a. Komplexität und hohe Änderungsintervalle des materiellen Rechts, überzogenes Rechtsschutzverständnis)<sup>43</sup> bewusst ausblendet, aber ungeachtet ihrer sachlichen Berechtigung ist sie doch ein gutes Indiz für den empirischen Befund, dass auch die Instanzgerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Entscheidungsbegründungen in einem hohen Maß auf Erkenntnisse der Rechtswissenschaft zurückgreifen.

## 5 Gründe der Rezeption rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse durch die Rechtsprechung

Wenn man an diesen Befund anknüpft, wird man festhalten können, dass in Deutschland zwar einerseits keine rechtliche Verpflichtung besteht, in Urteilsbegründungen auf Erkenntnisse der Rechtswissenschaft zurückzugreifen (s.o. III.), dass aber andererseits zumindest in der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts, der Bundesgerichte und der gesamten Verwaltungsgerichtsbarkeit genau ein solcher Rückgriff auf wissenschaftliche Diskurse regelmäßig stattfindet (s.o. IV). Auf diese Weise leistet die Rechtswissenschaft also einen erheblichen Beitrag zur Entscheidungsfindung und -begründung durch die Gerichte. Wagt man einen Deutungsversuch und fragt danach, welche Gründe hierfür ausschlaggebend sind, so dürften zwei Aspekte eine entscheidende Rolle spielen: Die durch Wissenschaftlichkeit und Richterbildfixierung geprägte Juristenausbildung sowie die rechtswissenschaftliche Publikationskultur in Deutschland.

### 5.1 Breite rechtswissenschaftliche Publikationskultur als Gelingensvoraussetzung

Um mit Letzterem zu beginnen: Eine grundlegende Gelingensvoraussetzung der Rezeption rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse durch die Gerichte ist die ausreichende Publikation wissenschaftlicher Ergebnisse. Diese rechtswissenschaftliche Publikationskultur ist in Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern besonders gut ausgeprägt. Das gilt nicht nur in quantitativer Hinsicht – die Anzahl juristischer Fachzeitschriften mit wissenschaftlichem Anspruch zu allen erdenklichen Teilrechtsgebieten ist Legion<sup>44</sup> –, sondern auch in qualitativer Hinsicht. In der deutschen

---

<sup>42</sup> K. Redeker, NVwZ 1992, 713, 715.

<sup>43</sup> Dazu Mann, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6.

<sup>44</sup> Einen Überblick bieten bereits die umfangreichen Empfehlungen für Abkürzungen von Zeitschriften bei Kirchner (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl. 2018, unter 2. Teil Kap. 3.

Rechtswissenschaft hat sich eine Bandbreite von Literaturgattungen etabliert, die in anderen Ländern, insbesondere der Ukraine, nicht verfügbar ist.

Besonders hervorzuheben ist insoweit die Literaturgattung des Kommentars, den man als Gattung zwar auch in Ländern mit romanischer Tradition findet, dort jedoch eine andere Aufgabe erfüllt.<sup>45</sup> Die in Deutschland nicht nur für die zentralen Gesetze, sondern auch für kleine Nebengebiete verfügbaren Kommentare erfüllen eine spezielle Funktion beim Transfer rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse in die Praxis. Gerade in Nischenbereichen des Rechts „bereiten Kommentare den oft wenig durchsichtigen Rechtsstoff in transparenter Weise auf, bringen Normen in einen systematischen Deutungszusammenhang, informieren über ihre Genese und tragen qua Selektion und dogmatischer Durchdringung zur Handhabbarkeit der Gesetze für die Praxis bei.“<sup>46</sup> Die besondere Bedeutung der Kommentarliteratur in der deutschen Rechtswissenschaft<sup>47</sup> hebt auch der Wissenschaftsrat, ein anerkanntes und bedeutsames wissenschaftspolitisches Beratungsgremium, in seinem Gutachten zur Situation der Jurisprudenz in Deutschland hervor: „Die in der Regel von Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern für die juristische Praxis verfassten Kommentare weisen ein unterschiedliches Niveau auf. [...] Auch für manche Großkommentare der anderen Teilrechtsgebiete gilt, dass sie nicht nur vom Umfang, sondern auch von der inhaltlichen Qualität her viele Monographien einschließlich der Qualifikationsschriften an sachlicher Breite und analytischer Tiefe übertreffen. In der Kommentarliteratur erfolgt vor allem in den so genannten „Vorbemerkungen“ zu einzelnen Abschnitten und Titeln des kommentierten Gesetzes auf oftmals hohem Niveau eine grundsätzliche Struktur- und Prinzipienbildung.“<sup>48</sup> Innerhalb der rechtswissenschaftlichen Literatur bildet also insbesondere das Publikationsformat des Kommentars eine Brückenfunktion für die Kommunikation von Wissenschaft und Praxis, weil sie die Dokumentation wissenschaftlicher Erkenntnisfortschritte am Aufbau und der Paragraphenfolge der Gesetze anwenderorientiert kontinuierlich zur Verfügung stellt.

Mag also die Grundvoraussetzung einer funktionierenden und auf aktuellem Stand befindlichen Infrastruktur zur Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse in die Praxis in Deutschland besonders ausgeprägt vorhanden sein, so erklärt das doch noch nicht, warum die Gerichte hiervon besonders häufig Gebrauch machen. Die Ursache hierfür wird in der Juristenausbildung zu finden sein.

---

<sup>45</sup> In Frankreich, Spanien und Italien bereiten Kommentare zumeist nur nach Art eines Registers die zu einzelnen Vorschriften ergangene Rechtsprechung auf, ohne dass die Autoren daneben eine eigene Systembildung verfolgen oder eigene Stellungnahmen zu strittigen Lösungswegen präsentieren, vgl. *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, S. 67 Fn. 47.

<sup>46</sup> *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, S. 16.

<sup>47</sup> Zur Bedeutung der Kommentarliteratur in der Ausbildung s. *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 120 ff.

<sup>48</sup> *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, S. 67.



## 5.2 Wissenschaftlichkeit und Richterbild

Die an dieser Institutspartnerschaft beteiligten Wissenschaftler haben bereits in einem früheren gemeinsamen Forschungsprojekt signifikante Unterschiede zwischen der Juristenausbildung in Deutschland und der Ukraine herausgearbeitet.<sup>49</sup> Als besonderes Kennzeichen der deutschen Juristenausbildung, auch im gesamteuropäischen Vergleich, gilt die wissenschaftliche Ausbildung anhand der Fallmethode. Den Studierenden wird nicht allein die Kenntnis rechtswissenschaftlicher Diskurse abverlangt, sondern sie werden von Beginn ihres Studiums damit konfrontiert, dieses Wissen auf praktische Fälle anzuwenden, indem sie diese aus der Richterperspektive einer methodisch geordneten Lösung zuführen. Insoweit unterscheidet sich ein rechtswissenschaftliches Studium von der Rechtskunde dadurch, dass letztere aus einem deskriptiven Ansatz heraus lediglich beschreibt, was in der Praxis geschieht, während sich die Rechtswissenschaft innovativ um die Erarbeitung von Maßstäben bemüht, nach denen sich die Praxis richten soll. Als Ergebnis der Fallmethode lernen die Studierenden der Rechtswissenschaft in Deutschland einen methodischen Ansatz, der stets darauf gerichtet ist, Lösungsvorschläge für eine lebensnahe Rechtsanwendung unter Bezugnahme auf Erkenntnisse der Wissenschaft zu unterbreiten. Diese Fertigkeit wird insbesondere mit dem Ausbildungsinstrument der Hausarbeiten eingeübt, in denen von den Studierenden verlangt wird, einen praktischen Rechtsfall nach wissenschaftlicher Methode zu lösen, d.h. in Auseinandersetzung mit den zu den jeweiligen Problemen in der Literatur diskutierten Rechtsansichten und durch präzisen Nachweis der herangezogenen Quellen in den Fußnoten.<sup>50</sup>

### 5.2.1 *Einsicht in die rationalitätsfördernde und legitimatorische Wirkung von Rechtswissenschaft*

Diese in der deutschen Juristenausbildung stetig eingeübte Interdependenz von Wissenschaft und Praxisbezug hat zur Folge, dass den Studierenden die Rückkopplung ihrer Entscheidungen an die Legitimationskraft wissenschaftlicher Ergebnisse (insbesondere an die „herrschende Meinung“) von Beginn ihres Studiums gleichsam als Zeichen besonderer juristischer Sorgfalt gilt. Sie lernen, dass eine Bezugnahme auf Argumente aus „der Literatur“ eine höhere Richtigkeitsgewähr ihrer Entscheidungen generieren kann<sup>51</sup> und dass es immer auch gute Argumente für eine Gegenansicht gibt. Die juristische Ausbildung akzeptiert den Antwortspielraum<sup>52</sup> der Studierenden und honoriert die sorgfältige Auseinandersetzung mit gegenläufigen Argu-

---

<sup>49</sup> Vgl. die diversen Beiträge in *Mann* (Hrsg.), *Europäisierung der ukrainischen Juristenausbildung*, 2016.

<sup>50</sup> Ausführlich zu wissenschaftlichem Vorgehen in Hausarbeiten *Mann*, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, 5. Aufl. 2015, Rn. 292 ff.; Th. M. *Möllers*, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 10. Aufl. 2021, Rn. 486 ff.

<sup>51</sup> So ausdrücklich für Urteilsbegründungen *Oswald*, *NJW* 2020, 3701 (3704).

<sup>52</sup> BVerfGE 84, 34 (55); 84, 59 (79).

mentationssträngen. Insoweit gilt die prüfungsrechtliche Mahnung des Bundesverfassungsgerichts, dass „eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung [...] nicht als falsch gewertet werden“ darf<sup>53</sup> in der Juristenausbildung in besonderem Maße. Was aber vertretbar ist, wird maßgeblich vom Stand des wissenschaftlichen Diskurses geprägt.

Diese Überzeugung von der rationalitätsfördernden und entscheidungslegitimierenden Wirkung einer Einbeziehung des in der wissenschaftlichen Literatur vertretenen Meinungsstandes ist gleichsam Gemeingut aller examinieren Juristen in Deutschland. Denn durch das in der deutschen Juristenausbildung seit jeher verfolgte Ausbildungsziel des sog. Volljuristen unterliegen alle Juristen, gleich welchen Beruf sie später ausüben, denselben Ausbildungsanforderungen. Insofern eint sie die Einsicht, dass die Bezugnahme auf den Meinungsstand in der Rechtswissenschaft sowohl ein probates Erkenntnisinstrument bei der Entscheidungsfindung als auch ein rationalitätsförderndes Argument bei der Entscheidungsbegründung sein kann. Daher ist es auch nicht unüblich, dass nicht nur die Richterschaft in den Urteilsbegründungen, sondern auch die Anwaltschaft in ihren prozessrechtlichen Schriftsätzen über rechtswissenschaftliche Ansichten reflektiert und auf entsprechende literarische Äußerungen verweist. Damit bieten die Verfahrensbeteiligten den Gerichten Argumentationshilfe an und können im Gegenzug ein – je nach Intensität des Vortrags abgestuftes – Eingehen der Urteilsbegründung auf diese Thesen erwarten (s.o. III. 2)

### 5.2.2 *Rechtswissenschaft als Beitrag zur Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit von Urteilen*

Ein zweiter Gesichtspunkt tritt hinzu: Die vorerwähnte Falllösungsmethode ist keine intuitive Technik, sondern sie unterliegt als rechtswissenschaftliche Arbeitstechnik einer strengen formalen Strukturierung, der sog. Gutachtentechnik. Ihre innere Logik folgt der sog. konstruktiven Methode,<sup>54</sup> die ausgehend von der Identifikation normativer Spezialitäts- und Exemptionsverhältnisse sowie logischer Vorrangverhältnisse die relevanten gesetzlichen Tatbestandsmerkmale in stringenter, Abschweifungen vermeidender Gedankenführung der Reihe nach seziert und unter Anwendung des Kanons der seit Savigny anerkannten rechtswissenschaftlichen Auslegungselemente (historische, systematische, teleologische Interpretation)<sup>55</sup> einer Interpretation zuführt. Dadurch können problematische Punkte, die eventuell einer rechtswissenschaftlichen Vertiefung bedürfen, exakt lokalisiert und einer abschließenden Subsumtion zugeführt werden, die den Regeln des syllogistischen Schlusses<sup>56</sup> folgt.

<sup>53</sup> BVerfGE 84, 34 (55).

<sup>54</sup> Näher dazu Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 195 ff.

<sup>55</sup> Ausführlich dazu Pötters, JA 2010, 566 (568 ff.); Mann, ebda., Rn. 230 ff.

<sup>56</sup> Dazu Bäcker, JuS 2019, 321 f.; Mann, ebda., Rn. 248 ff.; Jochum, JuS 2013, 586 (589).

Weil diese rechtswissenschaftlich fundierte methodische Basis das Denken sämtlicher in Deutschland ausgebildeter Juristen prägt, ist sie unausgesprochene Grundlage ihrer Fachkommunikation. Sie bildet im Rahmen der sog. Relationstechnik den ersten Schritt auf dem Weg zur Urteilsfindung.<sup>57</sup> Sie äußert sich etwa darin, dass Gerichte in ihren Urteilsbegründungen Aussagen zu möglicherweise umstrittenen Tatbestandsmerkmalen „dahinstehen lassen“ oder „offenlassen“ können, wenn andere Merkmale, die von allen beteiligten Juristen unschwer als kumulative Tatbestandsmerkmale<sup>58</sup> identifiziert werden können, bereits nicht erfüllt sind. Damit ist die Rechtswissenschaft selbst dann, wenn keine ausdrücklichen Zitate wissenschaftlicher Lehrmeinungen erfolgen, dennoch von Bedeutung für die Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung. Denn die identische rechtswissenschaftliche methodische Schulung aller Juristen macht eine Identifizierung und Lokalisierung der neuralgischen Problempunkte eines Rechtsstreits bereits im Vorfeld der Entscheidung möglich. Das wiederum versetzt die beteiligten Anwälte in die Lage, dem Gericht einen problemfokussierten und damit sachlich zielführenden Parteivortrag zu unterbreiten. Zudem werden dadurch die gerichtlichen Urteile in ihrer formalen Gedankenführung berechenbar, weil regelmäßig schon vorab deutlich wird, bei welchen Subsumtionsvorgängen des Gerichts sich der Ausgang des Rechtsstreits entscheiden wird.

Letztlich dient die Rechtswissenschaft damit mittelbar sämtlichen der vorangehend unter II. genannten Funktionen der Urteilsbegründung: Die Urteilsbegründung erweist sich als Ausfluss der in der Ausbildung erlernten wissenschaftlich strukturierten Methodik, die den Richtern und den am Verfahren beteiligten Rechtsanwälten gemeinsam ist. Die Fachkommunikation nach den Regeln dieser juristischen Methodik lässt jeweils den konkreten methodischen Standort erkennen, an dem die Argumentationen des Gerichts relevant wird. Das dient nicht nur dem systematischen Verständnis der Urteilsgründe (Informationsfunktion), sondern lässt auch die das Urteil tragenden Weichenstellungen erkennen, an denen Rechtsmittel (Verteidigungsfunktion) oder die nächsthöhere Instanz (Kontrollfunktion) bei ihrer Kritik methodisch anzusetzen haben.

## 6 Fazit

Der die Grundunterscheidungen der Systemtheorie durchbrechende „Mechanismus struktureller Kopplung“ findet ein gutes Referenzfeld im Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung. Wenngleich die grundgesetzlich garantierte Unabhängigkeit der Richter einer Verpflichtung zur Berücksichtigung rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse grundsätzlich entgegensteht, rekurren deutsche Gerichte vergleichsweise häufig auf rechtswissenschaftliche Stellungnahmen, um die an die

<sup>57</sup> Vgl. zur Relationstechnik zuletzt *Arz/Gemmer*, JA 2020, 608 ff.

<sup>58</sup> Zur Unterscheidung zwischen alternativen und kumulativen Tatbestandsmerkmalen s. *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 249 f.

Rechtsprechung gerichteten Rationalitätserwartungen zu erfüllen und ihren Urteilsbegründungen eine höhere Überzeugungskraft zu verleihen. Als Grund für diese besondere rechtskulturelle Eigenart konnten die ausgeprägte Wissenschaftsliteratur in Deutschland sowie die richterbildfixierte und methodisch streng rechtswissenschaftlich strukturierte Ausbildung der deutschen Juristen identifiziert werden.

# Die Rolle der Rechtswissenschaft bei Entscheidungsfindung und -begründung

*Prof. Dr. Roman Melnyk*

Das Gesetz ist, wie die Digesten des Justinian feststellen, die Kunst des Guten und die Fähigkeit, jedem Tribut zu zollen<sup>1</sup>. Offensichtlich sollte diese Aufgabe auf allen Ebenen erfüllt werden, wo das Recht existiert, beginnend mit der Gesetzgebung und endend mit der Gesetzesanwendung in Verwaltungs- und/oder Gerichtsverfahren. Es gibt jedoch grundlegende Unterschiede zwischen diesen Rechtsebenen, die es verdienen, erwähnt zu werden. Das Ergebnis der Gesetzgebung ist eine Rechtsnorm, die zum Zeitpunkt ihrer „Geburt“ noch keinen eindeutigen Adressaten hat. Sie enthält eine allgemeine Verhaltensregel (die natürlich fair und ausgewogen sein sollte), die nur irgendwann in der Zukunft unter bestimmten Bedingungen auf eine bestimmte Person oder eine bestimmte Personengruppe angewendet werden wird. Dementsprechend ist es problematisch, den Grad der Integrität und Fairness der neu geschaffenen Norm zu messen, da eine solche Wertung nur allgemein und unpersönlich sein kann. In Anbetracht dessen kann die tatsächliche (echte) Wirkung des Rechts nur auf der Ebene seiner Anwendung beschrieben werden, wenn es einer Vielzahl von Aufgaben gegenübersteht: „das menschliche Verhalten so zu regeln, dass sichergestellt ist, dass die Vorteile (Werte, Nutzen) und Belastungen (Ausgaben, Verpflichtungen, Verbindlichkeiten) gerecht verteilt wurden; widersprüchliche Interessen würden in einer Reihenfolge erfüllt, die ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung

---

<sup>1</sup> Дигесты Юстиниана // [https://www.gumer.info/bibliotek\\_Buks/Pravo/digest/index.php](https://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/index.php).

angemessen war; Diejenigen, die strafbare Handlungen begehen, erhalten eine angemessene Vergeltung, damit bei der Lösung von Konflikten, die in der Gesellschaft entstehen, Gerechtigkeit herrscht. Neben den Anforderungen zur Schaffung und Gewährleistung von Gerechtigkeit gibt es Bedürfnisse nach Rechtssicherheit und einer optimalen, angemessenen Befriedigung berechtigter Interessen<sup>2</sup>.

## 1 Rechtswissenschaftliche Veröffentlichungen als notwendige Voraussetzung für die Meinungsbildung

Die oben genannten Aufgaben werden hauptsächlich auf der Ebene der Anwendung des Gesetzes durch Gerichte (Richter) bei der Lösung der ihnen zugewiesenen Fälle ausgeführt. Innerhalb dieser Art der Rechtsanwendung muss der Richter eine faire Lösung im allgemeinen Wortlaut der Rechtsnorm finden. Ich möchte darauf hinweisen, dass das Erfordernis, dass Richter eine faire Entscheidung treffen müssen, in einer Reihe internationaler Rechtsakte formuliert ist, die die Grundlage für die Organisation und die Tätigkeit der Justiz legen, insbesondere in den Bangalore-Prinzipien des Verhaltens der Richter<sup>3</sup>, den Grundprinzipien der Unabhängigkeit der Justizorgane<sup>4</sup>, der Stellungnahme Nr. 3 (2002) des Beirats der europäischen Richter zu den Grundsätzen und Regeln für das berufliche Verhalten von Richtern, insbesondere zu Ethik, Unvereinbarkeit und Unparteilichkeit<sup>5</sup> und dergleichen. Manchmal ist es jedoch schwierig, die Aufgabe des Findens einer fairen Entscheidung zu erfüllen, da folgende Gegebenheiten anzutreffen sind:

- Die Rechtsnorm, auf deren Grundlage der Fall entschieden wird, kann inhaltlich veraltet, jedoch zum Zeitpunkt des Falles immer noch gültig sein. Beispielsweise ist in der Ukraine heute eine Reihe von Kodizes in Kraft geblieben, die während des Bestehens der UdSSR verabschiedet waren. Einer davon ist der Kodex der Ukraine für Verwaltungsverstöße<sup>6</sup> (Annahme 1984). Dieser Kodex wurde natürlich geändert, einige seiner Bestimmungen sind außer Kraft gesetzt, aber als solcher bleibt er in Kraft. Das Problem ist jedoch, dass die Ideologie dieses Kodex veraltet ist und keine Bestimmungen zur Vorherrschaft des Rechts enthält.

<sup>2</sup> Ципшеліус Р. Методика правозастосування. – К.: ТОВ «ЮСтініан», 2016., с. 25.

<sup>3</sup> Бангалорські принципи поведінки суддів від 19 травня 2006 року, схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 N 2006/23 // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67).

<sup>4</sup> Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_201](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201).

<sup>5</sup> Висновок № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності // <http://www.arbitr.gov.ua>.

<sup>6</sup> Кодекс України про адміністративні проступки // Відомості Верховної Ради Української РСР. 1984. Додаток до № 51. Ст.1122.

Seine bestehenden Normen verzerren den Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz; unvollständig formulierte für die Tätigkeiten von Verwaltungsbehörden können zu Verletzungen der Bürgerrechte führen. In Anbetracht dessen stellt sich die Frage, ob ein Richter eine solche „ideologisch veraltete“ Vorherrschaft des Rechts anzuwenden hätte (sollte) und wenn ja, in welchem Umfang und ob er die gesellschaftlichen Veränderungen zur Zeit des Falles berücksichtigen sollte.

- Das Recht der Ukraine ist durch hohe Instabilität gekennzeichnet, was damit verbunden ist, dass unter anderem allzu häufig Veränderungen der Zuständigkeiten und Staatsfunktionen aus politischen Gründen stattfinden. Ukrainische „Maidans“, systematische Ergänzungen der Verfassung der Ukraine, die die Organisation der Staatsmacht ändern, die Befugnisse des Präsidenten der Ukraine stärken / schwächen usw. Hinzu kommt das „Turbo-Regime“ des ukrainischen Parlaments der 9. Wahlperiode, in dem in den allerersten Arbeitsmonaten 1.490 Gesetzesentwürfe registriert wurden<sup>7</sup>. Infolgedessen ist die ukrainische Gesetzgebung in vielen Fällen inkonsistent, dh es gibt zahlreiche Fälle von Kollisionen zwischen Rechtsnormen, die von den Gerichten in entsprechenden Fällen des bei der Entscheidungsfindung gelöst werden müssen.
- Innerstaatliche Vorschriften, insbesondere solche, die im Rahmen der Anpassung der ukrainischen Gesetzgebung an die EU-Gesetzgebung zunächst gemäß dem Gesetz der Ukraine „Über das nationale Programm der Anpassung der ukrainischen Gesetzgebung an die Gesetzgebung der Europäischen Union“<sup>8</sup> erlassen wurden und anschließend im Rahmen des Assoziierungsabkommens zwischen der Ukraine einerseits und der Europäischen Union, der Europäischen Atomgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits<sup>9</sup> oft mit Termini (Begriffen) gefüllt wurden, die für ukrainische Juristen unverständlich waren und manchmal auch weiterhin sind. Ein solches Schicksal traf beispielsweise Rechtskategorien wie das „Rechtsstaatsprinzip (rule of law)“, „Verwaltungsvertrag“, „Verwaltungsverfahren“ usw. Als Kategorien des westeuropäischen Rechtsraums, die als Ergebnis der Übersetzung

---

<sup>7</sup> «Турборежим» закончился: за время работы Рада приняла лишь 6% от поданных законопроектов // <https://delo.ua/economyandpoliticsinukraine/turborezhim-zakonchilsja-za-vremjaraботы-rada-p-362577/>.

<sup>8</sup> Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України 18 березня 2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 29, Ст. 367.

<sup>9</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони // Офіційний вісник України, 2014, № 75, Ст. 2125.

französischer, englischer oder deutscher Begriffe ins Ukrainische „geboren“ wurden, erweiterten sie einerseits die terminologische Palette des ukrainischen Rechts erheblich und machten andererseits ihre Konkretisierung durch Entwicklung und Auslegung erforderlich, denn ohne diese war deren ordnungsgemäße Anwendung durch die Richter bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung eher unwahrscheinlich.

- Es gibt viele Fälle, in denen das ukrainische Recht nicht alle zur Lösung des einen oder anderen Rechtsproblems erforderlichen Regeln enthält, die Entscheidung über den Fall jedoch auch unter einem solchen lückenhaften Regelregime getroffen werden muss. Ein typisches Beispiel ist die Situation mit dem Fehlen des Gesetzes „Über Verwaltungsverfahren“ in der Ukraine (am Anfang 2020), was natürlich die Tätigkeit von Richtern der Verwaltungsgerichte erheblich erschwert, die auf Ersuchen von privaten Personen die Rechtmäßigkeit (oder die Rechtmäßigkeit der Verweigerung) von Erlassen von Verwaltungsakten prüfen. In solchen Situationen müssen Richter nach den Worten von R. Zippepius „das Recht fortbilden, um eine faire Lösung zu finden. Diese Fortbildung entwickelt und verdeutlicht die Rechtsnorm in Bezug auf diejenigen ihrer Komponenten, zu denen erklärende, hermeneutische Instrumente verschiedene Optionen zum Verständnis bieten, oder solche, die wegen der Gesetzeslücken ergänzt und geklärt werden müssen“<sup>10</sup>.
- Eine unterentwickelte Methodik der Rechtsauslegung kommt hinzu: „Die in Gesetzen verwendeten Begriffe haben eine Reihe von Bedeutungen, sie sind meist mehrdeutig. Angesichts der Mehrdeutigkeit der juristischen Begrifflichkeit besteht eine Notwendigkeit, die Auslegungsmethoden zu bestimmen, die verwendet werden können, um die Bedeutung des einen oder anderen Begriffs zu klären und auch sogar mehr oder weniger verengen“<sup>11</sup>. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt jedoch, dass es äußerst selten vorkommt, dass es Überlegungen zur Auslegung des Rechts, der Wahl geeigneter Auslegungsmethoden und der Begründung in den Entscheidungen gibt.

Es gibt keine allgemein akzeptierte und von allen verwendete juristische Technik der Falllösung. Ohne eine solche Technik ist es unmöglich, „gleiche Lösung der gleichen Fälle und ungleiche für ungleiche Fälle“ zu gewährleisten. „Der Jurist muss eine klare Vorstellung vom Algorithmus der rechtlichen Analyse der praktischen Situation haben. Dieser Prozess darf nicht chaotisch sein, da in diesem Fall die Wahrscheinlichkeit einer fehlerhaften Bewertung sowohl des Wesens der Rechtsfrage (der Streitigkeit) als auch der Aussichten auf eine außergerichtliche oder gerichtliche Lösung

<sup>10</sup> Циппеліус Р. Методика правозастосування. – К.: ТОВ «ВО «Юстініан», 2016, с. 26-27.

<sup>11</sup> Am selben Ort, с. 28.



erheblich zunimmt<sup>12</sup>. Die Aufgabe, eine Technik zur Lösung von Rechtsfällen in der Ukraine zu entwickeln, ist eine der aktuellsten in der gegenwärtigen Bedingungen, wie in der Rechtsliteratur wiederholt betont wurde<sup>13</sup> und wie die bereits unternommen Schritte es wohl bestätigen<sup>14</sup>. Meiner Meinung nach fehlt es jedoch an einer allstaatlichen Entscheidung, dass dieser Technik (vor allem auf Hochschulniveau) einen amtlichen und verpflichtenden Charakter geben würde.

Die oben genannten Probleme und Herausforderungen, die in einigen Fällen den Richtern eine faire Entscheidungsfindung erschweren und in anderen sogar unmöglich machen, werden in ihrer überwältigenden Mehrheit nur auf wissenschaftlich-dogmatischer Ebene gelöst werden können. Mit anderen Worten, ihre Lösung liegt auf der Ebene der Rechtswissenschaft (Doktrin), die die Effizienz der Justiz im Allgemeinen und den Gerechtigkeitsgrad der richterlichen Entscheidungsfindung im Besonderen erheblich steigern kann. In Anbetracht dessen sollte ein besonderes Augenmerk auf die Idee gelegt werden, dass rechtswissenschaftliche Veröffentlichungen die notwendigen Voraussetzungen für die Bildung einer Auffassung (Position) zu einem Rechtsproblem / Rechtsfall schaffen und daher von den Richtern ordnungsgemäß und systematisch verarbeitet werden sollten.

## 2 Die Diskussion von Rechtsmeinungen in den Gründen eines Gerichtsurteils

Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass sowohl Richter der erstinstanzlichen Gerichte als auch des Obersten Gerichtshofs immer noch äußerst selten ihre Rechtsauffassungen als eine Grundlage von Gerichtsentscheidungen benutzen. Diesbezüglich sind meiner Meinung nach die Empfehlungen des Leitfadens für Richter bezeichnend, der der Abfassung einer Gerichtsentscheidung gewidmet ist. Insbesondere schreiben die Verfasser: „Antworten zu Lösungen von praktischen Problemen finden sich häufig in den Arbeiten von Wissenschaftlern. Haben Sie keine Angst, sie

---

<sup>12</sup> Мельник Р., Шаблій О., Шлоер Б. Докорінна реформа юридичної освіти як основна умова утвердження правової державності в Україні // Право України. – 2017. – № 10. – С. 56-65.

<sup>13</sup> Мельник Р.С. Українська юридична освіта як вона є: проблеми та шляхи вирішення // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2013. – Випуск 21. – Ч. 1. – Том 2. – С. 176–180; Біла книга з реформування української юридичної освіти (за матеріалами міжнародної науково-практичної конференції «Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід» / Київ, 21 і 22 листопада 2014 ; Федеральне міністерство освіти і науки Федеративної Республіки Німеччина ; Університет імені Георга Августа м. Геттінгена, юридичний факультет ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет ; Центр німецького права ; Німецько-український правознавчий діалог / Упорядники: Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. – Київ : Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка» ; Панов, 2015., с. 25, 290-291.

<sup>14</sup> Німецька методика права : навчальний посібник / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. – Херсон. : Видавничий дім «Гельветика», 2019. – 136 с.; Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти : навч. посіб. / Б. Шлоер, В. Посдинок, І. Лукач, О. Косілова ; за заг. редакцією Р. Мельника. – Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2020. – 152 с.

zu verwenden und sich sogar auch auf diese zu beziehen“<sup>15</sup>. Der Ausdruck „Haben Sie keine Angst, sie zu verwenden, und beziehen Sie sich sogar darauf im Text ihrer Entscheidung“ zeigt meiner Meinung nach zunächst deutlich die negative Einstellung der Justiz zur Rechtslehre auf (zumindest auf der Ebene ihrer Verwendung bei der Formulierung und Begründung von Gerichtsentscheidungen) und zweitens, dass das Zitieren wissenschaftlicher Arbeiten keine gängige Praxis ist, die den Richtern noch „eingeflößt und geübt“ werden muss.

Es gibt viele Gründe für diesen Zustand. Man kann in der Hinsicht über Folgendes sprechen: das historische Rechtserbe, für das es (zu Sowjetzeiten) absolut untypisch war, in offiziellen Dokumenten auf wissenschaftliche Werke zu verweisen; nicht immer hohe Qualität wissenschaftlicher Arbeiten, was dazu führt, dass Richter eine negative Einstellung zu den Ergebnissen der Wissenschaft haben; Mangel an einheitlichen Standards und Ansätzen für die Gestaltung von Referenzen in den Texten von Gerichtsentscheidungen usw. Meiner Meinung nach besteht das Hauptproblem jedoch darin, dass die Ukraine noch nicht die richtige (moderne) Einstellung zur wissenschaftlichen Lehre und ihrem Platz im System der Rechtsquellen entwickelt hat. Ich werde auf diesen Aspekt näher eingehen.

Bekanntlich hat das ukrainische Rechtssystem viel vom sowjetischen Rechtssystem geerbt, einschließlich der Anziehungskraft (zumindest in den ersten Jahrzehnten nach der Unabhängigkeit) der normativen (oder rechtspositivistischen) Art des Rechtsverständnisses, von dem bekannt ist, dass es auf der Idee basiert, dass das Recht eine Gesamtheit von obligatorischen Verhaltensregeln darstellt, die durch den Staat erlassen oder autorisiert und, wenn notwendig, auch mit Zwang durchgesetzt werden<sup>16</sup>. Zu den charakteristischen Merkmalen dieser Art von Rechtsverständnis gehören:

- Vermengung/Gleichstellung von Gesetz und Recht;
- Ignorieren der inhaltlichen Seite des Gesetzes, seiner (oder einiger seiner Bestimmungen) moralischen Einschätzung;
- Verweigerung jeglicher kreativer Rolle des Richters, indem er ausschließlich zum „Mund des Gesetzes“ reduziert wird, d.h. nur für formale und dogmatische Anwendung zuständig gilt;
- Absolutisierung formal-logischer, dogmatischer Methoden in der theoretischen Rechtsprechung und in der gerichtlichen Argumentation<sup>17</sup>.

Ein solches Rechtsverständnis, diese Auffassung zum Inhalt und dem Zweck der Tätigkeit der Rechtsanwendung hat auch die Formulierung der Bestimmungen der

<sup>15</sup> Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. – К.: «Дрім Арт», 2013., с. 189.

<sup>16</sup> Луцький Р.П. Основні типи праворозуміння // Науковий вісник Ужгородського університету, 2011, Серія Право, Випуск 15, с. 54.

<sup>17</sup> Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015, с. 35.

ukrainischen Rechtsvorschriften beeinflusst, insbesondere der Verfassung der Ukraine, die 1996 verabschiedet wurde. In diesem Fall geht es zum Beispiel um den Wortlaut des Teils 2 des Artikels 6: „Die Organe der Gesetzgebungs-, Exekutiv- und Justizgewalt üben ihre Befugnisse innerhalb der in dieser Verfassung festgelegten Grenzen und in Übereinstimmung mit den Gesetzen der Ukraine aus“ und die Bestimmungen des Teils 2 des Artikels 19: „Staatsbehörden und Organe der örtlichen Selbstverwaltung, ihre beamtete Personen sind verpflichtet, nur auf der Grundlage, innerhalb der Befugnisse und in der von der Verfassung und den Gesetzen der Ukraine vorgeschriebenen Weise zu handeln“<sup>18</sup>.

Gleichzeitig möchte ich auf den Artikel 6 des Gesetzes der Ukraine „Über den Status der Richter“ verweisen, das im Jahr 1992 verabschiedet wurde und bis 2010 in Kraft blieb. Dort heißt es unter anderem, dass „Richter sind zur Einhaltung der Verfassung und Gesetze der Ukraine bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung verpflichtet, um vollständige, umfassende und objektive Lösung von Fällen unter Einhaltung von gesetzlichen Fristen sicherzustellen...“<sup>19</sup>.

So ist aus dem Vorgehenden ersichtlich, dass der Gesetzgeber von den Behörden verlangte und manchmal auch weiterhin verlangt, dass diese bei der Erfüllung ihrer Pflichten ausschließlich von Rechtsakten, konkret: der Verfassung und den Gesetzen des Staates geleitet werden.

Eine der ersten Nachrichte die zeigte, dass in der Ukraine auf der Ebene der professionellen Rechtsgemeinschaft Veränderungen zur Abkehr vom Positivismus und zum Übergang zum Naturrechtstyp begannen, war die Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine im Fall der Zumessung einer milderen Strafe, in der das Gericht vielleicht zum ersten Mal in der jüngsten ukrainischen Rechtsgeschichte darauf hinwies, dass: „das Recht nicht auf die Gesetzgebung als eine ihrer Formen beschränkt ist, sondern auch andere soziale Regulatoren umfasst, einschließlich der Normen der Moral, der Traditionen, Bräuche, usw., die von der Gesellschaft legitimiert und durch das historisch erreichte kulturelle Niveau der Gesellschaft bedingt sind“.

Daraus folgt, dass es neben den Normen der Moral, der Traditionen und Bräuche auch andere Quellen des Rechts geben kann, wie insbesondere das Wort „usw.“ belegt, das vom Gericht bei der Erstellung einer Liste möglicher Formen der Quellen (Manifestation) des Rechts verwendet wurde. Es ist offensichtlich, dass ein solcher Status von der Rechtslehre beansprucht werden kann. Das haben in den letzten Jahren mehrere Rechtswissenschaftler, einschließlich des Autors dieser Zeilen, bereits offensiv eingefordert<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Конституція України // Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30, Ст. 141.

<sup>19</sup> Про статус суддів : Закон України від 15 грудня 1992 р. № 2862-XII // Відомості Верховної Ради України, 1993 р., № 8, Ст. 56.

<sup>20</sup> Карамаліта М. В. Правова доктрина – джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2011. С. 182; Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козіобри. – К.: Ваїте, 2015, с. 165-166; Мельник Р. С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях : навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2018., с. 136 та інші.

In Anbetracht des Vorstehenden stimme ich der Meinung von E. Evgrafova (die, übrigens, zum Zeitpunkt des Abfassens dieses Artikels Richterin ist) nicht zu, die schreibt, dass die Zuordnung der Rechtswissenschaft zu den Rechtsquellen eine offensichtliche Übertreibung darstelle und die Einstellung der Autoren zur Rolle der Rechtswissenschaft romantisiert. Nach ihrer Logik ist zu erkennen, egal ob gewollt oder nicht, „dass die Wissenschaft, die Juristen selbst das Recht sind, also weder seine Anwender noch seine Untertanen. Zweifellos hat die Rechtswissenschaft einen gewissen Einfluss auf die Gesetzgebung, der viel größer sein sollte, und ist einer der Faktoren für die Verbesserung des staatlichen Mechanismus und des Rechtssystems. In diesem Sinne ist die wissenschaftliche Rechtslehre eine Quelle der Gesetzgebung“<sup>21</sup>. Als Kommentar möchte ich nur sagen, dass die Autorin dieser Worte weiterhin auf den Schienen des normativen Rechtsverständnisses steht und nicht darauf achtet, dass sich das Rechtsleben längst verändert hat.

In Anbetracht des oben Dargelegten und der Tatsache, dass heute die Vorherrschaft des Rechts in fast allen Bestimmungen als eines der wichtigsten Prinzipien der Arbeit einer jeden öffentlichen Behörde anerkannt wird und alle das Recht anwendenden Subjekte auf die Notwendigkeit einer unbedingten Achtung der Menschenrechte und die Notwendigkeit ausrichtet, faire Entscheidungen zu finden, sollte meiner Meinung nach, insbesondere die oben erwähnten Art. 6 Abs. 2 und Artikel 19 Abs. 2 der Verfassung der Ukraine geändert werden, um festzulegen, dass die öffentliche Gewalt bei ihren Tätigkeiten nicht nur vom Gesetz, sondern auch vom Recht geleitet wird. Ein solcher Schritt wird zu einer offiziellen Erweiterung des Spektrums der Rechtsquellen in der Ukraine führen, von denen eine die Rechtslehre ist.

### 3 Verpflichtung zur Einbindung rechtswissenschaftlicher Auffassungen im Urteil

Die Positionen von Wissenschaftlern zur Rolle und zum Status der Rechtslehre, die durch die obige Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine gestützt wurden, beeinflussten offenbar den Gesetzgeber, der in den letzten Jahren, insbesondere in der Organisation und der Wahrnehmung der Justiz, begann, die Wissenschaftler und die Rechtslehre zu erwähnen. Dieser Aspekt verdient nähere Betrachtung.

Nach Art. 47 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“<sup>22</sup> wurde innerhalb des Obersten Gerichtshofs ein wissenschaftlicher Beirat (im Folgenden als WBR bezeichnet) eingerichtet, dem hochqualifizierte Fachleute auf dem Gebiet des Rechts angehören, um zu den Aktivitäten des Obersten Gerichtshofs, die wissenschaftliche Unterstützung erfordern, wissenschaftliche

---

<sup>21</sup> Свірафова С. Доктрина у правовій науці і юридичній практиці // Вісник Національної академії правових наук України, 2013, № 2, с. 60.

<sup>22</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII // Відомості Верховної Ради України, 2016, № 31, Ст. 545.

Gutachten zu erstellen. Bei der Ausarbeitung dieser Bestimmung wurde mit der Verordnung des Plenums des Obersten Gerichtshofs vom 2. Februar 2018 Nr. 1 das Reglement des Wissenschaftlichen Beirats des Obersten Gerichtshofs genehmigt, in dem der Status der Mitglieder dieses Rates festgelegt ist. Ihre Befugnisse umfassen:

- Vorbereitung wissenschaftlicher Gutachten zur Auslegung und Anwendung des Rechts;
- Teilnahme an der Ausarbeitung von Entwürfen der Verallgemeinerung der Praxis der Anwendung des materiellen und prozessualen Rechts, um eine einheitliche Rechtsanwendung durch Gerichte bei der Falllösung sicherzustellen;
- vorläufige Annahme von Entwürfen der Verordnungen des Plenums des Obersten Gerichtshofs zu Empfehlungen zur Anwendung der Gesetzgebung der Ukraine in der Arbeit der Gerichte;
- vorläufige Annahme von Gutachtenentwürfen des Plenums des Obersten Gerichtshofs zu Gesetzesentwürfen in Bezug auf die Gerichtsverfassung, die Rechtsprechung, den Status der Richter, die Vollstreckung von Urteilen und andere Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Funktionalität des Justizsystems der Ukraine usw.<sup>23</sup>.
- Einzelne Richter können auch bei WBR-Mitgliedern nach „wissenschaftlicher Unterstützung“ nachfragen. Nach Artikel 347 Teil 7 Verwaltungsgerichtsordnung (im Folgenden - VwGO) wendet sich nach der Übermittlung des Falls zur Verhandlung an die Kammer, die vereinigte Kammer oder die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs der darin bestimmte Berichterstattungsrichter, falls erforderlich, an die zuständigen Experten des Wissenschaftlichen Beirats des Obersten Gerichtshofs nach der Ausarbeitung eines wissenschaftlichen Gutachtens über die Anwendung der entsprechenden Rechtsnorm, was zum Gegenstand der Übermittlung des Falls an die Große Kammer wurde, es sei denn, der Oberste Gerichtshof hat zuvor eine Stellungnahme zum Anwendung der jeweiligen Regel in einem ähnlichen Rechtsverhältnis bereits erhalten<sup>24</sup>.

Darüber hinaus können Mitglieder des WBR an den Sitzungen des Plenums des Obersten Gerichtshofs teilnehmen und sich unter anderem an den Beratungen zu Fragen der Verallgemeinerung der Praxis von materiellen und Verfahrensrechts beteiligen.

Aus dem oben Gesagten geht hervor, dass sich der Oberste Gerichtshof auf die ständige Zusammenarbeit mit Wissenschaftlern konzentriert, um Antworten auf

---

<sup>23</sup> Положення про Науково-консультативну раду при Верховному Суді // [https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud\\_ppn\\_kr/](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud_ppn_kr/).

<sup>24</sup> Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446.

schwierige Fragen sowohl bei der Einzelrechtsanwendung, als auch im Rahmen der Verallgemeinerungen der Rechtspraxis zu finden. Als Mitglied des WBR möchte ich auch darauf hinweisen, dass die von seinen Mitgliedern erstellten wissenschaftlichen Gutachten auch von Richtern der ersten Instanz und der Berufungsinstanz berücksichtigt werden, wenn sie sich auf den Streitgegenstand beziehen, und dies kann deutlich in Entscheidungen in solchen Fällen gesehen werden<sup>25</sup>. Ist dies nicht ein klares Beispiel dafür, wie eine wissenschaftliche Position zu einer Rechtsnorm, der es an Spezifität und Klarheit mangelt, den Richtern ermöglicht, eine faire Lösung für den Fall zu finden? Ich denke, die Antwort hier ist offensichtlich.

Unter Hinweis auf den WBR beim Obersten Gerichtshof kann ich dem Verfassungsgericht der Ukraine nur einen ähnlichen Rat erteilen, der sich meiner Meinung nach im Vergleich zum Rat beim Obersten Gerichtshof noch mehr auf die Rechtslehre orientiert und diese bei der Lösung von Fällen des Verfassungsrechts verwendet. Die Rechtsgrundlage für die Einrichtung dieses Rates stellen Art. 41 des Gesetzes der Ukraine „Über das Verfassungsgericht der Ukraine“<sup>26</sup> und die Verordnung über den Wissenschaftlichen Beirat des Verfassungsgerichts der Ukraine dar, wonach die Mitglieder des Rates unter anderem wissenschaftliche Stellungnahmen zu Fragen abgeben, die die Richter am Gericht in Verfassungsanträgen, Verfassungsbeschwerden und Verfassungsklagen gestellt bekommen<sup>27</sup>.

Zur Bestätigung der obigen Ansicht, dass das Verfassungsgericht der Ukraine in seinen Entscheidungen gerne auf Rechtslehre zurückgreift, zitiere ich eine davon. In Ziffer 4.3 Abs. 2 der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine vom 22. Dezember 2010 (23-рп / 2010) heißt es beispielsweise: „Der im Artikel 14-1 des Kodex verwendete Ausdruck „Eigentümer (Miteigentümer) eines Fahrzeugs“ bedeutet, dass ein solcher Eigentümer (Miteigentümer) sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein kann (Artikel 2, 318 des Zivilgesetzbuchs der Ukraine). Das Verfassungsgericht der Ukraine entscheidet auf der Grundlage des Verfassungsprinzips der Individualisierung der rechtlichen Verantwortung (Artikel 61 Abs. 2 der Verfassung der Ukraine), *der Rechtslehre* (hervorgehoben vom Verfasser)...“<sup>28</sup>. Wie wir sehen können, betrachtet das Verfassungsgericht die Rechtslehre zusammen mit den Verfassungsgrundsätzen als einen der Gründe für eine Entscheidung.

---

<sup>25</sup> Справа про адміністративне правопорушення № 448/1231/17, розглянута 13.12.2017 року суддею Мостиського районного суду Львівської області Білоусом Ю.Б. //

<sup>26</sup> Про Конституційний Суд України : Закон України 13 липня 2017 року № 2136-VIII // Відомості Верховної Ради України, 2017, № 35, Ст. 376.

<sup>27</sup> Положення про Науково-консультативну раду Конституційного Суду України // <http://www.ccu.gov.ua/storinka/polozhennya-pro-naukovo-konsultatyvnu-radu-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny>.

<sup>28</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010 // Офіційний вісник України, 2010, № 101, Ст. 3639.

Wissenschaftliche Unterstützung in Gerichtsverfahren kann auch von den Teilnehmern der Gerichtsverhandlung in Anspruch genommen werden, denen dieses Recht durch Verfahrensregeln gewährt wird. Gemäß Art. 73 Zivilprozessordnung der Ukraine, Art. 69 Verwaltungsgerichtsordnung der Ukraine, Art. 70 Handelsprozessordnung der Ukraine kann ein Rechtsexperte in den Fall einbezogen werden. „Als Rechtsexperte kann eine Person mit einem wissenschaftlichen Abschluss und als anerkannter Spezialist auf dem Gebiet des Rechts einbezogen werden. Die Entscheidung, einen Rechtsexperten zur Teilnahme an dem Fall zuzulassen und seine Meinung der Akte beizufügen, trifft das Gericht. Der Experte ist verpflichtet, vor Gericht auf seine Aufforderung zu erscheinen, vom Gericht gestellte Fragen zu beantworten und Erklärungen abzugeben. In Ermangelung von Einwänden der Parteien des Falles kann der Rechtsexperte per Videokonferenz an der Anhörung teilnehmen. Der Sachverständige zu Rechtsfragen hat das Recht, den Zweck seiner Zuziehung zur Verhandlung vor Gericht zu erfahren, die Teilnahme an der Verhandlung zu verweigern, wenn er nicht über die entsprechenden Kenntnisse verfügt und Anspruch auf Gebühren und Erstattung von Kosten im Zusammenhang mit der Vorladung hat“<sup>29</sup>.

Darüber hinaus haben die Parteien das Recht, dem Gericht die Meinung eines Sachverständigen auf dem Gebiet des Rechts zu unterbreiten: 1) zur Anwendung einer Gesetzesanalogie oder einer Rechtsanalogie; 2) zum Inhalt der Normen des ausländischen Rechts in Übereinstimmung mit ihrer offiziellen oder allgemein anerkannten Auslegung, Praxis und Lehre im jeweiligen ausländischen Staat. Das Gutachten eines Rechtsexperten darf keine Bewertung der Beweismittel, keine Anweisungen zur Zuverlässigkeit oder Ungenauigkeit eines Beweisstücks, zu den Vorteilen einiger Beweisstücke gegenüber anderen und zu einer Entscheidung enthalten, die auf der Grundlage der Ergebnisse der Beweiserhebung im entsprechenden Fall getroffen werden sollten. Das Gutachten des Rechtsexperten ist kein Beweis und hat einen Hilfs- (Beratungs-)charakter, welcher für das Gericht nicht verpflichtend ist. In seiner Entscheidung kann das Gericht das Gutachten eines Rechtsexperten als Informationsquelle heranziehen und muss seine eigenen Schlussfolgerungen zu den relevanten Fragen ziehen<sup>30</sup>.

Bei der Analyse der zitierten Bestimmungen der Verfahrensgesetzbücher möchte ich verschiedene Aspekte betonen:

Erstens ist unklar, warum der Gesetzgeber entschieden hat, dass Rechtsexperten nur zu den beiden oben genannten Gruppen von Fragen Stellungnahmen abgeben

---

<sup>29</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, Ст. 492; Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446; Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, Ст. 56.

<sup>30</sup> Цивільний процесуальний кодекс України (ст. 114, ст. 155) // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, Ст. 492; Кодекс адміністративного судочинства України (ст. 112, ст. 113) // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446; Господарський процесуальний кодекс України (ст. 108, ст. 109) // Відомості Верховної Ради України, 1992, № 6, Ст. 56.

können. Offensichtlich kann die Anwendung des Rechts, die Suche nach einer einschlägigen Norm oder einem Prinzip, das zur Grundlage einer Gerichtsentscheidung hervorgehoben werden kann, nicht auf das Problem der „Anwendung der Gesetzesanalogie oder der Rechtsanalogie“ reduziert werden. Der Sachverständige kann dem Gericht Erläuterungen zum Inhalt bestimmter Rechtskategorien geben, die historischen Aspekte der Bildung bestimmter Begriffe erläutern (was beispielsweise im Zusammenhang mit der historischen Auslegung wichtig ist) und/oder seine Ansichten zum Geltungsbereich einer Rechtsregulierung eines normativen Aktes zum Ausdruck bringen.

Im Zusammenhang damit sollten die zitierten Bestimmungen des Verfahrensrechts, meiner Meinung nach, so formuliert werden, dass das Ausmaß der Erkenntnis, das dem Gericht (dem Richter) vom Sachverständigen übergeben werden kann, nicht begrenzt wird, da die gesamte Rechtslehre und nicht nur ein Teil von ihr Quelle des Rechts ist. Der Bezugspunkt in dieser Hinsicht kann der Wortlaut des Artikels 38 der Charta des Internationalen Gerichtshofs sein, in der es heißt: „Gericht, das zur Beilegung von Streitigkeiten nach internationalem Recht verpflichtet ist, anwendet... d) mit dem in Artikel 59 genannten Vorbehalt Urteile und Lehren der meist qualifizierten Fachleute des öffentlichen Rechts von verschiedenen Nationen als Hilfe bei der Bestimmung von Rechtsnormen“<sup>31</sup>;

Zweitens wirft die Situation Fragen auf, bei der in den Bestimmungen der Strafprozessordnung der Ukraine diejenigen fehlen, welche die Teilnahme von Sachverständigen am Prozess vorsehen. Ein solches Verbot kann, wenn man den Inhalt der vorstehenden Bestimmungen über die Aufgaben des Sachverständigen in Zivil-, Verwaltungs- und Handelsverfahren („Anwendung der Gesetzesanalogie oder der Rechtsanalogie“) betrachtet, wahrscheinlich unter Bezugnahme auf das Strafgesetzbuch der Ukraine<sup>32</sup>, dessen Artikel 3 Teil 4 die Anwendung des Gesetzes über die Anwendung des Strafgesetzes analog sowie auf die in der Wissenschaft noch bestehenden Meinungen über die Unmöglichkeit der Existenz von Analogie im Strafverfahren verbietet, erklärt werden. Wenn die Analogie im Strafverfahren unzulässig sein sollte, warum sollte dann ein Sachverständiger hinzugezogen werden, der aufgefördert wird, die Anwendung der Gesetzesanalogie oder der Rechtsanalogie zu erläutern? Ohne auf dieses Thema einzugehen, möchte ich nur bemerken, dass ich eher diejenigen Autoren unterstütze, die es für möglich und notwendig halten, die Analogie in Strafverfahren anzuwenden<sup>33</sup>. Selbst wenn diese Ansicht nicht geteilt wird, hindert es nichts daran, Rechtsexperten in das Strafverfahren einzubeziehen, um Hunderte von Fragen zu klären, die nicht im Zusammenhang mit der Analogie stehen, aber immer bei dieser Art von Verfahren auftreten. Und wenn der Oberste Gerichtshof die Arbeit einer Gruppe von Wissenschaftlern, die im WBR im Bereich

<sup>31</sup> Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010).

<sup>32</sup> Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст. 131.

<sup>33</sup> Колодова О. В. Допустимість застосування аналогії галузях права // Держава і право. 2009. Вип. 44. С. 60-66.



Strafrecht und Strafverfahren tätig sind, zugelassen und vorgesehen hat, ist es offensichtlich, dass die wissenschaftliche Unterstützung des Strafverfahrens weiterhin erforderlich ist. Und wenn eine solche Unterstützung auf der Ebene des Obersten Gerichtshofs stattfindet, warum dann nicht auf der Ebene des erstinstanzlichen Gerichts? Dies könnte durch die Beteiligung eines Rechtsexperten am Prozess erfolgen. Das Fehlen einer solchen Möglichkeit zusammen mit dem oben Dargelegten führt zu ungleichen Bedingungen für die Teilnehmer verschiedener Arten von Verfahren, was die Frage aufwirft, ob der Gesetzgeber das verfassungsmäßige Gleichbehandlungsprinzip hinsichtlich der Garantien der gleichen Rechte (Gleichheit) allen Verfahrensteilnehmern beachtet.

Die Einbeziehung von Rechtswissenschaftlern in den Prozess der Beantwortung komplexer Fragen bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung erfolgt in der Ukraine auch durch Anfragen von Richtern des Verfassungsgerichts der Ukraine in der Regel an Universitäten und / oder Forschungseinrichtungen, an denen Wissenschaftler tätig sind, mit den Anfragen an die zuständigen Fachkräfte, Antworten auf Fragen des Rechts zu erarbeiten. Gleichzeitig verweisen die Richter auf Punkt 6 des Teils 1 des § 43 der Geschäftsordnung des Verfassungsgerichts der Ukraine, der ihnen das Recht einräumt, sich an wissenschaftliche und Hochschuleinrichtungen zu wenden, um ihre Positionen und wissenschaftliche Ansichten zu Fragen zu klären, die sich in Verfassungsverfahren ergeben<sup>34</sup>. Das Problem solcher Anfragen besteht darin, dass diese nach Stellenbeschreibungen des Universitätspersonals (außerordentliche und ordentliche Professoren, Lehrstuhlleiter, Dekane usw.) nicht verpflichtet sind solche Anfragen zu beantworten, da deren Hauptaufgabe die Lehre ist; Des Weiteren, zahlt das Verfassungsgericht der Ukraine sowie andere Subjekte, die sich mit solchen Anfragen wenden, den Wissenschaftlern für ihre Arbeit nicht, selbst wenn es um die Beantwortung von Fragen geht, die immer äußerst schwierig und manchmal noch dazu politisch gefärbt sind; Zuletzt lässt angesichts der obigen Ausführungen die Qualität der vorbereiteten Antworten auf die Anfragen der Richter häufig (natürlich nicht immer) zu wünschen übrig, da diese Arbeit von den Kollegen als zusätzliche Zwangsarbeitsbelastung angesehen wird, die auf Anweisung der Universitätsleitung durchgeführt wird.

Als ein möglicher Ausweg aus dieser Situation bietet sich die Verabschiedung einer rechtlichen Regelung an, die die Kosten von Expertenarbeiten, aber auch deren Status, Rechte und Pflichten klar bestimmen würde.

Die Bestimmungen der geltenden Gesetzgebung und die Praxis ihrer Umsetzung lassen daher den Schluss zu, dass die Ukraine nun über alle Voraussetzungen und rechtlichen Möglichkeiten verfügt, um die Rechtslehre als Rechtsquelle zu verwenden, die in der Rechtsprechungspraxis von den Richtern verwendet werden sollte, um zu fairen Entscheidungen zu gelangen, sollten aus dem einen oder anderen

---

<sup>34</sup> Про Регламент Конституційного Суду України : Постанова Конституційного Суду України від 22 лютого 2018 року № 1-пс/2018 // Офіційний вісник України, 2018, № 21, Ст. 696.

Grund die herkömmlichen Vorschriften nicht genügend Ressourcen (Potenzial) bieten.

#### **4 Rechtswissenschaft als Beitrag zur Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit von Urteilen**

Wie bereits oben gezeigt, kann die Rechtswissenschaft der Rechtspraxis eine Vielzahl von Hilfestellungen bieten, die unter anderem dazu beitragen sollen, die Vorhersehbarkeit und die Prognostizierbarkeit der Gerichtsentscheidung sicherzustellen. Diese Aufgabe kann unter anderem gelöst werden, indem die Terminologie eingeführt wird, die von allen Beteiligten – den Richtern, den Rechts- und Staatsanwälten sowie anderen Teilnehmern des gerichtlichen Prozesses gleichermaßen wahrgenommen und verstanden wird. Arbeiten an der Terminologie, Formulierung klarer und eindeutiger Definitionen für eine bestimmte Rechtskategorie – gehört zu den Aufgaben der Wissenschaft.

Derzeit findet in der Ukraine die Bildung der Rechtsterminologie auf mehreren Wegen statt.

Der erste ist der postsowjetische Weg. Seine Besonderheit besteht darin, dass die Begriffe, die Kategorien und ihre Interpretationen, die in der Sowjetzeit formuliert wurden, auf die moderne wissenschaftliche Lehre und in die Studienliteratur übertragen werden. Befürworter dieses Ansatzes betonen oft, dass zu jener Zeit viel Nützliches getan wurde, was nicht vergessen werden darf und vorbehaltlich einiger Änderungen unter modernen Bedingungen verwendet werden kann. Die Modernisierung erfolgt entweder durch Aufgabe des Adjektivs „Sowjetisch“ oder durch Ersatz mit einer moderneren Kategorie. Das Obige gilt für Begriffe wie: „Staat“, „Regierung“, „Verwaltung“, „Zwang“ und so weiter.

Den zweiten kann man den ukrainischen Weg nennen. Vertreter dieses Ansatzes sind der Auffassung, dass die Etablierung der Ukraine als unabhängiger, demokratischer und nach Recht regierter Staat mit eigener Verfassung und Gesetzgebung die Wissenschaftler zur Ausarbeitung von nationalen Begriffen verpflichtet oder zumindest zum Ausfüllen mit dem bestehenden nationalen (ukrainischen) Begriffsinhalt. Infolgedessen wurde die ukrainische Doktrin durch Begriffe wie „Subjekt der Hoheitsgewalt“, „örtliche Staatsverwaltungen“, „Militär- und Zivilverwaltung“, „Steuerkompromiss“ usw. angereichert.

Der dritte Weg wird als der proeuropäische genannte. Die Ukraine bewegt sich seit langem auf dem Weg zur europäischen Integration, deren Rechtsgrundlage ursprünglich das Partnerschafts- und Kooperationsabkommen zwischen der Ukraine und den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten<sup>35</sup> war. Im Jahr 2014 wurde es durch das Assoziierungsabkommen zwischen der Ukraine einerseits

---

<sup>35</sup> Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами // Офіційний вісник України. 2006. № 24. Ст. 1794.

und der Europäischen Union, der Europäischen Atomgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits ersetzt<sup>36</sup>, was dazu führte, dass das Rechtssystem der Ukraine mit dem Recht der EU in Einklang gebracht werden musste, und dies wiederum kann nicht erreicht werden, ohne die ukrainische Rechtsterminologie mit der Rechtsterminologie der EU in Einklang zu bringen. Infolgedessen wurde die ukrainische Rechtslehre mit neuen Begriffen gefüllt, die entweder zuvor nicht verwendet wurden oder eine gründliche Überarbeitung ihres Verständnisses erfordern. Beispiele hierfür sind das Verwaltungswirtschaftsrecht, das Polizeirecht, der Verwaltungsakt mit Drittwirkung, das Verwaltungsverfahren usw.

Im Ergebnis wurden die auf diese Weise „geborenen“ Begriffe in die Normentexte eingegliedert, was dann häufig zu einem Zusammenbruch auf der Anwendungsebene führt, da jeder Richter dieselbe Kategorie vollständig anders verstehen kann. Ich demonstriere dies am Beispiel einer Gerichtsentscheidung, die vom Obersten Gerichtshof im Kassationsverfahren getroffen wurde und in der die Bedeutung des Begriffs „Gesetz“ zum „Stolperstein“ wurde.

Entsprechend den Umständen des Einzelfalls wurde Person-2 für schuldig befunden, gegen die Vorschriften betreffend Herstellung, Kauf, Lagerung, Abrechnung, Transport und Verwendung von Schusswaffen, Geräten der heimischen Produktion zum Abfeuern von mit elastischen oder ähnlich mit tödlichen Eigenschaften versehenen Metallhüllen oder genannten Patronen sowie der Munition für Waffen und Sprengstoffe, genehmigt durch die Anordnung des Innenministeriums der Ukraine Nr. 662 vom 21. August 1998 und die vom Ministerkabinett genehmigten Vorschriften über das Genehmigungssystem der Ukraine Nr. 576 vom 12. Oktober 2012 zu verstoßen, indem die erwähnte Person ohne die Erlaubnis des Gesetzes (von mir hervorgehoben – R.M.) in seiner Tasche einen Teleskopschläger (Stock) getragen hatte, der nach dem Gutachten des Experten Nr. 415 vom 3. November 2015 zur kalten Waffe nicht berührungslosen Art mit der Kaltstahl-Schlagzerkleinerung, die auf hausgemachte Weise hergestellt wird, gehört. Die Person-2 wurde gemäß Artikel 263 Abs. 2 StGBU der Ukraine verfolgt und geahndet mit der Freiheitsstrafe für einen Zeitraum von 1 Jahr.

In der Kassationsbeschwerde argumentiert der Rechtsanwalt unter anderem damit, wegen des Fehlens des Gesetzes, das das Verfahren der Erteilung der Erlaubnis zum Tragen von Waffen regeln würde, fehle es in Handlungen der Person-2 am Tatereignis, das vom Abs. 2 des Artikels 263 des StGBU der Ukraine vorgesehen wird.

Bei der Analyse der Beschwerde in diesem Teil stellte der Oberste Gerichtshof fest: „Zu den Argumenten, ... dass in Ermangelung eines Gesetzes in der Ukraine (von mir hervorgehoben – R.M.) für das Verfahren der Erteilung der Erlaubnis zum Tragen von Waffen fehlt in Handlungen der Person-2 am Tatereignis, somit sind sie grundlos, weil die Norm des Artikels 263 des StGBU der Ukraine subsidiär ist und

---

<sup>36</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони // Офіційний вісник України. 2014. № 75. Том 1. Ст. 2125.

zum Verstehen der Illegalität des Umgangs mit Waffen einer Analyse des einschlägigen Gesetzes bedürfe. Dieser Begriff des „Gesetzes“, der vom Gesetzgeber verwendet wird, eine weite Auslegung hat und das geltende Recht insgesamt umfasst, einschließlich der Vorschriften für die objektive Seite der Straftat nach Art. 263 des StGB der Ukraine<sup>37</sup>.

In Bezug auf die Analyse dieser Entscheidung stelle ich fest, dass sich in der ukrainischen Rechtslehre drei der oben genannten Ansätze zum Verständnis der Rechtskategorie vorfinden lassen – der sowjetische, der ukrainische und der proeuropäische Ansatz. Nach dem sowjetischen Ansatz bedeutet Gesetz eine jede vom Staat erlassene normative Handlung<sup>38</sup>; der ukrainische Ansatz besagt, dass nur ein Teil der normativen Rechtsakte, insbesondere der von den Zentralbehörden erlassenen – der Regierung, dem Präsidenten der Ukraine und dem Parlament als Gesetze gelten<sup>39</sup>; der proeuropäische Ansatz verlangt, dass das Gesetz ausschließlich vom Parlament erlassen werden darf<sup>40</sup>.

Das Problem, die optimale Definition der Rechtskategorie des Gesetzes herauszufinden, wird durch die Tatsache erschwert, dass dieser Begriff in der Verfassung der Ukraine wiederholt verwendet wird, wo in Artikel 92 Absatz 1 Nr. 22 festgestellt wird, dass nur die Gesetze der Ukraine die Grundsätze der zivilrechtlichen Verantwortung bestimmen, aber auch Handlungen, bei denen es sich um Straftaten, Verwaltungs- oder Disziplinarverstöße handelt, und die Verantwortung dafür. Dementsprechend stellt sich die Frage, in welchem Gesetz (wenn diese Kategorie durch das Prisma der Typisierung der Arten von Rechtshandlungen betrachtet wird) der subjektive Aspekt des Verbrechens festgelegt werden kann. Es folgt aus dem oben zitierten Urteil des Obersten Gerichts, dass die Richter glauben, dass dies mit einem Gesetzgebungsakt jeder Art vorgenommen werden kann, das heißt vom faktisch niedrigsten Subjekt der Rechtsetzungstätigkeit.

Aus meiner Sicht ist dieser Ansatz falsch und gefährlich, weil es zu zahlreichen Menschenrechtsverletzungen führen kann, denn eine unheimlich große Anzahl von Trägern der öffentlichen Gewalt unter dem Deckmantel des breiten (sowjetischen) Verständnisses der Kategorie des „Gesetzes“ beginnen kann, Rechte der Bürger zu beschränken, Verfahren für ihre Verengung usw. festlegen, indem verschiedene (eigene) Rechtsvorschriften erlassen werden – aller Art Anordnungen, Beschlüsse, Verordnungen usw. Meiner tiefen Überzeugung nach kann der in der Verfassung der Ukraine verwendete Begriff „Gesetz“ nicht sowohl im weiten als auch im engen Sinn

<sup>37</sup> Urteil des Obersten Gerichtshofs in der Rechtssache Nr. 127/27182/15-к // <http://reestr.court.gov.ua/Review/74475834>.

<sup>38</sup> Архипов К. Понятие закона // Советское право. – 1924. – № 2 (8). – с. 41–72.

<sup>39</sup> Siehe: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») // Офіційний вісник України. 1998. № 32. Ст. 1209.

<sup>40</sup> Мельник Р. С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях : навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2018., с. 114.

verwendet werden, wie vom Autorenteam des Lehrbuchs „Allgemeine Rechtstheorie“<sup>41</sup> vorgeschlagen wird. Das Gesetz ist ausschließlich ein Akt des Parlaments! Sich von dieser Position zu entfernen, würde bedeuten, die Prinzipien des Rechtsstaates zu leugnen und sich von den Grundsätzen der Demokratie zu verabschieden. In Anbetracht des Vorstehenden kann ich, auf die zitierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zurückkommend, den Standpunkt der Richter in diesem Punkt nicht teilen.

Abschließend möchte ich in diesem Teil das vollkommen korrekte und plausible Zitat von Professor V. Averyanov wiedergeben, der schrieb, dass die Einführung einheitlicher Begriffe und Termini, um ähnliche Erscheinungen auszudrücken, eine wesentliche Bedeutung für die Verbesserung der Rechtskultur bewirkt<sup>42</sup> und auch meiner eigenen Meinung nach als eine Bedingung für die Gewährleistung der Prognostizierbarkeit und der Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen gilt. Die Lösung des Problems, einheitliche Begriffe und Termini zu finden, sollte natürlich auf staatlicher Ebene gelöst werden, möglicherweise durch die Schaffung einer staatlichen Rechtskommission, der die professionellsten der Fachleute und Wissenschaftler angehören sollten. Die von ihnen entwickelte Terminologie sollte wiederum die Grundlage für die Entwicklung von Vorschriften und die Entscheidungsfindung durch höhere Gerichte bilden.

---

<sup>41</sup> Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015, с. 177.

<sup>42</sup> Аверьянов В.Б. Функции и организационная структура органа государственного управления. К., «Наукова думка», 1979., с. 58.



# Zur Bedeutung richterlicher Auslegungskompetenz

*Ass. iur. Franziska Schnuch, MLE. / Lennart Marquard*

Die Gerichtsbarkeit wirkt als Stabilisator des demokratischen Gemeinwesens, indem sie die Ge- und Verbote der Gesetze im Einzelfall verwirklicht.<sup>1</sup> Zu seiner Funktion als Friedensordnung kann die Gerichtsbarkeit dem Recht jedoch nur dann verhelfen, wenn es gleichheitsstiftend ist.<sup>2</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass Gesetze nicht frei, sondern nach einer rationalen Methode interpretiert werden: der juristischen Methodenlehre.<sup>3</sup>

Ob der Richter<sup>4</sup> hierbei lediglich als Diener oder Mund des Gesetzes fungiert, oder ihm darüber hinaus die Aufgabe eines „Baumeisters der Rechtsordnung“ zukommt, ist immer wieder Gegenstand kontroverser Diskussionen.<sup>5</sup> Im Mittelpunkt dieses Diskurses steht die Frage nach der Rolle der Gerichtsbarkeit im gewaltenteilten Rechtsstaat. Was gehört zu einer „Interpretation“ von Gesetzen? Wie weit gehen die Kompetenzen der Richter als dritte Gewalt? Ist die Kompetenz der Rich-

---

<sup>1</sup> *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2407).

<sup>2</sup> *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).

<sup>3</sup> *Rebhahn*, ZfPW 2016, 281 (282 f.).

<sup>4</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag die Sprachform des generischen Maskulinums angewendet. Es wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die ausschließliche Verwendung der männlichen Form geschlechtsunabhängig verstanden werden soll.

<sup>5</sup> Vgl. beispielsweise einerseits *Rüthers*, JZ 2006, 958 ff.; *ders.*, JZ 2007, 556 (560); andererseits *Hirsch*, JZ 2007, 853 ff.; *Hassemer*, ZRP 2007, 213 ff. sowie differenzierend *Wenzel*, NJW 2008, 345 ff.

ter zur Auslegung und Fortbildung des Rechts eine „gegen den Gesetzgeber gerichtete, usurpierte Macht“, oder vielmehr „Hausgut der 3. Gewalt und Konstruktions-element der Teilung der Gewalten“?<sup>6</sup>

Sich den Antworten auf diese Fragen anzunähern, ist Ziel des folgenden Beitrags.

## 1 Klassische Auslegungskriterien und Quellen der Auslegungseinflüsse

Trotz des Fehlens einer allgemein gültigen „Rechtsprechungstheorie“<sup>7</sup> besteht in Deutschland weitgehend Einigkeit, dass bei der „Interpretation“ der Gesetze durch den Richter zunächst zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterschieden werden muss, sich beide jedoch ergänzen. Rechtsanwendung im engeren Sinn (Auslegung) und die Befugnis zur eigenständigen Rechtsgestaltung (Rechtsfortbildung) sind insofern ineinander übergehende Stufen des Rechtsfindungsverfahrens.<sup>8</sup>

### 1.1 Das Auslegungsziel

Bei der Zielsetzung der Auslegung gibt es in Deutschland im Wesentlichen zwei Ansichten: die objektive und die subjektive Theorie.<sup>9</sup> Grundsätzlich gilt: das Demokratieprinzip determiniert den parlamentarischen Gesetzgeber als diejenige Instanz, deren Wille durch das Gesetz artikuliert wird.

Die subjektive Theorie sieht das vorrangige Ziel der Auslegung darin, den Willen des historischen Gesetzgebers zur Geltung zu bringen. Der Richter, als „denkender Gehilfe“ des Gesetzgebers, habe das Gesetz so zu verstehen und zu interpretieren, wie der Gesetzgeber es seinerzeit, also bei Erlass des Gesetzes, gemeint habe.<sup>10</sup>

Die andere Ansicht, der auch die obersten Bundesgerichte folgen, vertritt die mittlerweile vorherrschende objektive Theorie.<sup>11</sup> Nach dieser ist der Wille des Gesetzes maßgebend und nur ergänzend der Wille des Gesetzgebers heranzuziehen. Das Bundesverfassungsgericht führte hierzu bereits in seinem Urteil vom 21.05.1952 aus:

*„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend*

<sup>6</sup> Hirsch, JZ 2007, 853 (856).

<sup>7</sup> Hierzu kritisch *Wenzel*, NJW 2008, 345 (348 f.).

<sup>8</sup> *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2407); *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 4 Rn. 35; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366.

<sup>9</sup> Zu dem Streit um die Auslegungsziele vgl. BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (129 f.); *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876 f.).

<sup>10</sup> *Muthorst*, JA 2013, 721 (724); *Rüthers*, JZ 2006, 53 ff.

<sup>11</sup> *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 158.



*ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.*<sup>12</sup>

## 1.2 Die Auslegungskriterien

Um die Bedeutung eines Rechtssatzes zu ergründen, werden von den deutschen Gerichten vier klassische Auslegungskriterien, auch Auslegungskanon genannt, herangezogen, die auf *Friedrich Carl von Savigny* zurückgehen.<sup>13</sup> Er unterschied vier „Tätigkeiten, die vereint wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll“.<sup>14</sup> Es sind dies die grammatische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegung, die sich jeweils gegenseitig ergänzen.<sup>15</sup> Darüber hinaus sind bei der Auslegung von Gesetzestexten übergeordnete Rechtsnormen zu berücksichtigen. Dies gilt einerseits für Verfassungsnormen („verfassungskonforme Auslegung“<sup>16</sup>) und andererseits für europarechtliche Vorschriften („unionsrechtskonforme“ oder „richtlinienkonforme Auslegung“<sup>16</sup>).

Im Einzelnen:

### 1.2.1 Die grammatische Interpretation

Wie die Interpretation eines jeden Textes, beginnt auch die Auslegung einer Rechtsnorm mit dessen Wortlaut, der Ergründung des Wortsinns.<sup>17</sup> Mit Hilfe der – auch als grammatische bzw. philologische Auslegung bezeichneten – Methodik wird also ermittelt, welcher Sinn Gesetzesworten zukommen kann, und zwar nach den Sprachgesetzen, d.h. dem Sprachgebrauch der Sprachgemeinschaft und nach der Sprachregelung des Gesetzgebers.<sup>18</sup> Es wird also die Semantik, die Wortwahl und der Syntax, der Satzbau der Rechtsnorm betrachtet. So können die grammatikalische Struktur einer Norm, die logische Beziehung der einzelnen Gesetzesworte zueinander und die mögliche Bedeutung der einzelnen Gesetzesworte Aufschluss über den Sinn einer Norm geben.<sup>19</sup> Dabei können der allgemeine und der juristische Sprachgebrauch unterschiedlich sein und selbst innerhalb des juristischen Sprachgebrauchs

---

<sup>12</sup> BVerfGE 1, 299, Ls. 2.

<sup>13</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 230.

<sup>14</sup> *Muthorst*, JA 2013, 721 (724).

<sup>15</sup> Zur Gesetzesauslegung *Savigny*, System des heutigen Röm. Rechts 1840, Bd. I, 206 ff., 212 ff. Zum Verhältnis der Auslegungskriterien zueinander ausführl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343 ff.

<sup>16</sup> Siehe hierzu unter 2.

<sup>17</sup> *Schäfers*, JuS 2015, 875 (877); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 320.

<sup>18</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, S. 456.

<sup>19</sup> *Muthorst*, JA 2013, 721 (725).

einem Begriff unterschiedliche Bedeutungen in unterschiedlichen Kontexten zukommen.<sup>20</sup> So ist beispielsweise die Bedeutung des Begriffs *Eigentum* im Verfassungsrecht (Art. 14 GG) nicht identisch mit derer im Zivilrecht.<sup>21</sup> Selbst innerhalb eines Gesetzes kann einem Begriff unterschiedliche Bedeutung zukommen.<sup>22</sup> Die Auslegung nach dem Wortlaut ist daher stets nur der erste Schritt auf dem Weg zur Gesetzesinterpretation, auf den die anderen Auslegungsmethoden als weitere Schritte folgen. Zugleich setzt der Wortlaut der Auslegung eine Grenze.<sup>23</sup> Lässt sich ein Sachverhalt nicht unter den Wortlaut einer Norm subsumieren, kann die Norm nicht angewendet werden. In Betracht kommt dann nur eine Analogie.

### 1.2.2 Die systematische Interpretation

Der zweite Schritt ist die systematische Auslegung. Diese betrachtet den einzelnen Rechtsgedanken im Kontext. Da ein Gesetz zumeist aus unvollständigen, erläuternden, einschränkenden oder verweisenden Rechtssätzen besteht, die sich erst zusammen mit anderen Rechtssätzen zu einer vollständigen Regelung zusammenschließen, wird der Rechtssatz häufig erst im Zusammenhang mit der Regelung, der er angehört, verständlich.<sup>24</sup> Entscheidend sind also der Sinnzusammenhang der Vorschrift und ihr Platz im gesamten Normgefüge.<sup>25</sup> So wird z.B. die Regelung des § 935 BGB erst dann verständlich, wenn man die Systematik des gutgläubigen Eigentumserwerbs nach § 932 BGB hinzunimmt. Bei verweisenden Normen ist die Norm, auf die verwiesen wird, miteinzubeziehen. Es lassen sich hier grundsätzlich zwei „Systeme“ unterscheiden: Zum einen wird die Einbettung der Norm im Gesetz unter Beachtung von dessen Aufbau und Struktur betrachtet (sog. äußeres System). Zum anderen geht es um die Vermeidung von Wertungswidersprüchen und die Gefahr des Unterlaufens speziellerer Normen (sog. inneres System). Vereinfacht gesagt stellt sich bei der systematischen Auslegung also die Frage, welche Stellung die Rechtsnorm im Textzusammenhang innehat, d.h. wie sich Halbsatz, Satz, Absatz, Paragraph, Abschnitt, etc. zueinander verhalten.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 231.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 89, 1 (5 ff.).

<sup>22</sup> So hat der z.B. der Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ im GG in Art 20 III GG eine andere Bedeutung, als in Art. 2 I GG. Hierzu Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 232 m.w.N.

<sup>23</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 324.

<sup>24</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 325.

<sup>25</sup> BVerwGE 41, 334 (339).

<sup>26</sup> Muthorst, JA 2013, 721 (725).

### 1.2.3 *Die historische Interpretation*

In einem dritten Schritt können ergänzend die Regelungsabsicht oder Normvorstellung des Gesetzgebers zur Erschließung des objektiven Gesetzesinhalts herangezogen werden: die historische Auslegung.<sup>27</sup> Die zentrale Fragestellung ist hierbei: Welches Verständnis hatte der Gesetzgeber von der Norm und welche Gesichtspunkte haben ihn dazu veranlasst, sie zu erlassen?<sup>28</sup> Hierzu wird zum einen die historische Rechtslage, also der Status vor Erlass des auszulegenden Gesetzes und zum anderen unter dem Begriff der genetischen Auslegung die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und der Norm betrachtet, wie sie etwa in Gesetzesmaterialien dokumentiert ist.<sup>28</sup> Erkenntnisquellen sind hier unter anderem Drucksachen des Bundestages und des Bundesrates sowie Ausschussprotokolle und Referentenbegründungen. Auch die Wandlung des beabsichtigten Normtextes innerhalb des Gesetzgebungsprozesses kann Aufschluss über den vom Normgeber beabsichtigten Sinngehalt der Norm geben, ebenso wie nachträglich erfolgte Änderungen einer bereits erlassenen Vorschrift. Es wird hierbei darauf geschaut, ob sich der Gesetzgeber an Vorgängerregelungen orientiert hat, oder aber von zuvor bekannten Regelungsmustern (bewusst) abgewichen ist.<sup>29</sup>

### 1.2.4 *Die teleologische Interpretation*

Als vierter Schritt des Auslegungskanons folgt die teleologische Interpretation. Hierbei wird nach dem objektiven Zweck des Gesetzes oder der Norm gefragt, der *ratio legis*.<sup>30</sup> Ziel ist es, das Normverständnis zur Geltung zu bringen, das die in der Norm zum Ausdruck gekommene Interessenbewertung bestmöglich verwirklicht.<sup>31</sup> Die rechtspolitische Zielsetzung rückt in den Mittelpunkt der Betrachtung, denn erforscht werden die in dem Rechtssatz zum Ausdruck gebrachte Bewertung und Abwägung der beteiligten Interessen.<sup>32</sup> Ergibt sich die *ratio legis* nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, muss er zunächst ermittelt werden. Dabei geht es um die Ermittlung des „objektiven Zwecks“, der einer Vorschrift zukommt. Hinweise auf diesen objektiven Normzweck können sich wiederum aus den Gesetzesmaterialien oder der gesetzlichen Systematik ergeben. Zudem wird gefragt „welche Ziele Menschen im Allgemeinen wohl verfolgen, die unter den vorliegenden Umständen eine rechtliche Anordnung, wie die auszulegende Norm erlassen“, wobei unterstellt wird, dass der

---

<sup>27</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 237.

<sup>28</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 347.

<sup>29</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 239.

<sup>30</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 240.

<sup>31</sup> Muthorst, JA 2013, 721 (725).

<sup>32</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 240.

Rechtsordnung Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit als Wertentscheidungen zu Grunde liegen.<sup>33</sup> Diese werden ebenso berücksichtigt, wie die grundlegenden rechtsethischen Prinzipien. Aber auch soziale Folgen und Praktikabilität können bei der Suche nach dem Zweck der Rechtsnorm Aufschluss geben.<sup>34</sup>

### 1.2.5 Die verfassungskonforme Auslegung

Bleiben nach Anwendung des Auslegungskanons verschiedene Interpretationen des Rechtssatzes möglich, ist stets derjenigen der Vorzug zu geben, „die mit den Prinzipien des Grundgesetzes am besten übereinstimmt“ und damit den grundgesetzlichen Wertentscheidungen bestmöglich zur Geltung verhilft (*verfassungsfreundliche bzw. verfassungsorientierte Auslegung*).<sup>35</sup> Insbesondere die Grundrechte erlangen hierdurch auch im Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten Bedeutung, indem sie auf die privatrechtlichen Vorschriften, insbesondere Generalklauseln, „ausstrahlen“ (*mittelbare Drittwirkung*). Dieses die Höchstrangigkeit der Verfassung sichernde Gebot obliegt jedem Staatsorgan, dem Rechtsanwendung aufgegeben ist.<sup>36</sup>

Überdies gibt es, als Unterfall der verfassungsfreundlichen Auslegung, das Gebot der verfassungskonformen Auslegung. Sofern mehrere Interpretationen eines Rechtssatzes in Betracht kommen, von denen (mindestens) eine zur Verfassungswidrigkeit der Norm sowie (mindestens) eine zur Verfassungsgemäßheit der Norm führen, ist der verfassungskonformen Auslegung zwingend der Vorzug zu geben. Unter mehreren verfassungskonformen Auslegungsvarianten ist sodann die verfassungsfreundlichste zu ermitteln.<sup>37</sup> Dies wird durch das Bundesverfassungsgericht festgestellt und bindet sowohl Exekutive als auch Judikative.<sup>38</sup> Hält das zur Entscheidung berufene Gericht eine verfassungskonforme Auslegung nicht für möglich, hat es das entsprechende Gesetz dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen (Art. 100 GG).

## 1.3 Einfluss obergerichtlicher Rechtsprechung

Die von den oberen Gerichten entwickelten Rechtssätze dienen als Leitlinien für Auslegung und Rechtsfortbildung. Daher dürfen die unteren Gerichte auch nur aus

---

<sup>33</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (879).

<sup>34</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (879).

<sup>35</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 160.

<sup>36</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 291.

<sup>37</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (879).

<sup>38</sup> Roellecke, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 68, Rn. 22.

deutlich überwiegenden oder zwingenden Gründen von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichen.<sup>39</sup> Allerdings ist höchstrichterliche Rechtsprechung auch kein Gesetzesrecht. Eine Bindungswirkung kann sie nur unter dem aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Vertrauensschutzgebot entfalten.<sup>40</sup>

#### 1.4 Einfluss Literatur/Wissenschaft

Anders als noch im römischen Recht, als die Lehrmeinungen der Juristen normative Verbindlichkeit hatten (z.B. Papinian, Paulus, Gaius und Ulpian), besteht heute Eignigkeit, dass es sich bei der Rechtsliteratur nicht um Rechtsquellen handelt. Vielmehr ist die von der juristischen Wissenschaft publizierte Literatur eine Rechtserkenntnisquelle.<sup>41</sup> Folglich wird auch häufig in Urteilen Rechtsliteratur zitiert, verbindliche oder einheitliche Leitlinien gibt es hierzu allerdings nicht.<sup>42</sup>

#### 1.5 Die Rechtsfortbildung

Von der Auslegung im Sinne einer klassischen Rechtsanwendung zu trennen ist die – ebenfalls zu den Aufgaben des Richters gehörende – Rechtsfortbildung. Hierbei geht es um „schöpferische Rechtsfindung“, die als *inter partes* wirkendes Richterrecht, anders als die Auslegung, eine eigenständige Legalitätsquelle bildet.<sup>43</sup> Das Bundesverfassungsgericht zieht hier eine Grenze zwischen der zulässigen „schöpferischen Rechtsfindung“ und der unzulässigen Rechtsschöpfung.<sup>44</sup> Dass richterliche Rechtsfortbildung überhaupt zulässig und damit ein enger Gesetzespositivismus abzulehnen ist, findet seine Grundlage in der Formulierung des Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden ist, woraus weitgehend gefolgert wird, Gesetz und Recht seien eben nicht deckungsgleich.<sup>45</sup>

Wichtigster Fall der Rechtsfortbildung ist die Analogie. Hierbei werden die Rechtsfolgen eines gesetzlich geregelten Falles auf einen gleichgelagerten Fall übertragen. Als Voraussetzung für eine Analogie bedarf es zunächst einer vom Gesetzgeber nicht bewusst geschaffenen Regelungslücke im Gesetz; sodann muss die Gleichartigkeit des vom Gesetz erfassten mit dem nicht geregelten Fall gegeben

---

<sup>39</sup> BGHZ 85, 64 (66); 87, 150 (155); 125, 218 (222).

<sup>40</sup> BVerfGE 18, 224 (240).

<sup>41</sup> T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2017, § 3 Rn. 100; Vogel, *Juristische Methodik*, 1988, S. 106.

<sup>42</sup> T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2017, § 1 Rn. 68.

<sup>43</sup> Wenzel, NJW 2008, 345 (346).

<sup>44</sup> BVerfGE 34, 269 (288).

<sup>45</sup> So etwa BVerfGE 34, 269 (286 f.).

sein.<sup>46</sup> Gerade die Planwidrigkeit der Regelungslücke ist mitunter schwer zu ermitteln, aber zur Wahrung der Gewaltenteilung elementar: wenn diese nicht vorliegt, kommt man mit dem Umkehrschluss gerade zum gegenteiligen Ergebnis.<sup>47</sup>

Wann aber ist richterliche Rechtsfortbildung nun zulässig, wo verläuft also die zitierte Grenze zur unzulässigen Rechtsschöpfung? Die Trennlinien ergeben sich naheliegender aus der Gewaltenteilung: die Rechtsprechung soll nicht „ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen“.<sup>48</sup> Der erkennbare Wille des Gesetzgebers darf nicht übergangen werden.<sup>49</sup> Letztlich ist richterliche Rechtsfortbildung also dort ausgeschlossen, wo ein Wille des Gesetzgebers erkennbar ist – sei es durch bewusstes Belassen einer Lücke oder durch gewollte Erfassung einer Fallkonstellation durch den Wortlaut des Gesetzes. Unabhängig davon explizit unzulässig sind strafbegründende Analogien zuungunsten des Täters im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG).

## 2 Einflüsse des EU-Rechts auf die richterliche Auslegung nationaler Gesetze in Deutschland

Neben die beleuchteten, historisch gewachsenen und verfestigten „klassischen“ Regeln der Auslegung deutscher Rechtstexte treten Einflüsse des EU-Rechts auf die Auslegung nationaler Gesetze durch die deutsche Gerichtsbarkeit. Das Unionsrecht genießt grundsätzlich Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht,<sup>50</sup> wobei freilich über vermeintliche Grenzen dieses Vorrangs Uneinigkeit herrscht.<sup>51</sup> Als Mitglied der Europäischen Union ist die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 4 Abs. 3 EUV dazu verpflichtet, die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe zu unterstützen und alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten, zu unterlassen. Hieraus ergeben sich umfangreiche Pflichten im Zusammenhang mit der gerichtlichen Durchsetzung von EU-Recht: die nationalen Gerichte sind zur Förderung eines Systems kohärenten und effektiven Rechtsschutzes verpflichtet.<sup>52</sup> Aus dem „*effet utile*“ des Art. 4 Abs. 3 EUV und aus dem Anwendungsvorrang folgt das Gebot europarechtskonformer Auslegung des nationalen Rechts.<sup>53</sup> Dies

<sup>46</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 273 f.

<sup>47</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 560.

<sup>48</sup> BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1369).

<sup>49</sup> BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1369); *Wiedermann*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, 2407 (2408).

<sup>50</sup> *Herdegen*, Europarecht, 21. Aufl. 2019, S. 245 ff.; *Strinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV, Rn. 35 ff.

<sup>51</sup> Den Konflikt zwischen BVerfG und EuGH zusammenfassend Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015, Vorrangfrage Europarecht – nationales Recht.

<sup>52</sup> *Callies/Kahl/Puttler*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV, Rn. 79.

<sup>53</sup> *Callies/Kahl/Puttler*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV, Rn. 97; *Strinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV, Rn. 64.

umfasst zuallererst die richtlinienkonforme Auslegung, aber auch die Auslegung des nationalen Rechts im Lichte von Regelungen des europäischen Primärrechts.

## 2.1 Die richtlinienkonforme Auslegung

Wichtigster Teilaspekt der europarechtskonformen Auslegung nationalen Rechts ist die richtlinienkonforme Auslegung.<sup>54</sup> Diese betrifft alle nationalen Rechtsakte, die im Geltungsbereich einer Richtlinie liegen.<sup>55</sup> Sie beginnt mit Ablauf der Umsetzungsfrist der jeweiligen Richtlinie<sup>56</sup> und kommt dann zum Tragen, wenn nach der „klassischen“ Auslegung die Umsetzungsnorm auch auf eine Weise interpretiert werden könnte, die mit den Bestimmungen der Richtlinie nicht vereinbar wäre.<sup>57</sup> Hierfür wiederum muss das Gericht zunächst feststellen, was sich aus der Richtlinie selbst ergibt, es muss also neben der nationalen Norm auch die Richtlinie auslegen. Hierbei ist der Auslegung durch den EuGH Folge zu leisten. In Zweifelsfragen ist der EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV um Rat zu ersuchen. Hält das Gericht eine unionsrechtskonforme Auslegung des Gesetzes nicht für möglich, weil beispielsweise der Wortlaut eindeutig entgegensteht, hat es das Gesetz nicht anzuwenden.<sup>58</sup> Den nationalen Gerichten kommt somit, anders als bei Annahme der Verfassungswidrigkeit einer Norm, eine Verwerfungskompetenz zu.<sup>59</sup> Im Verhältnis zu den benannten „klassischen“ Auslegungsregeln ist die europarechtskonforme Auslegung grundsätzlich – entsprechend des Vorrangs des Unionsrechts – vorrangig.<sup>60</sup>

## 2.2 Die primärrechtskonforme Auslegung

Nicht nur in von EU-Richtlinien umfassten Regelungsbereichen kann eine europarechtskonforme Auslegung erforderlich sein. Auch der Vorrang des europäischen Primärrechts ist durch die Judikative zu bewahren. Ein berühmtes Beispiel ist in diesem Kontext der sogenannte Alcan-Fall:<sup>61</sup> um der beihilferechtlichen Regelung des Art. 288 AEUV umfassend Geltung zu verschaffen, sind die Vorschriften des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes entsprechend auszulegen und teilweise unangewendet zu lassen.

---

<sup>54</sup> Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 24.

<sup>55</sup> Müttwoch, JuS 2017, 296 (296).

<sup>56</sup> Nettesheim, in: Gräbitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 68. EL 2019, Art. 288 AEUV, Rn. 133.

<sup>57</sup> Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 68. EL 2019, Art. 288 AEUV, Rn. 135.

<sup>58</sup> Kühling, JuS 2014, 481 (484 f.).

<sup>59</sup> BVerfGE 31, 145 (174 f.).

<sup>60</sup> Kühling, JuS 2014, 481 (485).

<sup>61</sup> BVerwGE 106, 328.

### 2.3 Bedeutung der europarechtskonformen Auslegung

Die Bedeutung der europarechtskonformen Auslegung im Hinblick auf die Auswirkungen auf das Recht ist angesichts der durchaus umfassenden Kompetenzen der Europäischen Union kaum zu unterschätzen. Insoweit leitet sich der Bedeutungsgehalt jedoch vorwiegend aus der Relevanz des Unionsrechts für die deutsche Rechtsordnung insgesamt ab. Der Judikative kommt hier eine andere Funktion zu als bei der „klassischen“ Auslegung: die europarechtskonforme Auslegung dient der Durchsetzung des Vorrangs des Unionsrechts und damit der Effektivität der Unionsrechtssätze. Die Rechtsprechung wird hier also weniger in eigener, gestalterischer Macht tätig als vielmehr als „Vollzugsgewalt“ der Union. Um zur Ausgangsfrage zurückzukehren: die richterliche Auslegungskompetenz stellt in diesem Kontext weder eine „gegen den Gesetzgeber gerichtete, usurpierte Macht“, noch ein „Hausgut der 3. Gewalt“ dar, sondern lediglich eine Form der Erfüllung der sich aus den mit der Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland in der Europäischen Union ergebenden Pflichten der Staatsgewalt als Ganzes.<sup>62</sup>

## 3 Die Auslegung des Unionsrechts

Neben der europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts durch deutsche Gerichte ist aufgrund der Vielzahl europarechtlich beeinflusster Materie auch die Auslegung des Unionsrechts selbst von grundlegender und zunehmender Bedeutung. Hierbei geht es nicht um die Auslegung nationaler Rechtsakte, sondern unmittelbar der unionalen Rechtsakte, welche dem EuGH obliegt (Art. 9 EUV). Dieser folgt dabei nicht den „klassischen“ deutschen Auslegungskriterien, vielmehr hat sich eine eigene, auch durch Rechtskulturen anderer Mitgliedsstaaten beeinflusste, Auslegungsmethodik herausgebildet. Im Grundsatz steht diese dem Auslegungskanon allerdings nicht allzu fern: Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Telos stellen auch hier den Ausgangspunkt dar.<sup>63</sup> Hinzu kommt der erwähnte „effet utile“,<sup>64</sup> der somit nicht nur als Begründung für die europarechtskonforme Auslegung nationaler Gesetze dient, sondern auch als Auslegungsmaxime des Unionsrechts. Bei der Auslegung von Sekundärrecht kommt noch die primärrechtskonforme Auslegung hinzu.<sup>65</sup> Bei der Wortlautauslegung ergeben sich bedingt durch die Verbindlichkeit verschiedener Rechtssprachen gegebenenfalls zusätzliche, sprachenvergleichende Auslegungsansätze.<sup>66</sup> Die (vermeintlich fehlende) Methodik des

---

<sup>62</sup> Ähnlich: *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (14).

<sup>63</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (292).

<sup>64</sup> *Herlegen*, Europarecht, 21. Aufl. 2019, S. 222 f.

<sup>65</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (294).

<sup>66</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 243.



EuGH sieht sich in Deutschland vielfacher Kritik aus der Rechtswissenschaft ausgesetzt,<sup>67</sup> was in der zumindest teilweise artikulierten Vehemenz wohl aber nicht (mehr) vollständig haltbar ist.<sup>68</sup>

Festzustellen ist, dass, begünstigt durch eine fehlende begriffliche Unterscheidung in der Diktion des EuGH, die Grenzen zwischen Rechtsfortbildung und Auslegung verschwimmen.<sup>69</sup> Jedenfalls werden EuGH-Urteile durch Bindung der nationalen Gerichte an die EuGH-Rechtsprechung in Auslegungsfragen auch zur Rechtsquelle, das Unionsrecht enthält somit Elemente eines case-law-Systems.<sup>70</sup> Zweifelsohne erlangt die Auslegung des Unionsrechts hiermit eine ganz andere Bedeutungsdimension, welche die nationalen Gerichten aber nicht mit einschließt.

#### 4 Einflüsse der EMRK auf die richterliche Auslegung nationaler Gesetze

Neben dem Unionsrecht gibt es weitere internationale Rechtsquellen, die die Auslegung nationaler Gesetze beeinflussen können. Aus dem Völkerrecht ist hier insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) von Bedeutung. Das Grundgesetz ist nach allgemeiner Auffassung völkerrechtsfreundlich ausgerichtet. Dies ergibt sich aus einer Gesamtschau verschiedener Regelungen.<sup>71</sup> Die EMRK hat zunächst nach Art. 59 Abs. 2 GG den Rang einfachen Bundesrechts. Dennoch geht ihre Wirkung darüber hinaus: nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) eine „faktische Orientierungs- und Leitfunktion“.<sup>72</sup> Sie dient danach „als Auslegungshilfe auf der Ebene des Verfassungsrechts über den Einzelfall hinaus“.<sup>73</sup> Grenzen sind dem insbesondere durch eine erforderliche Kontextualisierung der Aussagen des EGMR gesetzt.<sup>74</sup> Letzteres ist freilich nicht viel mehr als eine Hervorhebung der grundsätzlich erforderlichen Kontextualisierung gerichtlicher Entscheidungen. Im Ergebnis folgt aus alledem das Erfordernis einer konventionsfreundlichen Auslegung, die im Endeffekt in ähnlicher Weise zu vollziehen ist, wie die bereits erläuterte verfassungskonforme Auslegung.<sup>75</sup> Kommen nach Anwendung der „klassischen“ Auslegungsmethoden mehrere Auslegungsvarianten in Betracht, ist entsprechend der konventionsfreundlichsten Variante der Vorzug zu geben.

---

<sup>67</sup> Vgl. insoweit exemplarisch *Hailbronner*, NJW 2004, 2185.

<sup>68</sup> Ähnlich *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (291).

<sup>69</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (286).

<sup>70</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (297).

<sup>71</sup> Vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL 2019, Art. 25, Rn. 6 m.w.N.

<sup>72</sup> BVerfGE 128, 326 (368); 148, 296 (351 f.).

<sup>73</sup> BVerfGE 148, 296 (352).

<sup>74</sup> Vgl. *Hang*, NJW 2018, 2674 (2676 f.); die Grenzen hervorgehoben hat das BVerfG v.a. in der Entscheidung zum Beamtenstreikrecht, BVerfGE 148, 296.

<sup>75</sup> *Spitzlei/Schneider*, JA 2019, 9 (11); vgl. beispielhaft BVerfGE 134, 33 (82 f.).

## 5 Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die richterliche Gewalt mehr ist, als ein bloßer Artikulator des Gesetzes, wie *Montesquieu* es mit seinem vielzitierten Ausdruck des „bouche qui prononce les paroles de la loi“ ausdrückte.<sup>76</sup> Die Auslegungskompetenz der Richter ermöglicht bisweilen durchaus ein breites Spektrum zulässiger Rechtsanwendung. Dennoch ist die Auslegung schon in ihrer Zielsetzung gerade nicht gegen das Gesetz, sondern auf dessen volle Verwirklichung hin ausgerichtet: Ergebnis der Auslegung soll stets der im Gesetz zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers sein. Eingeordnet in das grundgesetzliche Gewaltenteilungsgefüge, das insbesondere durch die Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG geprägt wird, ist die Gerichtsbarkeit weniger als „gegen den Gesetzgeber gerichtete, usurpierte Macht“ anzusehen, sondern vielmehr als diejenige Gewalt, die dem Gesetz erst zu seiner vollen Wirkung verhilft – sei es als Kontrollinstanz gegenüber der Exekutive im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder als strafende oder streitentscheidende Instanz im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

---

<sup>76</sup> *Montesquieu*, De L'Esprit des Lois, 1769, S. 271.

# Die Bedeutung richterlicher Auslegungskompetenz für die Qualität der Urteilsfindung und -begründung

*Prof. Dr. Tatjana Chebovich / Dr. Maryna Rabinovych / Nastja Amunenko  
/ Prof. Dr. Engen Petrov*

Die Auslegung des Rechts versteht die Rechtstheorie als, insbesondere, ein „spezielles mentales (intellektuelles) Verfahren und eine Art der rechtlichen Tätigkeit, die auf die Erklärung und die Klarstellung des Inhalts von Rechtsnormen und Bestimmungen anderer Rechtsdokumente gerichtet wird...“<sup>1</sup>. Die Existenz dieser Kategorie im Recht und die Notwendigkeit von Aktivitäten (und Prozessen) sind dadurch bestimmt, dass Vorschriften keine erschöpfende Liste von Regeln fürs menschliche Leben und die Existenz der Gesellschaft enthalten und kaum enthalten können. Es können im Leben Situationen aller Art vorkommen, die nicht mal ansatzweise, geschweige denn vollständig geregelt werden können. Dies ist nicht möglich, da sich die sozialen Beziehungen kontinuierlich entwickeln und neue Formen der gegenseitigen Beziehungen und Abhängigkeiten zwischen natürlichen und/oder juristischen Personen entstehen. Darüber hinaus müsste eine strikte Regulierung dessen, was jedem erlaubt ist, zu einer zivilen Revolution, einem Kampf um Willensfreiheit und vieles mehr führen, da dies die Entwicklung und die Fähigkeiten eines Menschen einschränken und sein natürliches Recht verletzen würde, sein eigenes Schicksal zu wählen und über dieses zu entscheiden. In diesem Zusammenhang beschränken sich

---

<sup>1</sup> Козюбра М. І. Загальна теорія права: підручник / М. І. Козюбра, С. П. Погребняк, О. В. Цельєв, Ю. І. Матвєєва; за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіге, 2015. 392 с. С. 250.

die erlassenden Organe in ihren Rechtssetzungsakten in der Regel auf Vorschriften zur Festlegung von wichtigsten Grundregeln in den relevanten Bereichen, deren Fehlen das Zusammenleben von Menschen erheblich erschweren, ja unmöglich machen würde. Gleichzeitig ist dieser Ansatz nicht ohne Nachteile, da er mit zahlreichen gesetzlichen und rechtlichen Lücken einhergeht. Darüber hinaus weisen Vorschriften häufig andere Mängel auf, wie z. B. Kollisionen, vage und mehrdeutige Formulierungen und Dergleichen. Dies schafft Hindernisse bei der Verwirklichung von Rechten, Freiheiten und berechtigten Interessen, bei der Lösung kontroverser und strittiger Fragen, die in der Praxis auftreten, und vielem anderen.

## 1 Die Beherrschung der klassischen Auslegungsmethoden als wichtigste methodische Grundanforderung an Juristen

Daher ist die Auslegung eines der wichtigen Elemente im Rahmen der Entscheidung von Gerichtsprozessen, dessen Bedeutung sowohl auf die Notwendigkeit der ordnungsgemäßen Anwendung von Rechtsnormen und das Schließen bestehender Lücken zurückzuführen ist, als auch auf jede andere rechtliche Tätigkeit, deren Ergebnisse direkt vom Grad des Verständnisses der Rechtsnormen und der Fähigkeit von Juristen diese praktisch umzusetzen, abhängig sind. Dies wird weiter durch die Tatsache bestätigt, dass Fehlinterpretationen einer der Gründe für die Aufhebung von Gerichtsentscheidungen sind, was auf der normativen Ebene verankert ist (z. B. Art. 376 Teil 1 Punkt 4 der Zivilprozessordnung der Ukraine<sup>2</sup>, Punkt 4 des Teils 1 des Artikels 317 der Verwaltungsprozessordnung<sup>3</sup> (im Folgenden - VwGO) der Ukraine usw.) und durch statistische Daten bestätigt wird, wonach jedes Jahr die Gerichtsentscheidungen wegen falscher Anwendung des materiellen Rechts mit Rechtsbehelfen angefochten werden (z. B. nach Berichten über Berufungen in Verwaltungsgerichtsverfahren für den Zeitraum 2018-2019, wonach die Anzahl von gesonderten Beschlüssen über mangelhafte Anwendung des materiellen Rechts durch das Gericht erster Instanz oder eine Verletzung des Verfahrensrechts mehr als 30 % der Gesamtzahl der gesonderten Beschlüsse erreicht hatte)<sup>4</sup>.

Dies weist auf die Notwendigkeit hin, Vertreter der Rechtsberufe auszubilden, die Rechtsauslegung korrekt vornehmen, was die moderne Rechtsausbildung herausfordert, die eindeutig nicht ausreichend auf praktische Tätigkeiten ausgerichtet ist. In Verbindung damit ist zu beachten, dass in der juristischen Literatur viele An-

---

<sup>2</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: у редакції Закону № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

<sup>3</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: у редакції Закону № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

<sup>4</sup> Звіт судів апеляційної інстанції про розгляд апеляційних скарг у порядку адміністративного судочинства. 2019. № 2-а. URL: [https://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka/rik\\_2019](https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2019);

Звіт судів апеляційної інстанції про розгляд апеляційних скарг у порядку адміністративного судочинства. 2018. № 2-а. URL: [https://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka/rik\\_2018](https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018).

sätze zur Bestimmung der Methoden vorgeschlagen werden, die zu den oben definierten Zielen führen. Zum Beispiel kann man mit der Gesamtbetrachtung von Werken solcher Autoren wie S.S. Alekseev, A.A. Ezerov, O.V. Kaplina, M.I. Kozyubra, T.V. Komarova, I.P. Kostsova, M.M. Mykievich, M.P. Molybohy, O.F. Skakun, I.M. Yavorska und anderen Gelehrten, diese in grammatikalische (philologische, lexische, textuelle, sprachliche, semantische), hermeneutische, wortwörtliche, kontextuelle, logische, speziell-rechtliche (rechtstechnische), systematische (systemische), historisch-politische (historische, politische), funktionale (soziologische, rationale, evolutionäre), teleologische (zielgerichtete) und andere Methoden<sup>5</sup>, die hier nicht vollständig aufgezählt werden können, einteilen. Ein solcher Pluralismus wissenschaftlicher Ansichten geht jedoch mit legitimen Diskussionen über die Angemessenheit ihrer Anwendung einher, was wiederum zu Hindernissen bei der Wahl und Anwendung der Interpretationsmethode führen kann. Daher ist es notwendig, diejenigen zu vergewärtigen, die von der Rechtswissenschaft als grundlegend anerkannt werden und deren Wirksamkeit seit Jahrhunderten bewiesen ist.

Wir meinen das methodische Werkzeug, dessen Ursprung in den Werken von Friedrich Karl von Savigny im 19. Jahrhundert liegt. Er identifizierte vier Elemente der Auslegung des Gesetzes, mit denen man seinen Inhalt verstehen kann<sup>6</sup>: 1) das grammatische – eine Erklärung der vom Gesetzgeber verwendeten grammatikalischen Regeln<sup>7</sup>; 2) das logische – die Feststellung logischer Beziehungen, in denen einzelne Teile des Gedankens, der dem Gesetz zugrunde liegt, zusammengefasst

---

<sup>5</sup> Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах. Т. II. Москва: Юрид. лит., 1982. 360 с. - С. 300.;

Езеров А. А. Тлумачення Конституції України: способи, межі, зміст. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 3. С. 95-99.;

Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права: монографія. Харків: «Право», 2008. 296 с. С. 145;

Козюбра М. І. Загальна теорія права: підручник / М. І. Козюбра, С. П. Погребняк, О. В. Цельсєв, Ю. І. Матвєєва; за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2015. 392 с. С. 253.;

Комарова Т. В. Особливості застосування методів тлумачення норм права Судом Європейського Союзу. *Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання*. тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 вер. - 1 жовт. 2015 р.). Харків, 2015. С. 151-154.;

Косцова І. П. Герменевтичний метод тлумачення норм права: історична та юридична дивергенція. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія «Юридичні науки». 2015. № 827 (8). С. 153-158.;

Косцова І. П. Системне тлумачення норм права: дис. ... канд. юрид. наук. Спец. 12.00.01. Івано-Франківськ, 2016. 218 с. С. 41.;

Микієвич М. М., Яворська І. М. Правотлумачна діяльність Суду Європейського Союзу. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2013. Вип. 115 (ч. II). С. 17-22.;

Молибоба М. П. Функції та методи тлумачення права. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 11. С. 109-114.;

Скакун О. Ф. Теорія права і держави: підручник. 2-ге вид. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. 520 с. С. 437-439.

<sup>6</sup> Савиньї Ф. К. фон. Система современного римского права: в 8 томах. Т. I / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. 510 с. С. 391.

<sup>7</sup> Савиньї Ф. К. фон. Система современного римского права. С. 391.

werden<sup>8</sup>; 3) das historische – die Bestimmung des Zustandes, der zur Verabschiedung des Gesetzes geführt hat<sup>9</sup>; 4) und das systematische – die Verortung des Gesetzes im Rechtssystem<sup>10</sup>. Dieses Konzept ist zu einer Art Impuls für die Entwicklung einer Methodik zur Rechtsauslegung geworden, die heute von Wissenschaftlern als die „klassische“ bezeichnet wird und die folgenden vier Methoden umfasst: 1) die grammatikalische (Interpretation des wortwörtlichen Textes); 2) die teleologische (Bestimmung des Zwecks und der Zielrichtung des Gesetzes); 3) die historische (Bestimmung der historischen Umstände der Verabschiedung des Gesetzes, der Motive seiner Verfasser usw.); 4) die systematische (Auslegung nach Ort im Gesetz oder im Rechtssystem insgesamt)<sup>11</sup>.

Auf Seiten wissenschaftlicher Quellen kann man die Meinung vorfinden, diese Methoden seien nur für Deutschland klassisch<sup>12</sup>. Dies lässt sich zum Teil dadurch erklären, dass sie erstmals in der deutschen Rechtstheorie begründet wurden und in innerstaatlichen Studien manchmal andere Ansichten zur Liste der klassischen Methoden vertreten werden. Beispielsweise unterscheiden einige Wissenschaftler mehr als vier Methoden: wörtlich, historisch, kontextuell, systematisch und teleologisch<sup>13</sup>. Jedoch haben Wissenschaftler in diesem Fall die kontextuelle Methode fälschlicherweise von der systematischen Methode unterschieden, weil diese Methoden in der deutschen Literatur ein Ganzes sind, das heißt, es sind ihre alternativen Namen<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Савиных Ф. К. фон. Система современного римского права. С. 391.

<sup>9</sup> Савиных Ф. К. фон. Система современного римского права. С. 391.

<sup>10</sup> Савиных Ф. К. фон. Система современного римского права. С. 391.

<sup>11</sup> Карвальо М. Х. П. де. Проблемы тезиса о единственно правильном толковании в области конституционного права (часть I). *Журнал российского права*. 2015. № 9 (225). С. 141-149.;

Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права. *Вестник гражданского права*. 2012. Т. 12, № 4. С. 247-284;

Brugger W. Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1994. Vol. 119, № 1. 34 s. S. 21-30.;

Hanau P. Methoden der Auslegung des Betriebsverfassungsgesetzes. *Festschrift für Allbrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994. S. 53-66.;

Scholz M.-O. Zum Problemkreis der gesetzeskonformen Auslegung und der Rechtsfortbildung und deren Abgrenzung. Eine kurze Einführung. Wissenschaftlicher Aufsatz. *Rechtswissenschaftlicher Aufsätze*. 2011. B. 2. URL: <https://www.grin.com/document/168371>;

Walz C. Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien. *Zeitschrift für das Juristische Studium*. 2010. V. 4. S. 482-490. URL: [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010\\_4\\_348.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_4_348.pdf);

Busse D. Recht als Text: linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution. Tübingen: Niemeyer, 1992. 365 s. S. 20-30;

Bydlinski F. Grundzüge der juristischen Methodenlehre / hrsg: P. Doralt. Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht. 2003. N. 95. URL: <https://e-pub.wu.ac.at/3325/1/ap095.pdf>.

<sup>12</sup> Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права. *Вестник гражданского права*. 2012. Т. 12, № 4. С. 247-284.

<sup>13</sup> Миківнич М. М., Яворська І. М. Правотлумачна діяльність Суду Європейського Союзу. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2013. Вип. 115 (ч. II). С. 17-22.

<sup>14</sup> Brugger W. Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1994. Vol. 119, № 1. 34 s. S. 24.

Zweitens sei angemerkt, dass die klassischen deutschen Methoden, wie die Werke der oben genannten Wissenschaftler zeigen, ein gemeinsames Element für bestehende Ansätze, einschließlich derer ukrainischer Wissenschaftler, beinhalten, was für die Methodik der Rechtsauslegung von entscheidender Bedeutung ist. Dies zeugt von ihrem fundamentalen und universellen Charakter und zeigt somit die Zweckmäßigkeit ihrer Charakterisierung als klassischer Methoden der Rechtsauslegung sowohl in Deutschland als auch in der Ukraine.

Drittens wird die Anwendbarkeit dieser Methoden auf die ukrainische Rechtsanwendungspraxis durch Gerichtsentscheidungen bestätigt, die Beispiele für ihre Verwendung durch inländische Richter enthalten, nämlich:

- in der Entscheidung vom 15. Januar 2020 in der Rechtssache / 145/1330/17<sup>15</sup> ist der Oberste Gerichtshof von den Feststellungen des Kassationsverwaltungsgerichts abgewichen, „wonach gemäß Unterabsatz 15.5 des Abschnitts XIII „Übergangsbestimmungen“ der VwGO der Ukraine beim zuständigen Gericht die Appellationsbeschwerde eingelegt wird. Das ist das erstinstanzliche Gericht und nicht direkt das Appellationsgericht“<sup>16</sup>. Nach der Ansicht des Obersten Gerichtshofs beruht diese Schlussfolgerung „auf einer Fehlinterpretation von Unterabsatz 15.5 des Abschnitts XIII „Übergangsbestimmungen“ der VwGO der Ukraine, wo dem Sinn nach die Appellationsbeschwerden bei den zuständigen Gerichten (Appellationsgerichten) oder durch diese eingelegt werden“<sup>17</sup>. Der Oberste Gerichtshof entschied, dass „das Appellationsgericht bei der Verwerfung der Beschwerde ohne Bescheidung einen übermäßigen Formalismus und eine unverhältnismäßige Gewichtung zwischen den eingesetzten Mitteln und dem verfolgten Ziel an den Tag gelegt hat“<sup>18</sup>. In dieser Entscheidung verwendete der Oberste Gerichtshof grammatikalische und teleologische Auslegungsmethoden.

- in der Entscheidung vom 1. Dezember 2004 Nr. 18-rp / 2004<sup>19</sup> interpretierte das Verfassungsgericht der Ukraine den Begriff des rechtlich geschützten Interesses in erster Linie (aber nicht ausschließlich) mittels der systematischen Auslegungsmethode, zum Beispiel: „...systematische Analyse der Verwendung des Begriffs des "gesetzlich geschützten Interesses" in Verbindung mit den subjektiven Rechten bezeugt, dass gerade dies nicht nur in Artikel 4, sondern auch in den Artikeln 5, 14, 15-1, 79, 101, 103, 111, 243-17 der Zivilprozessordnung der Ukraine, in den Artikeln 1,

---

<sup>15</sup> Verordnung des Obersten Gerichtshofs vom 15. Januar 2020 in der Rechtssache 145/1330/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87180096>.

<sup>16</sup> Verordnung des Obersten Gerichtshofs vom 15. Januar 2020 in der Rechtssache 145/1330/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87180096>.

<sup>17</sup> Дайджест судової практики Великої Палати Верховного Суду. Рішення, внесені до ЄДРСР за період з 01.01.2020 по 31.01.2020. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/dajdzhest\\_01\\_2020.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/dajdzhest_01_2020.pdf).

<sup>18</sup> Am selben Ort.

<sup>19</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес): від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.

2, 5, 21, 22, 78, 123 des Handelsgesetzbuches der Verfahrensordnung der Ukraine und in anderen verwendet wird<sup>20</sup>.

Auf der Grundlage wissenschaftlicher Entwicklungen und der Praxis der Rechtsauslegung durch Richter in unserem Land betonen wir daher, dass die betrachteten klassischen Methoden die Grundsätze der Rechtsauslegung in der Ukraine darstellen. Dies bringt uns zu der These, dass Kenntnisse über das Wesen und die Merkmale ihrer Anwendung noch während des Studiums der angehenden Juristen an Universitäten erworben werden sollten, um die Qualität der ukrainischen Rechtsausbildung und die Qualifikation von Absolventen der Rechtswissenschaften zu verbessern. Darüber hinaus ist es angebracht, in Lehr- und Handbüchern und anderen Wissensquellen diese intensiver zu erklären, sodass diese zur Ausbildung von Richtern, zur Verbesserung ihrer Fähigkeiten sowie als Materialien zur Unterstützung bei der Ausübung der Rechtsprechung und der Auslegung von Rechtsnormen während ihrer Arbeit verwendet werden können. Dazu ist es hilfreich, aus den deutschen Erfahrungen in der Unterrichtung dieser Methoden zu lernen und entsprechende Schulungsunterlagen vorzubereiten.

## 2 Grenzen der gerichtlichen Auslegung: Wo beginnt die unzulässige „Fortbildung“ des Rechts?

Die steigende Bedeutung des Gerichts in der gegenwärtigen Phase führt zu einer erneuten Hinterfragung der Rolle des Gerichts und der Bestimmung des Ortes und der Rolle der Gerichtspraxis im Rechtssystem der Ukraine, insbesondere im System der Rechtsquellen. Die Formung der Rechtspraxis, die Festlegung von Möglichkeiten zur Gewährleistung ihrer Stabilität, erfolgt primär in der gerichtlichen Auslegung, die in der rechtsprechenden Tätigkeit der Richter erfolgt. Solche Auslegungsnotwendigkeiten ergeben sich, wenn man über das Privatrecht spricht, in erster Linie, in den Fällen von Lücken in der Gesetzgebung und im Recht. Sie zeigen sich auch beim Vorliegen von Rechtsnormkollisionen oder bei der Rechtsnormenkonkurrenz – etwa auch im Verhältnis von allgemeiner Norm und der speziellen Norm oder bei anderen Problemen der Auslegung von Rechtsnormen. Ein diesbezügliches Beispiel bietet etwa die Wahl des Gerichtsstandes, der je nach der gewählten Auslegungsmethode unterschiedlich, aber rechtmäßig bestimmt werden kann.<sup>21</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass nach den geltenden Gesetzen die Gerichte im Rechtssystem der Ukraine mit Rechtsetzungsbefugnissen selbst dann nicht ausgestattet werden, wenn die von ihnen ausgearbeitete Rechtsposition durch Gesetz<sup>22</sup> als für Gerichte und andere

---

<sup>20</sup> Am selben Ort.

<sup>21</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я.М. Романюк. – К.: Ін Юре. 2016. – с. 178.

<sup>22</sup> Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016р. // Відомості Верховної ради України. - № 31. – 2016.



Hoheitsträger, die mit Befugnissen zur Rechtsanwendung ausgestattet sind, obligatorisch bestimmt wird. Aber mit der Abkehr vom Rechtspositivismus gehen die Rechtslehre und, was noch wichtiger ist, die Rechtsprechung den Weg einer Anerkennung der Auslegungsnotwendigkeit und -bedürftigkeit von Rechtsnormen. Der Rechtspositivismus war einst sehr beliebt und in den Ländern des römisch-germanischen Rechts weit verbreitet. Nun etabliert sich eine Bindungswirkung der Normauslegungsergebnisse, die in den Entscheidungen des Obersten Gerichtshof enthalten sind. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat wiederholt darauf hingewiesen, dass die Aufgabe der Auslegung des innerstaatlichen Rechts in erster Linie bei den Gerichten obliegt<sup>23</sup>. Daher ist die wachsende Rolle der Rechtsprechung offensichtlich, notwendig und wird dazu beitragen, die Rechtsverhältnisse ordnungsgemäß zu regulieren.

Die Analyse einer Reihe wissenschaftlicher Arbeiten, die sich mit der Auslegung von Gesetzen und sonstigen Vorschriften<sup>24 25 26 27 28</sup> durch Gerichte befassen, lässt den bestimmte inhaltliche Schlüsse in Bezug auf die Auslegung zu. Damit ist gemeint, dass Zivilrechtsakte wie Verträge als Maßnahmen verstanden werden, die einer Rechtmäßigkeitsprüfung unterzogen werden können. Hieraus abgeleitete Rechtssätze dienen als Grundlage für die Lösung von Normkollisionen und mittels einer Fallgruppenbildung werden Entscheidung, die auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsnorm getroffen werden, transparenter begründbar<sup>29</sup>. Diese Regel funktioniert, wenn ein einheitlicher Algorithmus zur Interpretation einer Rechtsnorm verwendet wird. Zunächst erfolgt die sprachliche (grammatikalische, wörtliche) Interpretation, und sodann, falls erforderlich, kann auf die Logik zurückgegriffen werden, um den Inhalt der Rechtsnorm zu klären. Dies erkennt in gewissem Maße der

---

<sup>23</sup> Шинка О. Р. Висновки верховного суду України як «джерело» цивільного права: деякі вразливості та проблеми неспівпадіння з концептом ЦК України // Проблеми цивільного права та процесу: тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, Харків, 24 трав. 2019 р. /МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків, обласний осередок Всеукр. громад, орг. "Асоціація цивілістів України"). — Харків: ХНУВС, 2019. — С. 218.

<sup>24</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я.М. Романюк. — К.: Ін Юре. 2016. — 536 с.

<sup>25</sup> Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / В.Г. Ротань, І.А. Самсін, А.Г. Ярема та ін.; від. ред.- кер. авт. кол. В.Г. Ротань. — Х.: Право, 2013. — 752 с.

<sup>26</sup> Карабань В.Я. Тлумачення актів цивільного законодавства України: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03: захищена 2007 / Карабань Володимир Якович; Одес. нац. юрид. академія. — Одеса, 2007. — 193 с.

<sup>27</sup> Трагнюк О.Я. Тлумачення міжнародних договорів: теорія і досвід міжнародних європейських судів: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.11: захищена 2003 / Трагнюк Олеся Янівна; Нац. юрид. академія ім. Ярослава Мудрого. — Харків, 2003. — 205 с.

<sup>28</sup> Системное толкование норм права / В.А. Толстик, Н.А. Дворников, К.В. Каргин. — М.: ИД «Юриспруденция», 2010. — 136 с.

<sup>29</sup> Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / В.Г. Ротань, І.А. Самсін, А.Г. Ярема та ін.; від. ред.- кер. авт. кол. В.Г. Ротань. — Х.: Право, 2013. — С. 62.

Artikel 213 des Zivilgesetzbuchs der Ukraine in Bezug auf die Interpretation des Inhalts eines Rechtsgeschäfts, wo es heißt, die Interpretation des Inhalts eines Rechtsgeschäfts beginne mit der Klärung des wortwörtlichen Sinns, womit die Bedeutungen von Wörtern und Begriffen sowie die allgemein im entsprechenden Bereich der Beziehungen akzeptierte Bedeutung der Begriffe festgestellt wird. Hält man dann also sich an keinen einheitlichen Algorithmus zur Auslegung der Rechtsnorm, wird es keine Garantie dafür geben, dass die Schlussfolgerungen des Obersten Gerichtshofs in Bezug auf das materielle Recht eindeutig und vorhersehbar sein werden. Ebenso wenig lässt sich die Verzerrung der Rechtsmaterie vermeiden und die Beförderung des einen oder anderen Rechtsanwendungsakt zum Akt der Gesetzgebung.

Die Auslegung des Gesetzes durch das Gericht wird immer ein Denkprozess, und daher untrennbar mit den persönlichen Eigenschaften des Subjektes (Richters) verbunden sein, der diese vornimmt. Das Ergebnis der Interpretation zeigt sich immer darin, wie das Gericht die Rechtsbeziehungen bewertete, die sich aus den besonderen Umständen ergaben, welche Rechtsnorm es für die Beilegung des Streits auswählte und wie genau es sie anwendete. Man kann also sagen, dass der begründende Teil der Gerichtsentscheidung nicht nur eine Analyse der Umstände des Falles enthält, sondern auch Aussagen darüber trifft, welche Tatsachen das Gericht für festgestellt und welche für nicht festgestellt hält. Darüber hinaus enthält jede gerichtliche Entscheidung zugleich eine Analyse des Gesetzgebungsaktes, aus der sich auf die Begründung der Rechte und Pflichten, welche die Subjekte der streitigen Rechtsverhältnisse aufgrund des Rechtsaktes zu tragen haben, schließen lässt. Die individuelle Auslegung von Rechtsakten in einer Gerichtsentscheidung wird auch verwendet, um darzulegen, dass bestimmte Rechtsakte, auf die sich die Parteien beziehen, nicht für das umstrittene Rechtsverhältnis gelten.

Daraus ist zu folgern, dass es unmöglich ist, eine einzige und darüber hinaus die einzig richtige Auslegung der Rechtsnormen von allen Richtern in jedem einzelnen Gericht zu erreichen. Daher ist die Rolle des Obersten Gerichtshofs hinsichtlich der Gewährleistung der Einheit der gerichtlichen Praxis nicht zu überschätzen, da diese direkt mit der Umsetzung des Grundsatzes der Rechtsbestimmtheit zusammenhängt. Auf den Obersten Gerichtshof entfällt somit gemäß dem Gesetz die Aufgabe, dem auszulegenden Rechtsatz zusätzliche Klarheit und Bestimmtheit zu verleihen, um seinen Inhalt angemessen zu verstehen und die Verwirklichung legitimer menschlicher Erwartungen zu fördern. Gerade dieses Organ des Staates gewährleistet vor allem und überwiegend die einheitliche Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen und trägt auch zur Erhöhung der Rechtssicherheit im Staat bei. Das heißt, die von einem solchen Gericht gebildete Rechtsposition erhält den Charakter einer Richtlinie bei der Anwendung des materiellen und verfahrensrechtlichen Rechts<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Шипка О. Р. Висновки верховного суду України як «джерело» цивільного права: деякі вразливості та проблеми неспівпадіння з концептом ЦК України // Проблеми цивільного права та процесу: тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, Харків,

Die Auslegung des Gesetzes durch die Gerichte ist ihre Funktion bei der Ausübung der Rechtsprechung. Damit die gerichtliche Auslegung in nationalen Gerichtsentscheidungen den Anforderungen des Menschenrechtsübereinkommens entspricht, müssen diese Entscheidungen vernünftigerweise vorhersehbar sein.

Somit garantiert die einheitliche, konstante Rechtsprechung die Stabilität der Vorherrschaft des Rechts im Allgemeinen, erfüllt den Grundsatz der Gleichheit vor Recht und Gericht, wirkt sich positiv auf das Verhalten der Teilnehmer der Rechtsbeziehungen aus, fördert das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz und ist im Allgemeinen ein Bestandteil der Vorherrschaft des Rechts.

Das Vorstehende spiegelt auch die Grundsätze wider, auf die das Verfassungsgericht der Ukraine aufmerksam macht. Insbesondere weist es darauf hin, dass: 1) das Rechtsstaatsprinzip die Grundsätze der Gleichheit und Gerechtigkeit und den Bestimmtheitsgrundsatz einschließen muss, da andernfalls eine einheitliche Rechtsanwendung nicht gewährleistet werden kann. Wenn gleichzeitig eine unbegrenzte Auslegung durch die Rechtsanwendungspraxis nicht ausgeschlossen ist, führt diese Kombination unweigerlich zu Willkür (Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine vom 22. September 2005 Nr. 5-rp / 2005); 2). Der Grundsatz der Rechtsbestimmtheit erfordert Klarheit, Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Rechtsnormen, insbesondere ihrer Vorhersehbarkeit (Prognostizierbarkeit) und Stabilität (Entscheidung der Großen Kammer des Verfassungsgerichts der Ukraine vom 20. Dezember 2017 Nr. 2-r / 2017 und 27. Februar 2018 Nr. 1-r / 2018)<sup>31</sup>.

Vor diesem Hintergrund sollte die Gesetzesauslegung der Gerichte durch das Prisma dieser Grundsätze erfolgen. Es ist jedoch zu beachten, dass das Gericht bei der Auslegung des Gesetzes mit dessen Unvollkommenheit konfrontiert ist, so dass die Gesetze des Öfteren nicht dem Grundsatz der „Vorhersehbarkeit des Rechts“ und dem Grundsatz der „Qualität“ entsprechen. Die Mangelhaftigkeit unserer Gesetzgebung besteht im Fehlen von Regeln, die einen spezifischen Algorithmus für die Auslegung von Gesetzen bestimmen. Das schließt auch das Zivilrecht ein, was weder zur Rechtssicherheit noch zur Vorhersehbarkeit des staatlichen Rechts beiträgt. Zwangsläufig führt dies zur Willkür bei der Rechtsanwendung. Dies ist mit der Tatsache verbunden, dass in der Abwesenheit des in der Gesetzgebung verankerten einheitlichen Algorithmus für die Auslegung von Rechtsnormen und dazu erforderlichen Regeln man nicht garantieren kann, dass die Bedeutung der Symbole, die den Inhalt eines Gesetzes ausmachen, richtig verstanden und von den jeweiligen zuständigen Subjekten des Rechts auf den jeweiligen Fall angewendet wird. Dies belegen auch Gerichtsentscheidungen, die leider nicht immer ein Indikator für die perfekte Anwendung des materiellen und / oder Verfahrensrechts sind.

Dementsprechend bietet sich die Zwischenschlussfolgerung an, dass das Gericht bei der Auslegung des Gesetzes eine seiner Funktionen wahrnimmt und ein

---

24 трав. 2019 р. /МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків, обласний осередок Всеукр. громад, орг. "Асоціація цивілістів України"). — Харків: ХНУВС, 2019. — С. 219.

<sup>31</sup> Вісник Конституційного Суду України. - № 1-2. - 2020.

einheitliches Instrumentarium verwenden muss, welches auf die Vorhersehbarkeit der Gerichtsentscheidung und die Einhaltung der Vorherrschaft des Rechts ausgerichtet werden muss.

Wie oben erwähnt, liegt die Hauptverantwortung bei der Gewährleistung der Einheit der Rechtspraxis beim Obersten Gerichtshof, der auf verfassungsrechtlicher Ebene zum höchsten Rechtsprechungsorgan im System der Gerichte der allgemeinen Zuständigkeit erkoren wird. Dementsprechend sollte er mit wirksamen Befugnissen ausgestattet sein, um die Praxis der Anwendung von Gesetzen und anderen Vorschriften durch Gerichte der Ukraine zu lenken und weiterzuentwickeln.

Bei der Bescheidung eines Falls muss der Oberste Gerichtshof seine Rechtsposition zur Anwendung und Auslegung der Rechtsnorm formulieren, insbesondere wenn der Fall von öffentlicher Bedeutung ist. Rechtsgutachten des Obersten Gerichtshofes erlangen in diesem Zusammenhang eine extrem wichtige Bedeutung. Es ist kein Präzedenzfall im klassischen Sinne, da damit keine Rechtsnorm geschaffen und eine solche auch nicht ändert wird. Das Gericht stellt den Inhalt der Norm klar, wie diese verstanden werden sollte, wie sie sich in der Praxis auswirkt und welche Folgen deren Implementierung in der Praxis haben kann. Daher unterscheidet sich die Tätigkeit der Rechtsanwendung des Obersten Gerichtshofs bei der Verfassung von rechtlichen Schlussfolgerungen / Gutachten von der Rechtsetzung und kann diese nicht ersetzen. Bei der Auslegung einer Rechtsnorm nimmt das Gericht die Auslegung nur zum Zwecke der korrekten und einheitlichen Anwendung der Gesetzesnorm und nicht zum Zweck ihrer Ersetzung oder Berichtigung vor. Mit anderen Worten ist ein Rechtsgutachten sowohl ein Ausdruck der Rechtsanwendungstätigkeit des Gerichts im Prozess der Ausübung der Rechtsprechung in einem bestimmten Fall, als auch das Ergebnis der Auslegung von Rechtsnormen unter Verwendung verschiedener Auslegungsmethoden und unter Berücksichtigung der Umstände des Falls<sup>32</sup>.

Somit kann das Gericht den Gesetzgeber nicht ersetzen, die Grenzen der Auslegung von Rechtsnormen sind durch bereits bestehende Konstruktionen begrenzt, das Gericht hat kein Recht, eigenständig Mechanismen zur Regulierung der gesellschaftlichen Verhältnisse zu entwickeln, die nicht gesetzlich festgelegt sind. Die Schaffung von Rechtsnormen durch Präzedenzfallentscheidung gewährleistet nicht das Erreichen eines höheren Maßes an Rechtssicherheit. An sich gilt das rechtliche Gutachten für die Auslegung und Anwendung der Rechtsnorm und nicht für deren Korrektur.

---

<sup>32</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я.М. Романюк. – К.: Ін Юре. 2016. – С. 221.

### 3 Unionskonforme Auslegung des nationalen Rechts als Mittel der Rechtsharmonisierung

Am 1. September 2017 trat das Assoziierungsabkommen zwischen der Ukraine auf der einen Seite und der Europäischen Union, der Europäischen Atomenergiegemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf der anderen Seite in Kraft<sup>33</sup>. Das Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Ukraine ist eines der ehrgeizigsten Abkommen der EU mit Drittländern in Bezug auf die Tiefe der politischen Zusammenarbeit („Integration ohne Mitgliedschaft“) und der Aussichten für eine Beteiligung der Ukraine an Schlüsselaspekten des Gemeinsamen Marktes der EU (Freizügigkeit von Waren und Dienstleistungen, gemeinsame technische und pflanzenschutzrechtliche Standards, Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt in der Union und Liberalisierung des Kapitalverkehrs)<sup>34</sup>. Infolgedessen enthält das Assoziierungsabkommen eine erhebliche Anzahl von Verpflichtungen der Ukraine zur Anpassung und Annäherung ihrer nationalen Rechtsvorschriften an die EU-Gesetzgebung (*acquis communautaire*). Darüber hinaus einigten sich die Vertragsparteien auf eine Reihe von Mechanismen, die darauf abzielen, die qualitative Anpassung der ukrainischen Gesetzgebung an die EU-Gesetzgebung sicherzustellen und eine einheitliche Anwendung des EU-Rechts (Homogenität des EU-Rechts) aufrechtzuerhalten, was zweifellos die Auslegung des nationalen Rechts durch die Gerichte beeinflusst. Diese Mechanismen werden in den folgenden Unterabschnitten ausführlicher erörtert.

#### 3.1 Mechanismen zur Sicherstellung der Qualität der Anpassung der ukrainischen Gesetzgebung an den gemeinschaftlichen Besitzstand (*acquis communautaire*)

In Bezug auf die erste Gruppe von Rechtsmechanismen ist anzumerken, dass der Detaillierungsgrad von Verpflichtungen der Ukraine in bestimmten Bereichen und die Tiefe der Anpassung von der Priorität eines jeden Sektors für die Union und der Tiefe der geplanten Integration der Ukraine in den Gemeinsamen Markt abhängen. Daher sind die detailliertesten und „am tiefsten greifenden“ Bestimmungen zur Anpassung in einigen Teilen von Kapitel 1 „Nationales Regime und Zugang von Waren zu Märkten“ (z. B. zu technischen Handelshemmnissen), im Kapitel 5 „Zollfragen und Handelserleichterungen“, im Kapitel 6 „Unternehmensgründung, Handel mit Dienstleistungen und E-Commerce“ und im Kapitel 8 „Öffentliches Beschaffungswesen“ von Abschnitt IV „Handel und handelsbezogene Fragen“ enthalten. Dementsprechend legt beispielsweise Artikel 76 des Assoziierungsabkommens über die

---

<sup>33</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергетики і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Офіційний вісник України. 2014. № 75. Ст. 2125 [надалі – Угода про асоціацію].

<sup>34</sup> Petrov, R., Van der Loo, G., Van Elsumege, P. (2015). The EU-Ukraine Association Agreement: A New Legal Instrument of Integration Without Membership? *Kyiv-Mobyla Law and Politics Journal* 1, pp.1-18.

Liberalisierung grenzüberschreitender Dienste ein Drei-Elemente-Anpassungsmodell fest, das (i) die Übertragung der in den Anhängen XVI-B- XVI-E enthaltenen Vorschriften der Europäischen Union in die ukrainische Gesetzgebung vorsieht; (ii) ihre Umsetzung und (iii) die Rechtsanwendung. Ein direkter Hinweis auf die Rechtsanwendung ist auch im Artikel 76 Absatz 1 enthalten, wonach sich die Vertragsparteien verpflichten, den rechtmäßigen Handel («legitimate trade») durch Einhaltung der Gesetznormen und eine wirksame Rechtsanwendung zu sichern. Die Artikel 153-154 über die Annäherung der Rechtsvorschriften und den Marktzugang im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens weisen auch auf die Notwendigkeit hin, die einschlägigen Rechtsvorschriften nicht nur wörtlich zu verstehen, sondern auch ordnungsgemäß um- und durchzusetzen.

Die Umsetzung der Bestimmungen zur Annäherungstiefe wird wiederum durch Marktzugangsbedingungen (market access conditionality) und die Überwachung der Annäherung, insbesondere durch spezielle EU-Missionen, sichergestellt. Beispielsweise sieht Artikel 153 des Kapitels 8 „Öffentliches Beschaffungswesen“ sechs Stufen der Integration der Ukraine in den EU-Beschaffungsmarkt vor, die auf einer Bewertung der Fortschritte der Ukraine bei der Annäherung an die in den Anhängen XXI-A-XXI-N festgelegten Rechtsvorschriften beruhen. In Bezug auf die Überwachung sieht Artikel 153 Absatz 4 eine Bewertung der Umsetzung jeder Phase der Gesetzesanpassung durch den Handelsausschuss vor. Gemäß Artikel 475 des Abkommens bedeutet „Überwachung die kontinuierliche Bewertung des Fortschritts und die Umsetzung aller von diesem Abkommen erfassten Maßnahmen“. Artikel 475 Absatz 2 sieht vor, dass die Ukraine der EU über die Fortschritte gegen Ende der im Abkommen festgelegten Übergangsfristen Bericht erstattet. Gemäß Artikel 475 Absatz 3 kann „die Überwachung die Arbeit von Überprüfungsmissionen vor Ort umfassen, an denen die EU durch Institutionen, Gremien und Agenturen, Nichtregierungsorganisationen, Aufsichtsgremien, unabhängige Sachverständige und erforderlichenfalls andere beteiligt ist“. Die Kombination von Bestimmungen über die Anpassung der ukrainischen Gesetzgebung an den *gemeinschaftlichen Besitzstand (acquis communautaire)*, die Marktzugangsbedingungen und die Überwachung ermöglicht somit eine begleitende Adaptation, zu der unter anderem die gerichtliche Rechtsanwendung gehört.

### 3.2 Mechanismen zur Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des EU-Rechts

Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in der Rechtsache „Haegeman gegen das Königreich Belgien“ ist ein Assoziierungsabkommen zwischen der EU und Drittländern Teil des Rechtssystems der Union<sup>35</sup>. Gleichzeitig

---

<sup>35</sup> Court of Justice of the European Union (1974). R.V.Haegeman v Belgian State. Case 181-73. ECLI:EU:C:1974:41.

führt die Entwicklung der Assoziierungsabkommen zwischen der EU und Drittländern zum Phänomen des Assoziierungsrechts, einer separaten Rechtsordnung mit eigenen Regulierungsinhalten, die sowohl das Rechtssystem des Drittlandes als auch die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union selbst beeinflussen<sup>36</sup>. Um diesem Einfluss einen Rahmen zu geben und den Grundsatz der einheitlichen Anwendung des EU-Rechts zu respektieren, enthalten die Bestimmungen des wirtschaftlichen Teils des Assoziierungsabkommens eine Reihe innovativer Rechtsmechanismen.

Erstens enthalten die oben genannten Kapitel des wirtschaftlichen Teils des Abkommens, die ein erhebliches Maß an Integration in den Gemeinsamen Markt vorsehen, die Verpflichtung der Ukraine, die Rechtsprechung der EU und die Umsetzungspraktiken der Union bei ihrer Anpassung gebührend zu berücksichtigen. Eine solche Verpflichtung besteht beispielsweise in Artikel 153 Absatz 2 des Abkommens, in dem die Grundsätze und Verfahren für die Anpassung der ukrainischen Rechtsvorschriften an die EU-Rechtsvorschriften im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens festgelegt sind. Zweitens ist anzumerken, dass Artikel 153 Absatz 2 des Abkommens auch ein Beispiel für die Anforderung der dynamischen Annäherung ist, d.h. der Verpflichtung der Ukraine, Änderungen der EU-Gesetzgebung gebührend zu berücksichtigen und sie in das ukrainische Recht umzusetzen. In der Wissenschaft ist das Erfordernis einer dynamischen Anpassung angesichts der Grundsätze der Demokratie und der Souveränität als der Grundlage der verfassungsmäßigen Ordnung der Ukraine umstritten, da die Ukraine nicht am Gesetzgebungsprozess in der Union beteiligt ist. Drittens enthält Artikel 264 hinsichtlich der staatlichen Beihilfen die Verpflichtung der Vertragsparteien, eine breite Palette von Auslegungsquellen der Artikel 106, 107 und 93 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) einschließlich der einschlägigen Rechtsprechung und des Sekundärrechts, der Rahmenbestimmungen, der Leitlinien und anderer Verwaltungsakte der Union anzuwenden<sup>37</sup>. Viertens ist auf die entscheidende Rolle des Gerichtshofs der EU bei der Auslegung des EU-Rechts in der Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Prozess der Anpassung der Rechtsvorschriften hinzuweisen. Nach Artikel 322 Absatz 2 des Abkommens „entsteht in einem Streit die Frage der Auslegung einer Bestimmung des EU-Rechts, so hat die Gruppe des Schiedsgerichts die Angelegenheit nicht zu lösen, sondern beantragt den Gerichtshof, eine Entscheidung über die Angelegenheit zu treffen“. Da die Entscheidung des Gerichtshofs für das Schiedsgericht bindend ist, kann daraus der Schluss gezogen werden, dass das Wort des Gerichtshofs für die Auslegung des EU-Rechts

---

<sup>36</sup> Tyushka, A. (2017). Association-cum-Integration: The EU-Ukraine Association Agreement and 'Association Law' as an Institution of Ukraine's European Integration. *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 13, 87-132.

<sup>37</sup> Консолідовані версії Договору про Європейський Союз (вчиненого в Маастрихті сьомого дня лютого тисяча дев'яност дев'яносто другого року) та Договору про функціонування Європейського Союзу (вчиненого в Римі двадцять п'ятого дня березня місяця одна тисяча дев'яност п'ятдесят сьомого року) [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b06#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text).

im Rahmen des Abkommens entscheidend ist. Die einschlägigen Urteile des Gerichtshofs der EU können sich wiederum auf die Auslegung der ukrainischen Rechtsvorschriften und so auf die Gesetzgebung der Ukraine auswirken, die an das EU-Recht angepasst wurde.

Festzustellen ist, dass das Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Ukraine eine Reihe von Mechanismen enthält, die neben der Vorbeugung einer rein formalen Umsetzung und der Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des EU-Rechts die Anwendung und Auslegung der ukrainischen Gesetzgebung durch Gerichte im Lichte des EU-Rechts erleichtern. In diesem Zusammenhang gilt die weitere Analyse des Potenzials der Auslegung des nationalen Rechts im Lichte des EU-Rechts als Methode zur rechtlichen Harmonisierung.

### 3.3 Anwendung des EU-Rechts durch ukrainische Gerichte

Laut einer Studie von Roman Petrov, einem führenden Experten fürs EU-Recht in der Ukraine, vermeiden ukrainische Gerichte häufig die Anwendung des Völkerrechts oder zögern aus zwei Hauptgründen, es anzuwenden<sup>38</sup>. Erstens herrscht unter Richtern die weit verbreitete Überzeugung, dass das internationale Präzedenzrecht (internationales Fallrecht) angesichts des romanisch-germanischen Rechtssystems in der Ukraine nicht relevant ist. Zweitens besteht das Problem des Mangels an Übersetzungen von Quellen der internationalen Rechtsprechung ins Ukrainische und damit das Problem des Zugangs zu Quellen, welches im Zusammenhang mit einer erheblichen Belastung der Richter von zentraler Bedeutung ist. In ihren Entscheidungen verweisen die Gerichte jedoch häufig auf internationale Abkommen, die ordnungsgemäß von der Werchowna Rada der Ukraine unterzeichnet und ratifiziert wurden, gemäß Artikel 19 des Gesetzes der Ukraine „Über internationale Verträge der Ukraine“ Teil der nationalen Gesetzgebung der Ukraine sind und „als Teil der nationalen Rechtsvorschriften angewendet werden“<sup>39</sup>. Gemäß Artikel 19 des Gesetzes der Ukraine „Über internationale Verträge“ wurde das Assoziierungsabkommen mit dem Gesetz der Ukraine „Über die Ratifizierung des Assoziierungsabkommens zwischen der Ukraine einerseits und der Europäischen Union, der Europäischen Atomgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits“ vom 16. September 2014 ratifiziert<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Petrov, R. (2014). Legislative Approximation and Application of EU Law in Ukraine. In: R. Petrov and P. Van Elsuwege (eds.) *Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union: Towards a Common Regulatory Space?* London: Routledge, pp.1-2.

<sup>39</sup> Закон України «Про міжнародні договори»/Відомості Верховної Ради України (ВВР).-2004-№ 50. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text).

<sup>40</sup> Закон України «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони»/Відомості Верховної Ради України (ВВР).-2014 - №40 - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1678-18#Text>.



Teilweise gilt aufgrund seiner aktiven Teilnahme an internationalen Kooperationsprogrammen das Verfassungsgericht der Ukraine (VerfGU) als Verfechter der Anwendung von Quellen des Völkerrechts und des EU-Rechts. Es ist erwähnenswert, dass das Verfassungsgericht der Ukraine (VerfGU) nach Berichten von VerfGU-Richtern auf einer Reihe internationaler Kongresse unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des VerfGU zur Annäherung der ukrainischen Gesetzgebung an europäische Standards im weitesten Sinne beiträgt, d.h. an den *gemeinschaftlichen Besitzstand* („*acquis communautaire*“) unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Nach der erwähnten Studie<sup>41</sup> von R. Petrov nutzt das VerfGU den *gemeinschaftlichen Besitzstand* neben anderen Quellen des Völkerrechts weitgehend als maßgebliche Rechtsquelle, wie dies beispielsweise in der Entscheidung des VerfGU vom 12. Juni 2007 über die Bildung politischer Parteien in der Ukraine der Fall war<sup>42</sup>. Es sei jedoch angemerkt, dass weder das Inkrafttreten des Assoziierungsabkommens noch der Beginn eines umfassenden Prozesses der Anpassung der ukrainischen Gesetzgebung an den *gemeinschaftlichen Besitzstand* die Praxis des VerfGU wesentlich beeinflusst haben. Insbesondere in Fällen, die den Schutz der verfassungsmäßigen Rechte der Bürger betreffen, verweist der VerfGU hauptsächlich auf die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). So verwies der VerfGU im Zeitraum von 2015 bis 2019 nur dreimal auf die wichtigsten Rechtsakte der EU – die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – und niemals auf das Assoziierungsabkommen oder das sekundäre Unionsrecht oder die Entscheidungen des Gerichtshofs<sup>43</sup>.

Die Analyse der Rechtsprechung der höheren Gerichte und des Obersten Gerichtshofs der Ukraine im selben Zeitraum zeigt im Gegenteil, dass immer mehr auf die Bestimmungen des Assoziierungsabkommens und die spezifischen Rechtsakte des *gemeinschaftlichen Besitzstands* als Rechtsquelle im innerstaatlichen Rechtssystem verwiesen wird – eher als auf die „maßgeblichen Quellen“:

---

<sup>41</sup> Petrov, R. (2014). Legislative Approximation and Application of EU Law in Ukraine. In: R. Petrov and P. Van Elswege (eds.) *Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union: Towards a Common Regulatory Space?* London: Routledge, pp.4-5.

<sup>42</sup> Конституційний Суд України (2007). Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 70 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 10, пункту 3 частин другої, частин п'ятої, шостої статті 1, статті 15, частини першої статті 17, статті 24, пункту 3 розділу VI "Заключні положення" Закону України "Про політичні партії в Україні" (справа про утворення політичних партій в Україні). - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-07>.

<sup>43</sup> Огляд здійснено на основі реєстру рішень Конституційного суду. - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.ccu.gov.ua/storinka/rishennya-konstytucijnogo-sudu-ukrayiny>.

**Tabelle 1. Assoziierungsabkommen und der *gemeinschaftliche Besitzstand* in der Praxis des Obersten Gerichtshofs der Ukraine (arbeitet seit 2018) und der Höheren spezialisierten Gerichte (2015-2020)<sup>44</sup>**

Gericht	Anzahl der Verweise auf das Abkommen	Verteilung nach Fallkategorien (mehrere Optionen sind möglich)	Anzahl der Verweise auf den <i>gemeinschaftlichen Besitzstand</i>
Der Oberste Gerichtshof der Ukraine	25	Wirtschaftlicher Teil (Handelsmarken, Zollfragen, Rechnungslegung und Abschlussprüfung, Währungsregulierung, öffentliches Beschaffungswesen, Fusionen und Übernahmen, Kartellrecht, Verbraucherrechte) - 16 Politischer Teil (Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, Sicherheit und Gerechtigkeit, Unabhängigkeit der Richter) - 7 Ort des Abkommens im Rechtssystem der Ukraine - 4	5
Höheres Verwaltungsgericht der Ukraine	4	Rechtmäßigkeit / Gesetzlichkeit der Unterzeichnung des Abkommens - 4	0
Höheres Wirtschaftsgericht	1	Gesundheitsschutz -1	0

<sup>44</sup> Власна розробка автора на основі матеріалів Єдиного державного реєстру судових рішень. - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

Es sei darauf hingewiesen, dass in den relevanten Fällen die Probleme der direkten Anwendung der Normen des Assoziierungsabkommens als Rechtsquelle der Ukraine am häufigsten erörtert wurden, beispielsweise im Zusammenhang mit der Senkung der Zölle oder der Bestimmung von Handelsmarken (10 Fälle). Sechs Fälle betrafen den Platz des Abkommens im System der Rechtsquellen der Ukraine. In sieben weiteren Fällen waren die Verweise auf das Abkommen rein rhetorisch. Daher wurden nur in fünf Fällen Fragen der Auslegung des nationalen Rechts der Ukraine im Sinn der Anforderungen des Abkommens und des *gemeinschaftlichen Besitzstands* behandelt.

Im Ergebnis enthält das Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der Ukraine eine Reihe von Rechtsmechanismen, die auf eine tiefgreifende Anpassung der ukrainischen Gesetzgebung an den *gemeinschaftlichen Besitzstand*, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsanwendung, und dabei auf die Gewährleistung der Einheitlichkeit der Anwendung des EU-Rechts abzielen. Trotz der wachsenden Zahl von Verweisen auf das Assoziierungsabkommen in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bleiben seine Auswirkungen auf die Auslegung des nationalen Rechts in den höheren Instanzen begrenzt. Angesichts der relativ frischen Ratifizierung des Abkommens (2017) und des gegenwärtigen Charakters des Anpassungsprozesses ist in Zukunft mit einer Zunahme solcher Fälle zu rechnen, was wiederum die Rolle der Gerichte bei der Harmonisierung der ukrainischen Gesetzgebung mit dem EU-Recht stärkt.

#### 4 Methodisch geordnete Einbeziehung der Maßgaben der EMRK

Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten wurde durch das Gesetz der Ukraine vom 17. Juli 1997 „Von der Ratifizierung der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950, des Ersten Protokolls und der Protokolle Nr. 2, 4, 7 und 11 der Konvention“ ratifiziert<sup>45</sup>. Gemäß Artikel 32 Absatz 1 EMRK erstreckt sich die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auf alle Fragen der Auslegung und Anwendung der Konvention und ihrer Protokolle, die gemäß Artikel 33 vorgelegt werden („zwischenstaatliche Streitigkeiten“), 34 („Individuelle Anträge“) und 46 und 47 („Gutachten“). Die Verwendung der Rechtsprechung des EGMR ist auch im Lichte des Artikels 31 Absatz 3 Buchstabe b des Wiener Übereinkommens über das Recht

---

<sup>45</sup> Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції»//Відомості Верховної Ради України (ВВР).-1997-№30- [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80#Text>.

der Verträge als „später folgende Praxis der Anwendung eines internationalen Vertrags“<sup>46</sup> obligatorisch. Gemäß Artikel 2 des Gesetzes der Ukraine „Über die Vollstreckung von Urteilen und die Anwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ (EGMR)<sup>47</sup> ist die Entscheidung des EGMR für die Ukraine gemäß Artikel 46 EMRK bindend. Der Artikel 17 dieses Gesetzes bestimmt: „Gerichte wenden die Konvention und die Rechtsprechung des Gerichtshofs als Rechtsquelle bei der Bescheidung der Fälle an“. Darüber hinaus verlangt der Artikel 19 die Überprüfung aller Gesetzesentwürfe und Entwürfe untergesetzlicher Normen hinsichtlich der Einhaltung der EMRK, sieht aber auch die Verpflichtung von Ministerien und anderen zentralen Exekutivorganen vor, eine systematische Überwachung der Einhaltung der EMRK in der Verwaltungspraxis sicherzustellen. Im Gegensatz zum rechtlichen Status des *gemeinschaftlichen Besitzstands* und der Urteile des Gerichtshofs, worauf nur in der Konvention Bezug genommen wird und der, wie oben dargestellt, je nach Bereich der Zusammenarbeit unterschiedlich sein kann, ist der rechtliche Status der Praxis der EGMR-Rechtsprechung im einschlägigen ukrainischen Recht verankert. Verweise auf die Rechtsprechung des EGMR als Rechtsquelle sind ebenfalls in Verfahrensregeln verankert (zum Beispiel gilt gemäß Artikel 8 der Strafprozessordnung der Ukraine „der Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts in Strafverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“)<sup>48</sup>.

#### 4.1 Problematische Aspekte der Anwendung der EGMR-Praxis durch ukrainische Gerichte

Trotz der angeblichen Rechtsbestimmtheit hinsichtlich des Status der Rechtsprechung des EGMR im innerstaatlichen Rechtssystem ist die Anwendung der Rechtsprechung des EGMR durch ukrainische Gerichte mit einer Reihe von Herausforderungen verbunden. Zunächst gibt es sowohl unter Wissenschaftlern als auch in der Praxis eine Debatte über den rechtlichen Charakter von Entscheidungen des EGMR, ihre Zuordnung zu einer bestimmten Art von Rechtsquellen und das Verhältnis zu anderen Rechtsquellen im Kontext des romanisch-germanischen Typs des

---

<sup>46</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. // Відомості Верховної Ради України (ВВР).-1997. - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text); Віденська конвенція про право міжнародних договорів // Відомості Верховної Ради Української РСР - №17 – Ст.343 - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text).

<sup>47</sup> Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» // Відомості Верховної Ради України (ВВР).-2006-№30 - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>.

<sup>48</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР).-2013-№ 9-10- [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

Rechtssystems der Ukraine<sup>49</sup>. In Bezug auf die Rechtsnatur von Entscheidungen des EGMR als einer Rechtsquelle ist anzumerken, dass sowohl das Wiener Übereinkommen über das Recht der Völkerrechtsverträge als auch das Gesetz der Ukraine „Über die Durchsetzung von Entscheidungen und die Anwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ als Rechtsquelle nicht einzelne Entscheidungen des EGMR ansehen, sondern die Rechtsprechung des Gerichts insgesamt. Nach Ansicht des Rechtstheoretikers P. Rabinovych wird der Begriff der Rechtspraxis durch drei Kriterien definiert: (i) Die Rechtspraxis betrifft normalerweise die Regelung atypischer Situationen in der Rechtsanwendung und ist gekennzeichnet durch die Konsolidierung der „objektiven Erfahrung dieser Tätigkeit“ in den begründeten Urteilen über die ordnungsgemäße Anwendung der Rechtsnormen; (ii) die Aussagen der Rechtsprechung werden in der Regel in Begründungsteilen von Entscheidungen in mehreren ähnlichen Fällen gebildet und unterliegen der amtlichen Veröffentlichung. (iii) die Herausformung der Rechtsprechung findet häufig vor dem Hintergrund einer übermäßigen Abstraktheit der Rechtsvorschriften und des Vorhandenseins von Gesetzeslücken statt<sup>50</sup>. Nach Ansicht einer Reihe ukrainischer Wissenschaftler prägen und formen die Urteile des EGMR zweifellos seine Rechtsprechung, denn darin spiegelt sich die detaillierte Herangehensweise des Gerichtshofs zu den Fällen unter Bezugnahme auf frühere Gerichtsentscheidungen in dieser oder ähnlichen Kategorien von Fällen ausführlich wider. Die Entscheidungen werden offiziell bekannt gegeben und sie beziehen sich auf atypische Situationen oder Lücken in der Gesetzgebung des beklagten Staates<sup>51</sup>. Da die Entscheidungen des Gerichtshofs keine neuen Regeln setzen, sondern nur die Bestimmungen des Übereinkommens auslegen und anwenden, schaffen sie nicht das Präzedenzrecht (Fallrecht als Rechtsquelle), sondern die Rechtsprechung, deren Anwendung nicht dem romanisch-germanischen Rechtssystem widerspricht und beispielsweise in Frankreich weit verbreitet ist.

Ein weiteres Problem stellt die Frage der Stellung der Entscheidungen des EGMR im System der Rechtsquellen, die von den Gerichten der Ukraine im Lauf deren Falllösung verwendet werden. Die Dringlichkeit dieser Frage ist auf mögliche Konflikte zwischen den Bestimmungen der Verfassung der Ukraine oder der Ge-

---

<sup>49</sup> Буткевич, О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. *Лабораторія законодавчих ініціатив*. - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicii\\_Politiki\\_ECHR.pdf](https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicii_Politiki_ECHR.pdf).

<sup>50</sup> Рабінювич П. М. (2014). Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. К: КІС, ст.98.

<sup>51</sup> Буткевич, О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. *Лабораторія законодавчих ініціатив*. - [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу:

[https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicii\\_Politiki\\_ECHR.pdf](https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicii_Politiki_ECHR.pdf), ст.12-13; Петришин, О. (2016). Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії. *Право України* 10, ст.20-27.

setze der Ukraine und der Praxis der EGMR zurückzuführen. Die Analyse der einschlägigen Literatur erlaubt es, zwei Hauptansätze zu unterscheiden<sup>52</sup>. Da die Rechtsprechung des EGMR keine neuen Rechtsnormen schafft, sondern die Normen der EMRK anwendet, tendiert die Lehre eher dazu, dass ihr gegenüber ein Ansatz verfolgt werden sollte, der der Anwendung der internationalen Verträge der Ukraine ähnelt. Dieses Argument erscheint logisch auch angesichts des oben erwähnten Buchstabens b des Absatzes 3 des Artikels 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Völkerrechtsverträge, wo auf die enge Verbindung zwischen dem Übereinkommen und der Praxis seiner Anwendung hingewiesen wird. Gemäß dem Artikel 19 des Gesetzes der Ukraine „Über internationale Verträge der Ukraine“ stellen „gültige internationale Verträge der Ukraine, deren Verbindlichkeit von der Werchowna Rada der Ukraine genehmigt wurde, einen Teil der nationalen Gesetzgebung dar und werden in der für das nationale Recht vorgeschriebenen Weise angewendet“<sup>53</sup>. Da weder die Verfassung der Ukraine noch das einschlägige Rahmengesetz der Ukraine den Vorrang des Völkerrechts vor dem nationalen oder umgekehrt des nationalen vor dem internationalen Recht begründen, kann der Schluss gezogen werden, dass die EGMR-Praxis im System der Rechtsquellen dem Gesetz, also der materiellen Norm des nationalen Rechts gleichwertig ist. Nach dem zweiten Ansatz, der insbesondere durch die Analyse der Struktur der Schlussfolgerungen der VerfGU bei Verfassungsbeschwerden von Bürgern über die Verletzung ihrer Rechte bestätigt wird, hat die Rechtsprechung des EGMR einen Hilfscharakter und gilt eher als eine Ergänzung zu anderen Rechtsquellen<sup>54</sup>. Gleichzeitig ist anzumerken, dass sowohl vor als auch nach der Verabschiedung des Gesetzes der Ukraine „Über die Durchsetzung von Entscheidungen und die Anwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ (EGMR) die VerfGU-Richter es vermeiden, die Rechtsprechung des EGMR an einen bestimmten Ort im System der Rechtsquellen zu verweisen, weiche von Gerichten zur Rechtsanwendung verwendet wird. Der ehemalige Verfassungsrichter M. Savenko verweist bei der Bestimmung des Charakters der Tätigkeiten des EGMR hinsichtlich nationaler Träger der öffentlichen Gewalt, insbesondere der Justiz, im Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenrechte auf den subsidiären oder Hilfscharakter der Praxis von EGMR im System der Rechtsquellen<sup>55</sup>. Savenko zufolge sollten jedoch die Entscheidungen

---

<sup>52</sup> Рабінович П. М. (2014). Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. К: КІС; Буткевич, О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. Лабораторія законодавчих ініціатив, ст.18-20.

<sup>53</sup> Закон України «Про міжнародні договори»//Відомості Верховної Ради України (ВВР).-2004-№ 50. [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text).

<sup>54</sup> Analyse basiert auf den Entscheidungen und Gutachten des Verfassungsgerichts der Jahre 2018-2019, die die Rechtsprechung des EGMR auf deren Webseite: <http://www.ccu.gov.ua/storinka/aktyksu>.

<sup>55</sup> Савенко, М. (2005). Роль практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України. Вісник Конституційного Суду України № 6, ст.51-56.

des EGMR in Fällen gegen den Staat Ukraine entscheidend sein, denn stellt der EGMR fest, dass eine nationale Rechtsvorschrift nicht mit den Verpflichtungen des Staates aus dem Übereinkommen und mit dessen Bestimmungen nicht vereinbar ist, bedeutet dies automatisch die Verfassungswidrigkeit der Rechtsvorschrift<sup>56</sup>. In seiner Arbeit stellt der ehemalige VerfGU-Richter Savenko auch fest, dass das Gericht die Regeln der EMRK nicht auslegt, sondern stattdessen die Rechtsprechung des EGMR verwendet, um den Inhalt und den Umfang der Konventionsrechte auszulegen<sup>57</sup>. In der nach Inkrafttreten des Gesetzes der Ukraine „Über die Durchsetzung von Entscheidungen und die Anwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)“ veröffentlichten Arbeit wies Richter des VerfGU Hultai auch auf den konkreten Ort der EGMR-Praxis im System der verfassungsrechtlichen Rechtsquellen nicht hin<sup>58</sup>. Stattdessen verweist M. Hultai auf die Arbeit von Prof. Rabinovych<sup>59</sup> und identifiziert zwei Hauptarten von Auswirkungen der EGMR-Praxis auf die Verfassungsgerichtsbarkeit: (i) Berücksichtigung der Wertungen und Hinweise des EGMR in ihren Entscheidungen in konkreten Fällen innerhalb der nationalen Gerichtsbarkeit durch Verfassungsgerichte; (ii) Berücksichtigung der vom EGMR entwickelten Grundsätze sowie der konzeptionellen und methodischen Grundsätze des gerichtlichen Rechtsschutzes bei Entscheidungen über Menschenrechte<sup>60</sup>. Daher setzt das VerfGU bei seinen Tätigkeiten die Rechtsprechung des EGMR nicht mit dem nationalen Recht gleich, sondern bezeichnet sie als zusätzliche Rechtsquelle.

Drittens stellt das Fehlen von Übersetzungen der Rechtsprechung des EGMR in die ukrainische Sprache und methodischer Hinweise für deren Anwendung einen problematischen Aspekt bei der Anwendung der Rechtsprechung des EGMR durch ukrainische Gerichte dar. In der Ukraine gibt es eine Reihe von Projekten im Zusammenhang mit der Übersetzung der EGMR-Praxis, aber die Übersetzungen werden selektiv durchgeführt, wobei hauptsächlich Entscheidungen des EGMR in Bezug auf die Ukraine übersetzt werden. Aufgrund der erheblichen Arbeitsbelastung der Richter ist daher eine qualitative, systematische und eingehende Analyse der Rechtsprechung des EGMR nicht immer möglich. Während die Übersetzung von Rechtsakten der EU, die für den Anpassungsprozess relevant sind, seit mehreren Jahren im Rahmen des Projekts für technische Zusammenarbeit „Association4U“

---

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Гультай, М. (2012). Вплив практики Європейського Суду з прав людини на здійснення конституційного судочинства: шляхи оптимізації, у: С.В. Ківалов (ред.) Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф., 13-24.

<sup>59</sup> Рабiнович П. М. (2014). Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. К: КІС.

<sup>60</sup> Гультай, М. (2012). Вплив практики Європейського Суду з прав людини на здійснення конституційного судочинства: шляхи оптимізації, у: С.В. Ківалов (ред.) Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф., 13-24.

durchgeführt<sup>61</sup> und von der Europäischen Kommission finanziert wird, ist das Problem der Sprachbarriere auch im Zusammenhang mit der Anwendung von Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union drängend.

#### 4.2 Zwischenfazit

Zusammenfassend steht die Anwendung des Konventionsrechts, trotz des Bestehens einer entwickelten internationalen und nationalen Rechtsgrundlage für die Anwendung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR durch ukrainische Gerichte dennoch mindestens drei wesentlichen Hindernissen gegenüber: der umstrittenen Natur der Entscheidungen des EGMR im Kontext des romanisch-germanischen Rechtssystems; der Unsicherheit über die Verortung der Praxis des EGMR im System der Rechtsquellen der Ukraine sowie dem Fehlen ukrainischer Übersetzungen von Entscheidungen des EGMR, die die Ukraine nicht betreffen.

### 5 Berücksichtigung ausländischer Gerichtsentscheidungen bei der Auslegung des nationalen Rechts

Die Berücksichtigung ausländischer Gerichtsentscheidungen ist eines der Instrumente, die in einigen Ländern bei der Auslegung von Gesetzen durch Richter eingesetzt werden können. Zum Beispiel wird in Artikel 39 Teil 1 Absatz "c" der Verfassung von Südafrika<sup>62</sup> direkt die Pflicht der Justizbehörden verankert, das Recht der ausländischen Staaten bei der Auslegung des Abschnitts der Verfassung „Charta der Grundrechte“<sup>63</sup> heranzuziehen. Für Deutschland und die Ukraine ist diese Praxis jedoch neu und hinsichtlich ihrer Durchführbarkeit und Wirksamkeit ziemlich umstritten<sup>64</sup> und aktuelle Fragen zu Möglichkeiten, Perspektiven und Hindernissen für deren Umsetzung werden in wissenschaftlichen Arbeiten, Konferenzen und anderswo diskutiert.

Insbesondere im Nationalen Bericht an den XVI. Kongress der Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte „Zusammenarbeit zwischen Verfassungsgerichten in Europa – Rahmenvereinbarungen und aktuelle Perspektiven“ stellte das VerfGU fest, dass es sich nicht auf die Praxis ausländischer Verfassungsgerichte bezogen hat, da es unzulässig ist, auf neue Quellen zu verweisen, wozu keine Verpflich-

---

<sup>61</sup> Für die Informationen vom Projekt Association4U die Webseite: <https://association4u.com.ua/>.

<sup>62</sup> Конституция Южно-африканской республики: от 11 октября 1996 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=78>.

<sup>63</sup> *Trilsch M. A.* Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht. B. 234: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 2012, S. 267.

<sup>64</sup> *Trilsch M. A.* Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht. B. 234: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 2012, S. 267, 269.



tung für unseren Staat besteht, aber die ausländische Praxis berücksichtigte (hauptsächlich der russischsprachigen Länder wegen der gemeinsamen historischen Vergangenheit und ähnlicher Entwicklungsbedingungen), worauf sich die Richter in abweichenden Meinungen sogar bezogen haben<sup>65</sup>. Mit anderen Worten stellt angesichts der wachsenden Aufmerksamkeit von gerichtlichen Institutionen auf die ausländische Rechtsprechung der Mangel an einer normativ verankerten Möglichkeit, ausländische Gerichtsentscheidungen als Rechtsquellen zu verwenden, einen der Hauptgründe dar, die Hindernisse in diese Richtung schaffen.

Dies legt die Möglichkeit nahe, die Verwendung ausländischer Urteile in zwei Richtungen zu erwägen, die unterschieden werden sollten: als Rechtsquelle und als unterstützendes Material. In Bezug auf die erste Option ist anzumerken, dass in der Ukraine unter den Entscheidungen ausländischer Gerichte als Rechtsquellen ausschließlich die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gelten. Inländische Gerichte können deswegen Gerichtsentscheidungen ausländischer Staaten nicht als Rechtsgrundlage heranziehen, um ihre Entscheidung zu begründen, sofern gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Die Zweckmäßigkeit, sie als Rechtsquellen anzuerkennen, ist umstritten, da ein solcher Schritt nicht ohne Nachteile ist. Das Haupthindernis für die Verwendung solcher Quellen können beispielsweise Unterschiede in Gesetzgebung, dem Staatsaufbau, der Kultur verschiedener Länder usw. sein, die die Grundlage dieser Entscheidung bildeten, mit anderen Worten: was für ein Land die Norm darstellt, kann für ein anderes unverständlich und schädliche Konsequenzen bedeuten. Die Verwendung solcher Entscheidungen als Rechtsquellen kann zu einer ungerechtfertigten Einschränkung der Rechte und Freiheiten der Bürger sowie zu einer falschen Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen führen (die dann den Vorschriften eines ausländischen Staates entsprechen, jedoch dem innerstaatlichen Recht widersprechen würde). Spricht man dann nicht über entwickelte europäische Länder, an deren Gesetzgebung sich die Ukraine anpassen möchte, sondern über Entscheidungen anderer ausländischer Gerichte, dann wird es wahrscheinlich überflüssig und unangemessen, sie zu berücksichtigen.

Betrachtet man jedoch ausländische Gerichtsentscheidungen als unterstützende Materialien und nicht als Rechtsquellen, kann ihre Berücksichtigung angemessen und nützlich sein. Gemeint ist, diese als zusätzliche Informationsquellen über die Art und den Inhalt einiger Rechtskategorien zu verwenden, über Grundlagen des Rechts, aber auch als Ansätze zur Lösung von Konflikten und insbesondere in komplizierten Fällen und ähnlichen Konfliktlagen. In diesem Fall spielen Gerichtsentscheidungen die Rolle einer Ideenquelle, die der Richter nutzen kann, um seine eigene Position zu formulieren und seine Argumentation zu stärken. Ein Beispiel für die erfolgreiche Anwendung ausländischer Gerichtsentscheidungen in dieser Per-

---

<sup>65</sup> Конституційний Суд України. Національна доповідь на XVI Конгрес Конференції європейських конституційних судів «Співпраця між конституційними судами в Європі – рамкові угоди і перспективи в даний час». 33 с. С. 25-26. URL: <https://www.confueconstco.org/reports/rep-xvi/LB-Ukraine-MS.pdf>.

spektive ist die Entscheidung des Rayonsgerichts von Popasna in der Luhanska Oblast vom 5. April 2017<sup>66</sup>, wo der Richter auf die abweichende Meinung seines ausländischen Kollegen, eines Richters des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten, verwies, um seine Position durch eine zutreffende Aussage zu belegen, die mit seinen Ansichten zur Gerechtigkeit übereinstimmte, nämlich: „Unter diesen Umständen sollte das Gericht der Täterin auf den ersten Blick eine Verwaltungsstrafe auferlegen, die sich aus der Sanktion des betreffenden Artikels des Kodex für Verwaltungsverstöße ergibt, obwohl diese Bestrafung eindeutig unfair und übertrieben wäre. In diesem Zusammenhang hält es das Gericht jedoch für möglich, auf die Worte des Richters des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten, Stephen Breyer, zu verweisen, die in seiner abweichenden Meinung dargelegt wurden (zusammen mit dem Präsidenten dieses Gerichts, John G. Roberts, und dem Richter Anthony Kennedy). Im Fall „Petrella v. Metrogoldwyn-Mayer, Inc., et al.“: „Rechtssysteme enthalten Doktrinen, die den Gerichten helfen, die Ungerechtigkeit zu vermeiden, die entstehen könnte, wenn die Rechtsnormen in jedem Fall streng angewendet werden würden, egal wie ungewöhnlich die Umstände sind. „Die Natur der Gerechtigkeit besteht, wie noch Aristoteles bemerkt hat, darin, das Gesetz zu korrigieren, wenn es aufgrund seiner Universalität fehlerhaft ist“<sup>67</sup>.

Das Vorstehende bestätigt, dass die Entscheidung des Gerichts nicht unbedingt auf die trockene Zitierung der Bestimmungen der Rechtsnormen begrenzt ist, denn sie ist eine Folge der intellektuellen und sogar zu einem gewissen Grad schöpferischen Tätigkeit des Menschen und nicht formaler oder gar automatisierter Maschinenarbeit. Durch die rechtzeitige Bezugnahme auf die Rechtslehre, Entscheidungen ausländischer Gerichte usw. werden sie verständlicher, interessanter, lebendiger, für die Leser leichter wahrnehmbar, und die Position des Richters wird klarer, begründeter, vernünftiger und transparenter, humaner. Dies wird das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz stärken.

In Anbetracht des oben Gesagten ist die Berücksichtigung ausländischer Urteile in den folgenden Fällen angebracht und nützlich: 1) wenn die rechtliche Auslegung von Bestimmungen der Vorschriften von Ländern erforderlich ist, für die diese ebenfalls verbindlich gelten (insbesondere wenn es sich um EU-Dokumente, UN-Vorschriften, andere internationale Rechtsakte handelt), um eine einheitliche Praxis ihres Verständnisses und ihrer Anwendung zu gewährleisten. Darüber hinaus kann der internationale Ursprung der einer oder anderen Norm eine Überarbeitung und Änderung der nationalen Methoden und Ansätze in der Auslegung fordern<sup>68</sup>, eine

---

<sup>66</sup> Entscheidung des Rayonsgerichts Popasna der Region Luhansk vom 5. April 2017 in der Rechtssache Nr. 423/369/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65910303>.

<sup>67</sup> Entscheidung des Rayonsgerichts Popasna der Region Luhansk vom 5. April 2017 in der Rechtssache Nr. № 423/369/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65910303>.

<sup>68</sup> Klöckner I. Grenzüberschreitende Bindung an zivilgerichtliche Präjudizien. Möglichkeiten und Grenzen im Europäischen Rechtsraum und bei staatsvertraglich angelegter Rechtsvereinheitlichung. B. 3: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. 254 s. S. 185.

Modernisierung der traditionellen Vorstellungen über bestimmte Rechtskonstruktionen, Phänomene usw. verlangen. In manchen Fällen sind die Gerichtsentscheidungen der Staaten nützlich, in denen der betreffende normative Rechtsakt seit langem anerkannt und angewendet wird; 2) um aus den Erfahrungen mit der Auslegung und der Anwendung bestimmter Rechtsnormen zu lernen, um die innerstaatliche Rechtsanwendungspraxis an die Standards eines anderen Landes oder von Ländern in diesem Bereich anzupassen und um sicherzustellen, dass das Gericht die europäischen und / oder internationalen Standards und Gesetze einhält<sup>69</sup>; 3) zum Ziehen von Vergleichen, um zu beweisen, dass der Einsatz bestimmter Handlungen, Mittel, Schlussfolgerungen auf eine bestimmte Situation zu die Wirksamkeit bestimmter rechtlicher Mittel oder die Zweckmäßigkeit einer entsprechenden Lösung des Falls unter ähnlichen Umständen möglich oder unmöglich ist.

Solche Praxis erfordert jedoch Vorsicht, ernsthafte Vorbereitung und Liebe zum Detail. Die folgenden Voraussetzungen können zu Leitlinien für die Lösung des Problems der Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Berücksichtigung der Entscheidungen ausländischer Gerichte werden: Unmöglichkeit, die Lücke im Gesetz / Recht zu schließen, den Fall mit innerstaatlichen Mitteln zu lösen; das Vorhandensein in der Sache von Merkmalen, Elementen und Umständen, die dem Fall gemeinsam sind, in dem die Entscheidung von einer ausländischen Justizbehörde getroffen wurde; die Erfüllung von Bedingungen, die die Entscheidungen ausländischer Gerichte auf eine bestimmte Situation anwendbar machen, zum Beispiel: identische Rechtsnormen, Ähnlichkeit der Rechtsvorschriften, Vorhandensein der Entscheidung über die Auslegung des für diese Länder gemeinsamen normativen Rechtsakts (eines internationalen Rechtsdokuments); allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze, rechtlicher Konzepte, Begriffe, Kategorien; das Vorhandensein in der Entscheidung der allgemeinen Erwägungen im Zusammenhang mit den spezifischen rechtlichen und regulatorischen Bestimmungen der gemeinsamen rechtlichen Strukturen, Konzepte, Phänomene und Prinzipien; organische Konkordanz der Entscheidung (der Bestimmungen, auf die sich der Richter bezieht) mit der innerstaatlichen Gesetzgebung, der Rechtslehre, der Praxis in einem bestimmten Bereich usw., Entscheidungen ausländischer Gerichte sollten nicht den innerstaatlichen Rechtsquellen in dem zu verwendenden Teil usw. widersprechen.

Daher können Entscheidungen ausländischer Gerichte bei ordnungsgemäßer und sorgfältiger Anwendung eine wichtige Rolle spielen und sich positiv auf die Qualität nationaler Gerichtsentscheidungen und die Wirksamkeit ihrer Aktivitäten auswirken. Diese zielen darauf ab, den einen oder anderen Streitfall zu lösen, nationale und internationale Vorschriften auszulegen und / oder die Rechtsanwendungspraxis zu verbessern. Auch die Einführung neuer normativer Dokumente in die Praxis und die Förderung der Auswahl und Begründung wirksamer Mittel zur Reaktion auf Straftaten usw. zählen dazu.

---

<sup>69</sup> Grabenwarter C. Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa – Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven. URL: <https://www.confueconstco.org/reports/rep-xvi/Generalbericht%20DE.pdf>.

Darüber hinaus erscheint es angemessen und notwendig, die Entscheidungen europäischer Gerichte (Gerichte europäischer Staaten) für andere Mitgliedstaaten (oder Interessierten an der EU-Mitgliedschaft, der assoziierten Mitglieder) über die Einhaltung / Verletzung europäischer Rechtsvorschriften zu berücksichtigen, um europäische Standards der Regulierung und der öffentlichen Verwaltung in den relevanten Bereichen zu etablieren, was der Annäherung der Staaten aneinander und der Schaffung / Aufrechterhaltung eines einheitlichen europäischen Rechtsraums von Nutzen ist.

# Die Ausrichtung der juristischen Ausbildung: Anwalts- oder Richterbildfixierung und ihre Auswirkung auf die nationale Rechtskultur

*Ass. iur. Katharina Hundertmark*

## 1 Einleitung

„Die Juristenausbildung ist aus der Sicht der Anwälte eine Fremdausbildung.“<sup>1</sup> Dieses Zitat verdeutlicht anschaulich die stetige Diskussion um die juristische Ausbildung in Deutschland, bei der – vor allem aus Sicht der Anwaltschaft – der Ruf nach mehr Praxisbezug im Studium laut wird. Die deutsche Juristenausbildung gliedert sich in zwei voneinander unabhängige Abschnitte: das rechtswissenschaftliche Studium und im Anschluss hieran den juristischen Vorbereitungsdienst, das sogenannte (juristische) Referendariat. Ziel der juristischen Ausbildung ist die Erlangung der Befähigung zum Richteramt, welche in § 5 des DRiG<sup>2</sup> ihre Grundlage findet. Gemäß § 5 Abs. 1 DRiG erwirbt die Befähigung zum Richteramt, wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einem anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt; die erste Prüfung besteht aus einer universitären Schwerpunktbereichsprüfung und einer staatlichen Pflichtfachprüfung.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Hartmut Kilger*, Juristenausbildung und Anwaltsausbildung, NJW 2003, 711 (713).

<sup>2</sup> Deutsches Richtergesetz (DRiG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 1972 (BGBl. I S.713).

<sup>3</sup> Auf Landesebene wird die Juristenausbildung in Juristenausbildungsgesetzen und -verordnungen geregelt.

Dabei enthält das DRiG grundsätzlich wesentliche Regelungen zum richterlichen Berufsstand, so dass es zunächst erstaunt, dass das Ziel der juristischen Ausbildung auch ihren Niederschlag im DRiG gefunden hat, obwohl es doch so viele unterschiedliche juristische Berufsfelder gibt. In den zurückliegenden Jahrzehnten war die so genannte „Befähigung zum Richteramt“ wegweisend für den Aufbau des rechtswissenschaftlichen Studiums.<sup>4</sup> Daraus lässt sich schlichtweg ableiten, dass die juristische Ausbildung in Deutschland auf das Berufsbild des Richters fixiert ist. Aus diesem Grund mag es nachvollziehbar sein, dass die Anwaltschaft Bedenken gegen die momentane Art der Ausbildung hegt und eine Ausbildung fordert, welche sich mehr auf den Berufszweig des Rechtsanwalts fokussiert. Genau aus diesem Grund gab es in der Vergangenheit viele Versuche, das Jurastudium zu reformieren. Dabei war und ist die häufigste Forderung der Anwaltschaft stets die Abkehr vom bisherigen „Einheitsjuristen“, da rund 75 % Absolventen eines volljuristischen Studiums den Anwaltsberuf ergreifen und nur ein kleiner Teil tatsächlich den Richterberuf wählt.<sup>5</sup>

## 2 Befähigung zum Richteramt

Die am Ende der gesamten Ausbildung (Studium und Vorbereitungsdienst) erlangte „Befähigung zum Richteramt“ bedeutet aber nicht, dass der Absolvent<sup>6</sup> dann auch Richter werden muss.<sup>7</sup> Sie verleiht ihm vielmehr den Status eines Volljuristen und führt in der Konsequenz auch dazu, dass alle anderen juristischen vom Staat regulierter Berufe von dieser Befähigung abgeleitet werden. Zunächst ist sie für die Berufung ins Richterverhältnis gem. § 9 Nr. 3 DRiG erforderlich. Darüber hinaus ist sie auch Voraussetzung für die Zulassung zum Rechtsanwalt gem. § 4 Satz 1 Nr. 1 BRAO<sup>8</sup>, der Bestellung zum Notar gem. § 5 Satz 1 BnotO<sup>9</sup> sowie der Ernennung zum Staatsanwalt gem. § 122 Abs. 1 DRiG. Unabhängig davon, dass also jeder der

---

<sup>4</sup> Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9- 11-2012, [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?__blob=publicationFile&v=3) S. 20, letzter Aufruf: 11.06.2021.

<sup>5</sup> DAV stellt Gesetzentwurf zur Reform der Juristenausbildung vor, becklink 198144, 23.10.2006. Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9- 11-2012, [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?__blob=publicationFile&v=3) S. 20, letzter Aufruf: 11.06.2021.

<sup>6</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet.

<sup>7</sup> Dies hängt u.a. noch von der Note ab, da für den Zugang zum Staatsdienst eine gewisse Note mitgebracht werden muss, die nur ein geringer Teil der Absolventen mitgebracht hat. Hier zeigt sich aber gerade in den letzten Jahren ein Trend dahingehend, die Notenanforderung ein Stückweit herunterzuschrauben.

<sup>8</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) vom 1. August 1959 (BGBl. I S. 565).

<sup>9</sup> Bundesnotarordnung (BNotO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 1961 (BGBl. I S. 97).

genannten juristischen Berufe eine andere Stellung und Aufgabe im rechtlichen Gefüge einnimmt, durchlaufen doch alle die gleiche Ausbildung, fixiert auf den Beruf des Richters.

### 3 Universitäres Studium

In einem ersten Schritt soll daher zunächst das universitäre Studium im Hinblick auf die Richterbildfixierung näher untersucht werden.

#### 3.1 Inhalt des Studiums

Der Ausgangspunkt, welcher den Inhalt des rechtswissenschaftlichen Studiums vorgibt, findet sich wieder im DRiG. Gem. § 5a Abs. 2 S. 3 DRiG sollen im Studium die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Verfahrensrechts einschließlich der europarechtlichen Bezüge, der rechtswissenschaftlichen Methoden und der philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen gelehrt werden. Im Kern geht es also um die Vermittlung des theoretischen Wissens in den drei großen juristischen Bereichen Zivil-, Straf- und Öffentliches-Recht. Alle Studierende sollen nach Abschluss des Studiums die Grundlagen der in den einzelnen landesrechtlichen Ausbildungsverordnungen<sup>10</sup> für Juristen festgesetzten Prüfungsstoffs beherrschen, wobei eine entsprechende Spezialisierung auf einen Themenbereich zunächst nicht stattfindet, da alle Studierende bis zum Ende des Hauptstudiums die gleichen Vorlesungen besuchen und die gleichen Klausuren schreiben.

##### 3.1.1. Juristische Fallmethode

Der im Studium und auch im ersten Staatsexamen am häufigsten vorkommende Klausurtyp ist die Fallklausur, innerhalb derer ein Gutachten anzufertigen ist. Dadurch hebt sich die deutsche Juristenbildung im internationalen Vergleich deutlich hervor, da in den meisten anderen Ländern das Abfragen von auswendig Gelernten im Fokus steht.<sup>11</sup> Deutsche Studierende können hingegen ihr erlerntes materielles Wissen durch die im Studium erlernte Fallbearbeitung auf jeden abstrakten Sachverhalt anwenden.

---

<sup>10</sup> Vgl. hierzu z.B. Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAVO) vom 2. November 1993.

<sup>11</sup> *Stephan Barton*, Ist juristische Jurisprudenz möglich?, in: Barton, Stephan/ Hähnchen, Susanne/ Jost, Fritz (Hrsg.), *Praktische Jurisprudenz*, Hamburg 2011, S. 27; Michael, Beurskens, *Clinical Education – Praxisnahes wissenschaftliches Studium als Quadratur des Kreises?*, in: Kramer, Urs/ Kuhn, Tomas / Putzke, Holm, *Was muss Juristenausbildung heute leisten?*, Stuttgart 2019, S. 142. Dabei wurde die Übung an praktischen Fällen, die sich anfangs nur spärlich nachweisen lässt, im Jahr 1971 beispielsweise an der Universität Göttingen als eine besondere Lehrveranstaltung durchgeführt, vgl. Gerhard Köbler, *Zur Geschichte der Juristenausbildung in Deutschland*, *Juristen Zeitung* 1971, 768 (772).

Entscheidende Bedeutung bei der Bewertung methodischer Gesichtspunkte ist daher auch der Gutachtenstil. Die Erstellung eines Gutachtens ist die zentrale Aufgabe der juristischen Ausbildung im Hinblick auf das Erste Staatsexamen. Die Gutachtentechnik ist neben dem Gutachtenstil daher von besonderer Bedeutung für eine erfolgreiche Klausur.<sup>12</sup> Der Gutachtenstil zeichnet sich dadurch aus, dass er sprachlich genau den Denkprozess zum Ausdruck bringt, mit dem der Klausurbearbeiter zur Beantwortung der Fragestellung gelangt und das Ergebnis in alle erdenklichen Richtungen „absichert“, indem er die für ihn überzeugendste Lösung sucht.<sup>13</sup> Wie in anderen Wissenschaften auch kommt es nicht primär auf das Ergebnis, sondern auf das „Warum?“ an, das in juristischen Klausuren nach einer bestimmten formalen Struktur entwickelt werden muss. So wird die Methodenlehre auch als das „Navigationssystem“ des Juristen angesehen.<sup>14</sup> Es lässt sich sagen: „Wer einmal begriffen hat, mit welchen Mitteln und auf welchen Wegen man zu einer Falllösung kommt, kann dies gegebenenfalls auch mit lückenhafter Rechtskenntnis und bei der Bearbeitung eines „unbekannten“ Falls erfolgreich in Ansatz bringen.“<sup>15</sup>

Letztendlich werden die Studierenden bei der Erstellung eines Gutachtens in die Rolle eines objektiven Richters versetzt, der sich einen konkreten Sachverhalt vornimmt und diesen rechtlich in allen in Betracht kommenden Facetten juristisch begutachtet. Denn gerade die Maximen ‚jedem sein Recht zukommen lassen‘ und ‚auch die andere Seite hören‘ sind essentialia jeder gelungen richterlichen Arbeit.<sup>16</sup> Damit einher geht auch die Ikonografie der Göttin Justitia, die mit Augenbinde, Waage und Richtschwert als Symbol für die Gerechtigkeit steht und klassische Elemente des Richterberufs repräsentiert.<sup>17</sup> Dabei kann man sich die Studierenden im Studium als eine Art Berichterstatter einer richterlichen Kammer vorstellen, dessen Aufgabe darin besteht, einen durch die Kammer zu entscheidenden Fall vorzubereiten und den anderen Kammermitgliedern vorzustellen. Damit diese sich ein vollumfassendes Bild von dem konkreten Sachverhalt machen können, ist es entscheidend, dass der Sachverhalt alle erdenklichen Lösungsmöglichkeiten mitabdeckt. Aus diesem Grund sollten Studierende auch dann, wenn sie im Rahmen einer Klausur früh aus der Lösung aussteigen, weil sie beispielsweise nach ihrer Lösung nicht weiterprüfen können, ein Hilfsgutachten anfertigen. Verglichen mit dem Fall des Berichterstatters erscheint es durchaus denkbar, dass der Berichterstatter mit seiner eigenen Rechtsmeinung, die Klage sei z.B. unzulässig, gegenüber seinen Kammerkollegen nicht durchdringt und überstimmt wird. Für diesen Fall muss er, ungeachtet seiner eigenen

---

<sup>12</sup> Vgl. hierzu insbesondere den Aufsatz von *Beyerbach*, Gutachten, Hilfsgutachten und Gutachtenstil – Bemerkungen zur juristischen Fallbearbeitung, JA 2014, 813, 813.

<sup>13</sup> *Müllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 9. Auflage (2019), Rn. 42.

<sup>14</sup> *Mann*, Einführung in die Juristische Arbeitstechnik, 5. Auflage (2015), Rn. 227; *Rütbers*, Wozu auch noch Methodenlehre? – Die Grundlagenlücken im Jurastudium, JuS 2011, 865, 867.

<sup>15</sup> *Dornis/Kefenich/Lemke*, Rechtswissenschaftliches Arbeiten, (2018), S. 119.

<sup>16</sup> *Sebastian Läßle*, Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 77.

<sup>17</sup> *Sebastian Läßle*, Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 77.



Rechtsauffassung, in der Lage sein, die weiteren Facetten des Falls vorzutragen und hierzu einen Lösungsvorschlag zu präsentieren.<sup>18</sup> Dieses Beispiel verdeutlicht umso mehr, dass Studierende im Laufe ihres Studiums und schließlich auch im Examen immer in der Rolle des neutralen Richters agieren, der das Für und Wider abwägt und sich für keine bestimmte Seite ausspricht.

### 3.1.2. *Praktische Einbindungen in das Studium*

Damit den Studierenden im Laufe ihres Studiums nicht nur das theoretische Wissen vermittelt wird, legt § 5a Abs. 3 S. 1 DRiG fest, dass die Inhalte des Studiums auch die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen<sup>19</sup> beinhaltet.<sup>20</sup> Gem. § 5a Abs. 3 S. 2 DRiG finden in der vorlesungsfreien Zeit praktische Studienzeiten von insgesamt mindestens drei Monaten Dauer statt. Durch die Einbeziehung praxisrelevanter Elemente in das Studium soll sichergestellt werden, dass Theorie und Praxis schon im Studium Hand in Hand gehen. So bietet beispielsweise die Universität Heidelberg anwaltsorientierte Vorlesungen und Arbeitsgemeinschaften an, die dort Teil der Basisausbildung jedes/-r Studierenden sind.<sup>21</sup>

#### 3.1.2.1 *Schlüsselqualifikationen*

Wie soeben genannt, sieht es das deutsche Richtergesetz seit dem Jahr 2003 vor, dass im Rahmen des juristischen Studiums Schlüsselqualifikationen gelehrt werden, wobei das Gesetz selbst eine – nicht abschließende – Aufzählung vornimmt. Diese umfasst unter anderem Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit, vgl. § 5a Abs. 3 S. 1 DRiG. Der Gedanke, der dahinter steht, beruht vor allem auch darauf, dass *Recht Kommunikation braucht*, denn unabhängig davon, welchen juristischen Beruf die Studierenden später ausüben, muss in jedem Berufsfeld beraten, verhandelt oder vermittelt werden.<sup>22</sup> Diesem Erfordernis versucht nun die Schlüsselqualifikation Rechnung zu tragen. In den meisten Ländern ist es daher verpflichtend mindestens eine Schlüsselqualifikation (erfolgreich) zu absolvieren. Die Schlüsselqualifikationen sind sog. *soft skills*, die

---

<sup>18</sup> *Thomas Mann*, Einführung in die Juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl., München 2015, Rn. 225.

<sup>19</sup> Der Begriff der Schlüsselqualifikation geht dabei auf Dieter Mertens zurück, der den Begriff gewählt hat, weil die Bildungsziele und Bildungselemente der „Schlüssel zur raschen und reibungslosen Erschließung von wechselndem Spezialwissen sind“, *Dieter Mertens*, Mitteilungen aus der Arbeits- und Berufsforschung 1974, 36 (36); *Sebastian Läßle*, Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 69.

<sup>20</sup> Dabei wurde der Teil der Norm, welcher die Schlüsselqualifikation nunmehr als Teil des Studiums benennt, erst mit Wirkung vom 01. Juli 2003 durch Gesetz vom 11. Juli 2002 (BGBl. I S. 2592) eingeführt. § 5a Abs. 4 DRiG bestimmt, dass das Nähere durch ein Landesgesetz geregelt wird. Alle Länder sind ihrem Gesetzgebungsauftrag nachgekommen und haben ihre Juristenausbildungsgesetze und -verordnungen neu gefasst.

<sup>21</sup> <https://www.jura.uni-heidelberg.de/anwaltsorientierung/>, letzter Abruf: 11.06.2021.

<sup>22</sup> *Stephan Breidenbach*, Eine neue Juristenausbildung, NJW 2020, 2862 (2867).

dazu dienen, Fähigkeiten und Kompetenzen, die der Bewältigung von verändernden Anforderungen des Berufslebens dienen, zu erlernen. So kann man sich zwar auch hier auf den Standpunkt stellen, dass viele der angebotenen Qualifikationen - gerade die Mediation sowie die Streitschlichtung - Bereiche sind, die auf die Richtertätigkeit zugeschnitten sind. Allerdings gibt es an den Universitäten auch Veranstaltungen, die ganz klassische rechtsanwaltliche Tätigkeit abbilden. Teil dieses Angebots sind zum einen die diversen Moot Courts, in denen Studierende die Rolle von Anwälten in fiktiven Prozessen wahrnehmen und Schriftsätze verfassen oder Plädoyers halten müssen.<sup>23</sup> So finden sich beispielsweise an der Universität Göttingen die Veranstaltungen „Studentische Rechtsberatung (Law Clinic) und die Barrierefreie Rechtsberatung“.<sup>24</sup> Die Aufgabenstellung des Projektes ist die wöchentliche Durchführung von juristischen Beratungsgesprächen mit ratsuchenden Personen durch Studierende unter fachkundiger Anleitung eines Rechtsanwalts. Im Anschluss an die Beratung erhält der Studierende, welcher die Beratung durchgeführt hat, von dem Rechtsanwalt in einem Einzelgespräch ein entsprechendes Feedback und dieser weist auf weiterführende Probleme, Lösungsansätze und ggf. relevante Gerichtsentsehide hin. Ein anderes Beispiel für eine stärkere Einbindung anwaltlicher Praxis findet sich an der Universität Halle-Wittenberg. Dort gibt es eine Schlüsselqualifikation „Anwaltliche Praxis“, die – wie der Name vermuten lässt – neben allgemeinen Dingen - wie der Organisation einer Rechtsanwaltskanzlei, dem anwaltlichen Berufsrecht und dem Umgang mit Mandanten - anhand von tatsächlich laufenden oder abgeschlossenen Mandaten die Besonderheiten des zivil-, straf-, verwaltungs-, familien-, arbeits- und sozialrechtlichen Mandats behandelt.<sup>25</sup> Diese kleine Auswahl an universitären Schlüsselqualifikationen soll verdeutlichen, dass die Universitäten bemüht sind, ihrem Gesetzauftrag nachzukommen und gerade die anwaltliche Berufspraxis mehr in das richterorientierte Studium zu integrieren, um die Studierenden auch auf andere Berufsfelder vorzubereiten.

---

<sup>23</sup> Je nach Ausgestaltung des Moot Courts kann in diesen fiktiven Prozessen auch die Richterbank mit Studierenden besetzt sein, vgl. *Thomas Mann/Helen Wienands*, Praxisnahe Juristenausbildung, in: Mann (Hrsg.), *Europäisierung der ukrainischen Juristenausbildung*, 2016, S. 129 (135 ff.).

<sup>24</sup> <https://www.uni-goettingen.de/de/rechtsberatung/514334.html>, letzter Abruf: 11.06.2021, wobei sich die barrierefreie Rechtsberatung explizit an Menschen mit Behinderung und anderen chronischen Erkrankungen wendet. Ausführlich zu sog. „law clinics“ *Thomas Mann/Helen Wienands*, *Praxisnahe Juristenausbildung*, in: Mann (Hrsg.), *Europäisierung der ukrainischen Juristenausbildung*, 2016, S. 129 ff. Einen weiteren anwaltsorientierten Baustein bilden noch die Veranstaltungen „Das Mandat im Arbeitsrecht“, „Vertragsgestaltung in der notariellen Praxis“ sowie „Vertragsgestaltung in der agrarrechtlichen Praxis“.

<sup>25</sup> [https://www.jura.uni-halle.de/studium\\_lehre\\_pruefung/studium\\_lehre/lehrveranstaltungen/\\_schlüsselqualifikationen/#anchor2512191](https://www.jura.uni-halle.de/studium_lehre_pruefung/studium_lehre/lehrveranstaltungen/_schlüsselqualifikationen/#anchor2512191), letzter Abruf: 11.06.2021. Daneben findet sich auch noch eine Veranstaltung zur Praxis der Vertragsgestaltung.

### 3.1.2.2 Schwerpunktstudium: Versuch einer Anwaltsorientierung der Juristenausbildung

Einen weiteren Abschnitt des Studiums bildet das sog. Schwerpunktstudium, welches durch das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11.07.2003<sup>26</sup> Einzug in das DRiG fand. Seitdem sind gem. § 5a Abs. 2 S. 1 DRiG Gegenstand des Studiums neben den Pflichtfächern auch Schwerpunktbereiche mit Wahlmöglichkeiten. Der Sinn der Änderung bestand darin, dass das weitgehend auf den Richterberuf ausgerichtete Studium und die damit einhergehende vernachlässigte Lehre der Rechtsberatung und Rechtsgestaltung letztere mehr integrieren wollte. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass die überwiegende Anzahl der Absolventen den Rechtsanwaltsberuf wählt.<sup>27</sup> Das Schwerpunktstudium eröffnet daher die Möglichkeit zur Spezialisierung und ist damit ein potentielles Tor für die Einbindung von Praktikern.<sup>28</sup> Dies ist jedoch schwierig, da z.B. § 4a Abs. 1 S. 1 NJAG<sup>29</sup> vorgibt, dass die Schwerpunktbereiche der Ergänzung des Studiums, der Vertiefung der mit ihnen zusammenhängenden Pflichtfächer sowie der Vermittlung interdisziplinärer und internationaler Bezüge des Rechts dienen. Eine stärkere Praxisorientierung wird jedoch gerade nicht gefordert. Nimmt man daraufhin die Veranstaltungsangebote der Universitäten in den Blick, so stellt sich auch recht schnell heraus, dass auch die Schwerpunktvorlesungen keinen wirkliche praxisorientierte Spezialisierung mit sich bringen.<sup>30</sup> Im Vergleich zu den normalen Vorlesungen des Grund- und Hauptstudiums werden im Schwerpunktstudium natürlich speziellere Themengebiete vertieft, die häufig auch durch Anwälte als Lehrbeauftragte gelehrt werden. Dennoch beschränken sich die Vorlesungen auch hier auf die Vermittlung des materiellen Wissens, was auch bereits aus der Form der Wissensvermittlung folgt, die nach wie vor im Frontalunterricht erfolgt.

### 3.1.2.3 Praktische Studienzeit

Im Rahmen des Studiums sind zudem drei Pflichtpraktika von einer Gesamtdauer von drei Monaten zu absolvieren, § 5a Abs. 3 S. 2 DRiG. Diese sind in der Regel bei einem Gericht sowie einer Verwaltungsbehörde und einem Rechtsanwalt zu absolvieren. Dadurch sollen die Studierenden die richterliche Arbeitsweise kennenlernen und in die Aufgabenstellung und Arbeitsweise einer Verwaltungsbehörde sowie eines Rechtsanwaltsbüros oder einer Rechtsabteilung eingeführt werden. Im Rahmen der praktischen Studienzeit wird den Studierenden daher eine Einsicht in unterschiedliche Berufsfelder ermöglicht.

---

<sup>26</sup> BGBl. 2002, S. 2592.

<sup>27</sup> Vgl. BT-Drs. 14/8629, S. 1.

<sup>28</sup> Michael Beurskens, Clinical Education – Praxisnahes wissenschaftliches Studium als Quadratur des Kreises?, in: Kramer, Urs/ Kuhn, Tomas / Putzke, Holm, Was muss Juristenausbildung heute leisten?, Stuttgart 2019, S. 169.

<sup>29</sup> Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAG) in der Fassung vom 15. Januar 2004 (Nds. GVBl. 2004, 7). Andere Länder enthalten ähnliche Formulierungen.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu auch Heino Schöbel, Das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung, JuS 2004, 847 (847).

### 3.2 Studium als Ebnung des Richterberufs

Die Studierenden lernen im Studium die Arbeitsweise eines Richters, der als objektive Person einen Sachverhalt betrachtet und im Rahmen eines umfassenden Gutachtens das Für und Wider abwägt, ohne für eine Seite Partei zu ergreifen. Die Versuche, das Studium ein Stückweit von der Richterbildfixierung zu entfernen, scheinen nicht geglückt. Lediglich die Schlüsselqualifikationsveranstaltungen schaffen es zum Teil, das anwaltliche Berufsfeld mit in das Studium einfließen zu lassen. Was die Studierenden im Studium aber gerade auch nicht lernen, ist das alltägliche Geschäft des Richters, d.h. unter anderem das Schreiben von Verfügungen etc. Am Ende des Studiums haben sie im Rahmen der Praktika sowohl in das Berufsfeld des Anwalts als auch des Richters einen kurzen praktischen Einblick erhalten. Teilweise dringt das Schlagwort der „Justizlastigkeit“ durch, weil eben nur die Denkweise des Richters vermittelt wird. Allerdings ist das im Studium erlernte Wissen und die Prognose richterlicher Entscheidungen für alle juristischen Berufe wichtig und keinesfalls überflüssig, da es eben Grundlagen für alle Berufsfelder vermittelt. Dabei ist gerade auch die richterliche *ex-ante* Sicht wichtig, da auch für einen Anwalt ersichtlich sein muss, wie ein konkreter Fall richterlich zu lösen ist, da er nur danach seine Rechtsberatung ausrichten kann.

## 4 Vorbereitungsdienst

Das universitäre Studium wird mit der ersten Prüfung (1. Staatsexamen) abgeschlossen, welche Voraussetzung für den Vorbereitungsdienst ist, welcher wiederum mit dem 2. Staatsexamen endet. Die zweite Phase der juristischen Ausbildung bildet daher der sog. Vorbereitungsdienst, das Referendariat. Dieses dauert ca. zwei Jahre und untergliedert sich in unterschiedliche Stationen.<sup>31</sup> Aber auch im Referendariat ist die Ausbildung nicht ausschließlich praxisorientiert, sondern verläuft zweigleisig: Theorie und Praxis gehen auch wieder Hand in Hand. Im Referendariat befinden sich die Referendare grundsätzlich in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis zum Staat, so dass das jeweilige Land ihnen auch eine Ausbildungsvergütung gewährt. Hierbei handelt es sich um ein in Europa singuläres Ausbildungskonzept, bei dem sich der Staat dazu aufgerufen fühlt, allen Nachwuchsjuristen in einer staatlich organisierten und finanzierten berufspraktischen Ausbildungsstange die Befähigung zur Ausübung klassischer Juristenberufe zu vermitteln.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Diese variieren in Dauer und Inhalt von Land zu Land. Im Rahmen dieses Beitrages soll jedoch die Schnittmenge wiedergegeben werden, die in allen Ländern gleich ist.

<sup>32</sup> *Killian, Matthias*, Juristenausbildung, Bonn 2015, S. 173.

#### 4.1 Verlauf des Referendariats

Die Rechtsgrundlage für den Vorbereitungsdienst findet sich wieder im DRiG in § 5b. Dort hat der Gesetzgeber die Pflichtstationen und deren Dauer festgelegt. Die Ausbildung findet gem. § 5b Abs. 2 DRiG bei einem ordentlichen Gericht in Zivilsachen, einer Staatsanwaltschaft oder einem Gericht in Strafsachen, einer Verwaltungsbehörde, einem Rechtsanwalt sowie bei einer oder mehreren Wahlstationen statt. Dabei sind die Referendare in der Regel 5 Monate bei einem Zivilgericht, 3 Monate bei der Staatsanwaltschaft oder einem Strafgericht, 3 Monate bei einer Verwaltungsbehörde und 9 Monate bei einem Rechtsanwalt tätig.<sup>33</sup> Gerade die Anwaltsstation als längste Station sticht dabei besonders hervor. Die Dauer wurde von vier auf neun Monate im Rahmen der juristischen Ausbildungsreform 2002 eingeführt, um der anwaltlichen Ausbildung ein höheres Gewicht beizumessen, da viele Absolventen später Anwälte werden. So sind z.B. in Niedersachsen drei von acht Examenklausuren reine Anwaltsklausuren und zudem umfasst die mündliche Examensprüfung ein eigenständiges anwaltliches Prüfungsgespräch. Im Vergleich dazu werden in Niedersachsen dann nur noch zwei Examenklausuren aus Richtersicht geschrieben, nämlich ein Urteil und eine richterliche Relation. Zusätzlich werden im Strafrecht eine Anklageschrift aus Sicht der Staatsanwaltschaft und im Öffentlichen Recht eine Klausur aus Sicht einer Behörde verpflichtend abgelegt. Daneben können die Referendare noch eine Examenklausur aus Sicht der Staatsanwaltschaft oder eine aus Sicht einer Verwaltungsbehörde wahlweise anfertigen, so dass es insgesamt acht Klausuren sind.

Referendare verbringen im Referendariat daher in der Regel „nur“ fünf Monate an einem Gericht, wohingegen sie neun Monate in einer Rechtsanwaltskanzlei tätig sind. Dies verdeutlicht umso mehr die besondere Rolle der anwaltlichen Ausbildung, die der Gesetzgeber mit der Erhöhung der Dauer der Anwaltsstation hervorgehoben hat. Praktisch mag dem jedoch entgegengehalten werden, dass die Anwaltsstation die letzte Station vor den schriftlichen Examenklausuren ist und viele Referendare ab diesem Zeitpunkt parallel damit beschäftigt sind, sich auf die Examenklausuren vorzubereiten. Aus diesem Grund „tauchen“<sup>34</sup> zahlreiche Referendare in den letzten Monaten der Anwaltsstation, um sich intensiv auf das Examen vorzubereiten. Um diese Folge ein Stückweit abzumildern, hat der Gesetzgeber die Dauer der Anwaltsstation auf neun Monate angehoben, damit wenigstens eine ähnliche Dauer dieser Station im Vergleich zu den anderen Stationen erreicht werden kann. Berücksichtigt man also, dass die Anwaltsstation zwar neun Monate lang ist, von vielen Referendaren aber deutlich verkürzt wird, so steht in Bezug auf die Dauer der Stationen an

---

<sup>33</sup> Dabei variiert die Stationsdauer von Land zu Land, da § 5b Abs. 4 S. 1 DRiG lediglich vorgibt, dass eine Pflichtstation mindestens 3 Monate und die Anwaltsstation mindestens 9 Monate dauert.

<sup>34</sup> Dies ist eine Strategie von Referendaren sich in Absprache mit ihren Ausbildern Freiräume zu verschaffen, so dass die Referendare nicht mehr am Arbeitsplatz erscheinen müssen und vielmehr lernen können.

zweiter Stelle unmittelbar die Gerichtsstation. Diese ist auch die erste Station zu Beginn des Referendariats.

#### 4.2 Justizlastigkeit?

Die Besonderheit des Vorbereitungsdienstes besteht zunächst darin, dass der Staat selbst die praktische Ausbildung der angehenden Juristen in die Hand genommen hat und diese für ihre Tätigkeit vergütet. Dadurch wird sichergestellt, dass alle, die die Befähigung zum Richteramt erlangen wollen, die Möglichkeit dazu haben. Da es sich also um eine staatliche Ausbildung handelt, trägt der Staat dafür Sorge, dass jeder Referendar einen Referendariatsplatz erhält sowie einen Ausbildungsplatz am Gericht, bei der Staatsanwaltschaft und einer Behörde zugewiesen bekommt. Lediglich für die Anwalts- und Wahlstation muss der Referendar eigenmächtig tätig werden und sich dort um eine Stelle bemühen. Wenn also gerade der Staat die Ausbildung organisiert und zur Verfügung stellt, dann muss er auch die Richtlinien dafür vorgeben. Dementsprechend ist er der Anwaltschaft entgegengekommen, wenn die Ausbildung eine nun neunmonatige Anwaltsausbildung einschließt und letztendlich nur in der ersten fünfmonatigen Station eine Fokussierung und Ausbildung auf den Richterberuf stattfindet. Von einer Fixierung auf das Bild des Richters kann im Kontext des Referendariats also nicht gesprochen werden.

### 5 Flankierende Rolle der Anwaltschaft als „Organ der Rechtspflege“

Abschließend soll noch einmal auf die Stellung des Anwalts im Rechtsgefüge eingegangen werden. Ruft man sich das klassische Bild eines Rechtsanwalts vor Augen, so würden die meisten – vor allem juristische Laien – sagen, dass der Rechtsanwalt ausschließlicher Vertreter der Interessen seines Mandanten ist. Dies ist auch zutreffend.

Allerdings normiert die Bundesrechtsanwaltsordnung in ihrem § 1 direkt, dass der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege ist. Als Organ der Rechtspflege nimmt der Rechtsanwalt im freiheitlichen Rechtsstaat als berufener Berater und Vertreter der Rechtssuchenden (§ 3 Abs. 1 BRAO) neben Richtern und Staatsanwälten eine eigenständige Funktion im „Kampf um das Recht“ wahr.<sup>35</sup> Damit aber auch alle an der Rechtspflege beteiligten Organe zielführend miteinander kommunizieren können, ist es erforderlich, dass alle von den gleichen – materiellen und methodischen – Grundlagen ausgehen. Dieser Kommunikationsprozess wird durch eine juristische Ausbildung, die alle Vertreter der drei Berufsfelder gleichermaßen durchlaufen haben, gewährleistet. Auch wenn jedes Organ im Gerichtsver-

---

<sup>35</sup> Brüggemann, Rüdiger, in: Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 3.

fahren eine andere Rolle einnimmt, so entscheidet doch am Ende der Richter objektiv den Fall. Kennt der Rechtsanwalt die Arbeitsweise des Richters und weiß, wie ein Richter bei der Begutachtung des Sachverhaltes vorgeht, so kann er sein weiteres Vorgehen doch genau daran ausrichten. Das erlernte Wissen und das Verständnis der Arbeitsweise des Richters ist daher keinesfalls überflüssig, auch wenn andere juristische Berufe gewählt werden, da am Ende einer jeden juristischen Auseinandersetzung ein Gericht den Sachverhalt entscheidet, wenn sich im Vorfeld keine Lösung findet. Die Herausforderungen der Praxis, also die speziellen Bereiche, auf die Richter, Staatsanwälte, Verwaltungsjuristen oder auch Rechtsanwälte bei ihrer täglichen Arbeit achten müssen, werden alle Berufsanwärter erst bei ihrem Einstieg in die Berufswelt kennenlernen. In der Hinsicht haben Absolventen, die die Laufbahn eines Richters einschlagen, keine nennenswerten Vorteile.

Ein weiteres Vorteil der Ausbildung als Volljurist besteht darin, dass die zu Ende ausgebildeten Juristen am Ende ihrer Ausbildung noch die Möglichkeit haben, frei zu wählen<sup>36</sup>, welchen juristischen Beruf sie ausüben möchten, denn die Befähigung zum Richteramt führt ja gerade dazu, dass diese sie für alle juristischen Berufe qualifiziert. Dies kommt vor allem solchen Studierenden und Referendaren entgegen, die sich erst am Ende ihrer Ausbildung klar darüber werden, welchen Beruf sie ausüben möchten. Daneben besteht natürlich auch die Möglichkeit die Berufsfelder zu wechseln, so dass ein Wechsel vom Staatsdienst in die Anwaltschaft oder andersherum möglich ist.

## 6 Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die juristische Ausbildung allein vom ihrem Abschlusstitel – Befähigung zum Richteramt – eine Fixierung auf das Berufsfeld des Richters festlegt. Dabei gilt dies umso mehr für das juristische Studium als das Referendariat. Das prägnanteste Merkmal des deutschen Jurastudiums ist die Erlernung der Fallmethode und damit einhergehend die Erstellung eines juristischen Gutachtens aus der Perspektive eines neutralen Richters. Im Laufe der Jahre wurden vermehrt praxisbezogene Ausbildungsanteile in das Studium integriert, um eine Vorbereitung auf den Anwaltsberuf, welcher nach wie vor das am häufigsten gewählte juristische Berufsfeld ist, zu verbessern. Daneben stellt auch die Anwaltsstation im Referendariat nunmehr die längste Station dar und ein Großteil der Klausuren im 2. Staatsexamen wird aus anwaltlicher Sicht verfasst. Trotz aller Bestrebungen der Anwaltschaft, handelt es sich gerade beim Referendariat um eine staatliche organisierte und finanzierte praktische Ausbildung, an deren Ende der Absolvent die Befähigung zum Richteramt erhält. Diese bildet so ein taugliches Instrument zur flächendeckenden Sicherung und Einhaltung von Qualitätsstandards für eine Anzahl vom Staat

---

<sup>36</sup> Neben der Befähigung zum Richteramt hängt die Einstellung natürlich auch von der Examensnote ab.

regulierter Berufe (wie Richter oder Rechtsanwalt).<sup>37</sup> Die Studierenden können nach Abschluss ihres Studiums sicher sein, dass sie – ggf. mit einer gewissen Wartezeit an manchen Standorten – einen Referendarplatz und damit auch eine Unterhaltsbeihilfe vom Staat erhalten. Welchen Beruf sie letzten Endes ausüben, können sie nach Abschluss der gesamten Ausbildung und nach Sammlung von praktischen Erfahrungen in den einzelnen Ausbildungsstationen des Referendariats entscheiden. Denn nicht wenige Studierende sind sich vor Beginn von Studium und Referendariat sicher, welchen Beruf sie später einmal ausüben wollen und stellen im Verlauf der Ausbildung dann doch fest, dass sie z.B. nach der Anwaltsstation kein Anwalt, sondern vielmehr Richter werden wollen. Die Ausbildung zum Volljuristen ermöglicht aber gerade die Freiheit, zu entscheiden, welchen juristischen Beruf man ausüben möchte, nachdem man in jedem Bereich eine gewisse Dauer verweilt hat. Gleichzeitig ermöglicht die Volljuristenausbildung auch einen Wechsel zwischen den Berufsfeldern, wenn man feststellt, dass einem der gewählte Beruf doch nicht zusagt. Darüber hinaus ist es an manchen Gerichtszweigen gerne gesehen, wenn z.B. ein angehender Arbeitsrichter bereits Erfahrungen als Anwalt für Arbeitsrecht gesammelt hat.

---

<sup>37</sup> Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9- 11-2012, [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?__blob=publicationFile&v=3) S. 20, letzter Aufruf: 11.06.2021.



# **Die Ausrichtung der juristischen Ausbildung: Anwalts- oder Richterbildfixierung und ihre Auswirkung auf die nationale Rechtskultur**

*Prof. Dr. Iryna Lukach / Dr. Bogdana Cherniavska*

*Die Ermittlungen werden tot sein, wenn der lebendige Geist diese nicht beleben wird. Aber dieser Geist lebt in der und wird durch die juristische Ausbildung animiert. Nur durch die juristische Ausbildung, und nicht durch die Routine.*

*M. Saltykov-Shchedrin, „Gut gemeinte Reden“, 1876*

## **1 Rechtsvergleich mit westlichen Rechtskulturen**

Der Entstehungsprozess einer modernen Juristenausbildung in der Ukraine dauert bis heute an. Im Gegensatz zu den Traditionen der Juristenausbildung in Europa wurden die ehemaligen sowjetischen Ansätze zu Beginn des Unabhängigkeitsprozesses der Ukraine nicht ganz erfolgreich reformiert. Es gab viele Vorwände, weshalb es keine allgemeine Strategie zum Aufbau des nationalen Rechtsstaates gab. Jeder Bürger der Ukraine, unabhängig der eigenen Ausbildung, sollte an diesem Aufbau teilnehmen. Allerdings sind qualifizierte Leute gefragt, die in der Lage sind, die Juristenberufe auszuüben. Denn diese sind imstande, eine praktische Garantie für die Entwicklung des ukrainischen Staates zu entwickeln. Sie würden ihren Job kompetent und in Übereinstimmung mit den Standards der erlangten juristischen Ausbildung ausführen. Die Tatsache, dass ein Jurist das wichtigste „Zahnrad“ im

Rechtsstaat und gleichzeitig sein Garant ist, sollte die ukrainische Gesellschaft und den Staat ermutigen, den Zugang zum Rechtsberuf zu regeln. Derzeit gibt es kein Gesetz über das juristische Hochschulstudium (im Folgenden: JHS), das die vielen Probleme der juristischen Ausbildung, die den Gegenstand dieser Arbeit bilden, umfassend lösen könnte.

Die juristische Ausbildung ist die Grundlage für die Entwicklung der Zivilgesellschaft und des Rechtsstaates. Wenn es um die juristische Ausbildung geht, geht es vor allem nicht um den Studenten, so zynisch es auch klingen mag. Hier geht es vorwiegend um das zukünftige Niveau des professionellen Rechtsberufes im Land. Schließlich wird der Absolvent der Fakultät der Rechtswissenschaften morgen Rechtsanwalt, Staatsanwalt, Richter, Beamter oder Notar und entscheidet fortan über das Schicksal von Bürgern, Staat und Gesellschaft. Vor diesem Hintergrund hat die juristische Ausbildung zwei wichtige Ziele.

Erstens ist die Organisation der juristischen Ausbildung wichtig, weil sie darauf ausgelegt ist, den Rechtsstaat und die Zivilgesellschaft aus- und aufzubauen. Das Niveau der Qualifikation von Juristen bestimmt die Qualität der Rechtskultur des Staates, die ein notwendiger Faktor für das Wohlergehen der Bürger, des Staates und der Gesellschaft ist. Ohne dies ist es unmöglich, die Vorherrschaft des Rechts im Land zu erreichen, da Absolventen der Rechtsfakultäten die primären Träger des Rechtswissens und der Rechtskultur sind. Zweitens sollte die juristische Ausbildung einen kompetenten, das bedeutet sowohl sachkundigen als auch lebensgewandten, praxisnahen Spezialisten auf dem Gebiet des Rechts hervorbringen. Er muss die Rechtstheorie beherrschen und diese in der Praxis anwenden können. Theoretische und praktische Komponenten sollten Hand in Hand gehen.

Es sei darauf hingewiesen, dass es mehrere Konzepte für die Entwicklung der juristischen Ausbildung unter der Schirmherrschaft verschiedener Staatsorgane und Gremien gab. Am 26. Februar 2020 wurde auf Arbeitstreffen der Volksabgeordneten der Ukraine zusammen mit Experten auf dem Gebiet des Rechts und der Hochschulbildung der Entwurf eines neuen Konzepts für die Entwicklung der Rechtsausbildung vorgestellt, entwickelt und erörtert<sup>1</sup>. Das Ziel des Konzepts ist es, Bedingungen für die Verbesserung der Organisation und die Modernisierung der Inhalte der juristischen Ausbildung zu schaffen, die auf Folgendes abzielen:

- Festlegung von Standards für die JHS zur Erreichung strategischer Prioritäten der Justizreform in der Ukraine;
- Übereinstimmung der JHS mit den modernen Erwartungen und Herausforderungen der Gesellschaft;
- Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit von Absolventen der Rechtswissenschaften auf dem Arbeitsmarkt;

---

<sup>1</sup> Konzeptentwurf zur Entwicklung der juristischen Ausbildung. URL: <http://kno.rada.gov.ua/fsview/75465.html>.

- Formung umfassender theoretischer und zukunftsorientierter Kenntnisse und praktischer Kompetenzen von Juristen;
- Sensibilisierung für Berufsethik und Menschenrechtsfragen;
- Verständnis der grundlegenden Rolle des Juristen bei der Schaffung der Vorherrschaft des Rechts durch den Schutz der Menschenrechte und Freiheiten;
- Erhöhung der Attraktivität für ausländische Studierende, in der Ukraine grundlegende juristische Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu erwerben.

Solche Bereiche der JHS-Entwicklung sind interessant, jedoch existiert auf staatlicher Ebene neben dem veröffentlichten Zweck und den individuellen Aussagen der Beamten keine Strategie für den Aufbau einer juristischen Ausbildung sowie für das Monitoring von Problemen und Möglichkeiten zu deren Überwindung. Es ist wichtig, dass dieser Prozess nicht durch neue Konzepte verzögert wird, sondern seine logische Schlussfolgerung in der Verabschiedung des Gesetzes über die juristische Ausbildung findet. Deshalb sollte es von den Ministerien für Justiz und für Bildung und Wissenschaft geleitet werden, damit es in den Entwicklungsplänen enthalten ist.

Im Gegensatz zum deutschen Bildungsmodell ist die juristische Ausbildung in der Ukraine Teil des Bologna-Prozesses. In Übereinstimmung mit Artikel 5 Absatz 1 des Gesetzes der Ukraine „Über Hochschulbildung“ wird die Ausbildung von Fachkräften auf dem Hochschulniveau gemäß den einschlägigen Bildungs- oder Forschungsprogrammen auf den folgenden Hochschulstufen vorgenommen: Anfangsstufe (kurzer Zyklus) der Hochschulbildung; erste (Bachelor-) Stufe; zweite (Master-) Stufe; dritte (pädagogisch-wissenschaftliche / pädagogisch-kreative) Stufe<sup>2</sup>. In Übereinstimmung mit der Anordnung des Ministeriums für Bildung und Wissenschaft der Ukraine vom 23.01.2004 Nr. 48 wurde ein pädagogisches Experiment zur Einführung eines kreditmodularen Organisationssystems des Bildungsprozesses in Hochschuleinrichtungen (im Folgenden: Universitäten) der III-IV Akkreditierungsstufen durchgeführt. Durch Anordnung des Ministeriums für Bildung und Wissenschaft der Ukraine wurde die externe unabhängige Bewertung für den Master-Abschluss in der Fachrichtung 081 „Recht“ eingeführt<sup>3</sup>. Daher besteht die ukrainische Grundausbildung mit der Zulassung zu den meisten Berufen, einschließlich der juristischen, aus einem Bachelor- und einem Master-Abschluss.

Der Werchowna Rada der Ukraine wurden zwei Gesetzesentwürfe zur juristischen Ausbildung vorgelegt: über die juristische (rechtliche) Ausbildung und über

---

<sup>2</sup> Про вищу освіту. Закон України. 1 липня 2014 р. № 1556-VII. ВВР 2014. № 37-38. Ст. 2004.

<sup>3</sup> Bedingungen für die Zulassung zu Hochschuleinrichtungen der Ukraine im Jahr 2017: Наказ Міністерства освіти і науки України від 13.10.2016 № 1236. URL: <http://mon.gov.ua/usi-novini/povidomlennya/2016/10/13/umovi-prijomu-na-navchannya-do-vishnix-navchalnix-zakladiv-ukrayini-v-2017-roczni>.

den allgemeinen Zugang zum Rechtsberuf Nr. 7147 und 7147-1 (beide am 29. August 2019 widerrufen)<sup>4</sup> (im Folgenden: Gesetzentwürfe zur juristischen Ausbildung)<sup>5</sup>. Gemäß dem ersten Gesetzentwurf stellt die juristische Ausbildung eine Hochschulausbildung auf dem Fachgebiet „Recht“ dar, die nach einem Querschnittsprogramm innerhalb des Master-Abschlusses auf Hochschulniveau erworben wird. Der zweite Gesetzentwurf sah vor, dass die Juristenausbildung im Rahmen der anfänglichen (kurzen Zyklus), ersten (Bachelor) und zweiten (Master) Hochschulstufen gemäß den Standards der juristischen Ausbildung erfolgt. Daher konzentrierten sich beide Gesetzentwürfe auf dem Bologna-Prozess, aber ersterer hatte nur den Master-Absolventen und letzterer den Bachelor- und Masterabsolventen den Zugang zum Rechtsberuf eröffnet.

In der Ukraine werden jedes Jahr viele neue Juristen ausgebildet. D.O. Bilinskyj zieht auf der Grundlage von Statistiken der US-amerikanischen Agentur für internationale Entwicklung (USAID) (Stand März 2012) Schlussfolgerungen über die Notwendigkeit, die Zahl der Juristen zu verringern, wonach die Zahl der juristischen Universitäten / Hochschulen in der Ukraine fast 300 erreicht, während es in Polen nur 25 gibt (10 davon sind privat), in Deutschland - 42, in Großbritannien - 97, im Königreich der Niederlande - 10, in Österreich - 5 und in den Vereinigten Staaten - weniger als 200<sup>6</sup>. Die genehmigte Gesamtzahl der Studentenstellen für die Ausbildung als Juristen wurde für das Jahr 2019 insgesamt mit 2084 geplant, davon das Bildungs- und Wissenschaftsministerium – 1750, das Innenministerium – 117, der Sicherheitsdienst der Ukraine – 69, das Verteidigungsministerium – 31, das Finanzministerium – 117. Im Jahr 2018 betrug die Gesamtzahl der Plätze für die Zulassung zum Masterstudium 2342, von denen das Bildungs- und Wissenschaftsministerium – 2030, das Innenministerium – 125, der Sicherheitsdienst der Ukraine – 22, das Verteidigungsministerium – 21, das Finanzministerium – 116, das Kulturministerium – 8, das Justizministerium – 20 Stellen beanspruchten. Nach der Ansicht einiger Regierungsbeamten bleibt die Begründung der staatlichen Anstellung der Juristen nach dem Fachgebiet 081 „Recht“ im Allgemeinen und für Universitäten mit speziellen Ausbildungsbedingungen im Besonderen fraglich<sup>7</sup>.

Einer der Gründe für die große Anzahl von Universitäten, die Juristen ausbilden, ist das Fehlen einer einheitlichen Qualifikationsprüfung für den Rechtsberuf. Der erste Schritt auf dem Weg zu ihrer Einführung war die einheitliche Aufnahmeprü-

<sup>4</sup> URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62613](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62613).

<sup>5</sup> URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62728](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62728).

<sup>6</sup> Білінський Д. О. До питання про основні напрямки вдосконалення вищої юридичної освіти в Україні. Тези доповідей та повідомлень учасників VI конференції. Харків. : Нац. ун-т “Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого”, 2012. С. 58–60. URL: Режим доступу до ресурсу: <http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/2242>.

<sup>7</sup> Шемелінець І. Точка біфуркації: курс на продовження реформи юридичної освіти. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/tochka-bifurkaciyi-kurs-na-prodovzhennya-reformi-yuridichnoyi-osviti.html>.

fung für das Masterstudium im Fach Jura. Mit dem Erlass des Ministeriums für Bildung und Wissenschaft der Ukraine vom 12. Dezember 2018 Nr. 1379 wurde der Standard der Hochschulbildung im Fach 081 „Recht“ für die erste (Bachelor-) Stufe der Hochschulbildung genehmigt<sup>8</sup>. Der Hochschulstandard im Fach 081 „Recht“ für Master wird derzeit entwickelt. Erst nach seiner Genehmigung kann das Problem einer einheitlichen Eignungsprüfung angesprochen werden, da der Bewertungsprozess einheitliche Anforderungen zu deren Erfüllung von Studenten aufstellen muss.

Es sei darauf hingewiesen, dass Gesetzesentwürfe zur juristischen Ausbildung auf der Einführung einer einheitlichen staatlichen Qualifikationsprüfung beruhen. Derzeit entwickelt die Regierung eine einheitliche Qualifikationsprüfung, die nicht gesetzlich, sondern möglicherweise durch Erlasse des Bildungsministeriums der Ukraine geregelt wird. So, laut Abs. 3 des Teil 2 des Artikels 6 des Gesetzes der Ukraine „Über Hochschulbildung“ für Personen der ersten (Bachelor-) und / oder zweiten (Master-) Hochschulstufen kann eine einheitliche staatliche Qualifikationsprüfung eingeführt werden, die in Fachgebieten und auf die vom Ministerkabinett der Ukraine vorgeschriebene Weise durchgeführt wird. Gemäß dem Beschluss des Ministerkabinetts der Ukraine vom 17. Juli 2019 Nr. 684 „Von einigen Fragen der Zertifizierung von Personen, die einen Master-Abschluss in Form einer einheitlichen staatlichen Eignungsprüfung ablegen“ tragen das Ministerium für Bildung und Wissenschaft der Ukraine und das Justizministerium der Ukraine für die Organisation dieser Prüfung Verantwortung<sup>9</sup>.

Aus diesen Gründen sollte die Idee unterstützt werden, dass die juristische Ausbildung unabhängig von ihrer Spezialisierung einen Standard erfüllen muss, d.h. dieser sollte auf universellen Anforderungen an den zukünftigen Juristen beruhen<sup>10</sup>, aber dem Studenten die freie Wahl der Disziplinen ermöglichen (tatsächlich findet auf diese Weise die Spezialisierung statt).

---

<sup>8</sup> Наказ Міністерства освіти і науки України від 12 грудня 2018 р. № 1379 було затверджено стандарт вищої освіти за спеціальністю 081 «Право» для першого (бакалаврського) рівня вищої освіти URL: <https://mon.gov.ua/storage/app/media/vishcha-osvita/zatverdzeni%20standarty/12/21/081-pravo-bakalavr.pdf>.

<sup>9</sup> Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 684 «Про деякі питання атестації осіб, які здобувають ступінь магістра, у формі єдиного державного кваліфікаційного іспиту» ОВУ 2019 р., № 62, стор. 9, стаття 2152.

<sup>10</sup> Опришко В. Ф. Особливості підготовки юристів у непрофільних вищих навчальних закладах України: сучасний стан і шляхи подальшого розвитку. Правове регулювання економіки. 2013. № 13. С. 6-27. С. 23.

## 2 Soziale und rechtliche kulturelle Anforderungen beider Modelle

Das Erfordernis der postindustriellen Gesellschaft ist die Ausbildung von Fachleuten auf dem Gebiet des Rechts, da dieses eines der wirksamen Instrumente zur Regulierung der Wirtschaftsbeziehungen ist<sup>11</sup>. Nach O. Kostenko sollte zwischen zwei Arten des Studiums der Rechtswissenschaft oder der juristischen Ausbildung unterschieden werden: dem sogenannten naturalistischen Typ und dem sogenannten positivistischen Typ. Der naturalistische Typ der juristischen Ausbildung basiert auf der Lehre, die bei der Anwendung des Gesetzes auf den in seinen „Buchstaben“ enthaltenen „Geist“ des Gesetzes den entscheidenden Wert legt. Der „Geist“ des Gesetzes meint die Gesetze des Naturrechts, die der Gesetzgeber in den „Buchstaben“ des Gesetzes verwirklicht. Der Jurist hat sodann den „Geist“ in den „Buchstaben“ des Gesetzes zu sehen und bei seiner Rechtsanwendung umzusetzen. Die positivistische Art der juristischen Ausbildung dagegen basiert auf einer Doktrin, die bei der Anwendung des Gesetzes auf den „Buchstaben“ und nicht auf den „Geist“ abstellt, d.h. nicht auf die Gesetze des Naturrechts, deren Existenz verneint wird, sondern nur auf den Willen des Gesetzgebers, der auch in Willkür ausarten kann<sup>12</sup>. Mit diesen Arten der juristischen Ausbildung ist die Auswahl der Orientierung verbunden: theoretische oder praktische. Dieser Prozess der Wahl der Art der Ausbildung ist für die Universität ziemlich schwierig. Einerseits ist Theorie der Schlüssel zur Entwicklung der Praxis, andererseits muss der Absolvent über praktische Fähigkeiten verfügen, um sofort mit der Ausführung beruflicher Aufgaben beginnen zu können.

In der Ukraine beteiligen sich an der Diskussion über das Unterrichten von Fachern nicht nur Universitätsdozenten, sondern auch Praktiker. Es herrscht die Ansicht, dass die praktische Ausbildung von Studenten unter Anleitung von Fachleuten aus der Praxis durchgeführt werden sollte, die „für die öffentliche Gewalt“ tätig sind, für den Arbeitgeber (in kommerziellen und nichtkommerziellen Organisationen), für den Klienten und für sich selbst (Rechtsanwälte, praktizierende Juristen) arbeiten, aber auch für öffentliche Interessen (Juristen von nichtstaatlichen Menschenrechtsorganisationen). Praktische Fähigkeiten des Berufs sollten auch durch die aktive Teilnahme von Studenten an Rechtskliniken erworben werden, die die entsprechende Erlaubnis und staatliche Anerkennung erhalten haben<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Колос А. Юридична освіта в інформаційну епоху. Новації та виклики юридичної освіти : зб. тез доп. Міжнар. наук. студ. конф. [м. Тернопіль, 4 жовт. 2017 р.]. Тернопіль: ТНЕУ, 2017. С. 308.

<sup>12</sup> Костенко О. Юридична освіта і правове виховання як засоби забезпечення правопорядку (щодо юридичної освіти і правового виховання «натуралістського» типу). Вісник національної академії прокуратури України 2010. № 4. С. 29-20.

<sup>13</sup> Кравчук М. В. Основні напрями реформування та стандартизації вищої юридичної освіти / М.В. Кравчук // Порівняльно-правові дослідження. 2009. № 1. С. 165

Man kann dieser Ansicht nur teilweise zustimmen. Natürlich hat die juristische Ausbildung als ihr Hauptziel die Entwicklung praktischer Fähigkeiten, aber die Methodik sollte weiterhin vom akademischen Lehrpersonal beigebracht werden. Tatsache ist, dass der Lernprozess kontinuierlich sein muss. Es ist schwer vorstellbar, dass es möglich wäre, ein geeignetes Personal von Rechtspraktikern einzustellen, das die derzeitige Lehre und Bewertung der Disziplinen vollständig (oder aber auch selbst teilweise) umsetzen könnte.

Die Beteiligung der Öffentlichkeit am Bildungsprozess ist jedoch ein wichtiger Erfolgsfaktor. Laut V. Komarov sollte in der gegenwärtigen Phase der juristischen Ausbildung der Kompetenzansatz (das Kompetenzmodell der Hochschulbildung) gebildet werden, der entwickelt und umgesetzt wurde, um den rein wissenschaftlichen Ansatz zu überwinden, da dieser das Wesen der Kompetenz im Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt nicht genügend berücksichtigt. Der Kompetenzansatz bestimmt die Kompetenzen eines Fachmanns gemäß den Anforderungen der Arbeitgeber. Daher sollte er im akademischen Bereich die akademische Autonomie gewährleisten, sich auf das Hauptziel des Lernprozesses konzentrieren und die Art der Bildungsinhalte bestimmen, die nicht auf reine Wissensanhäufung reduziert werden, sondern auf die Sammlung wertvoller Erfahrungen bei der Lösung von Lebensproblemen, der Wahrnehmung von Schlüsselfunktionen und auf soziale und andere Kompetenzen ausgerichtet wird<sup>14</sup>.

In diesem Prozess ist es wichtig, Richtungen für eine solche Beteiligung zu identifizieren, nämlich: Entwicklung von Komponenten der juristischen Ausbildung; Arbeit der Rechtskliniken (Arbeit in den Rechtskliniken sollte zu einer Pflicht als ein obligatorischer Bestandteil des Bildungsprozesses werden, denn jetzt ist sie in den meisten Universitäten optional); studentische Praxis; die Semester- und Abschlussbewertung der Studierenden; außeruniversitäre Vorlesungen und Seminare; außeruniversitäre selbständige Arbeit der Studenten.

Nach dem Entwurf des Konzepts für die Entwicklung der modernen Rechtsausbildung in der Ukraine im Jahr 2009 liegen die Hauptprobleme bei der Entwicklung der Hochschulen in der gegenwärtigen Phase unter anderem in der Unvollkommenheit des Hochschulsystems, die der Aufgabe der Qualitätssicherung nicht nachkommt, aber auch des JHS selbst aufgrund der sehr hohen Zahl der Hochschuleinrichtungen und der deutlichen Zunahme der Zahl der Studierenden, die als Volljuristen an den nicht spezialisierten Universitäten<sup>15</sup> ausgebildet werden, was zur allgemeinen Überforderung führt. Die Hauptthese zum Schutz von nicht spezialisierten Universitäten lautet, dass deren Programme sich unmittelbar an einem bestimmten

---

<sup>14</sup> Комаров В. В. Основоположні проблеми вищої юридичної освіти у парадигмі компетентнісного підходу. Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання : тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф., м. Харків, 30 вер. - 1 жовт. 2015 р. Харків, 2015. С. 8.

<sup>15</sup> Концепція розвитку юридичної освіти в Україні. URL: Режим доступу: <http://www.univer.km.ua/doc/koncepc.htm>.

Tätigkeitsbereich orientieren<sup>16</sup>. Gleichzeitig wird in Deutschland, in den USA und in Großbritannien die Ausbildung von Juristen an juristischen Fakultäten von Universitäten statt an nicht spezialisierten Hochschulen durchgeführt<sup>17</sup>.

Es ist schwierig, dem Ansatz zuzustimmen, der das Studium in einen allgemeinen (rechtlichen) Teil und in spezielle Fachgebiete je nach Gegenstand unterteilt – in die Spezialisierung auf Rechtszweige und Rechtsinstitutionen mit der praktischen Ausrichtung – mit den unterschiedlichen Standards für die jeweiligen Arten des Rechtsberufs<sup>18</sup>. Es wurde auch vorgeschlagen, neben der „Rechtskunde“ auch andere Fachgebiete in der Fachrichtung „Recht“ zu eröffnen, damit die nicht spezialisierten Universitäten die erforderlichen Fachkräfte für das betreffende Fachgebiet ausbilden und nicht „Fachleute“ für das „Recht“ ausgeben. Auch hier haben die EU und die USA einheitliche Anforderungen an einen Juristen<sup>19</sup>. Die Differenzierung der juristischen Ausbildung ist aus folgenden Gründen nicht akzeptabel: Erstens müssen alle Absolventen der Rechtswissenschaften die gleichen Kompetenzen haben. Zweitens sollte die Spezialisierung der Ausbildung in der freien Wahl des Studenten der zusätzlichen Disziplinen und nicht der Hauptdisziplinen erfolgen. Drittens wird die Differenzierung es beispielsweise einem Studenten des Verwaltungsrechts praktisch verbieten, sich später als Notar weiterzubilden, was den Zugang zu anderen Rechtsberufen für Absolventen erheblich einschränkt.

Ein weiteres rechtliches Problem der Hochschulbildung im Allgemeinen ist das Problem der Gewinnung von Investoren, da es im modernen System keinen Mechanismus für echte Investitionen in Bildung gibt, bei dem die Möglichkeit besteht, dass Investoren Einfluss auf die Entscheidungsfindung haben. Öffentliche Universitäten verfügen auch nicht über ein angemessenes System von Aufsichtsräten, die aus Investoren bestehen.

Unter der Gesamtzahl der Arbeitslosen mit Hochschulabschluss, die ihren ersten Arbeitsplatz nicht finden konnten, nehmen die angehenden Juristen eine der führenden Positionen ein (26 %). Es soll berücksichtigt werden, dass eine endgültige Einschätzung der Arbeitslosenquote in diesem Stadium schwer vorzunehmen ist wegen fehlender Gliederung auf dem allgemeinen Wissensfeld der „Sozialwissen-

---

<sup>16</sup> Хіалко О. М. Юридична освіта у непрофільних ВНЗ: Чи має місце бути? Правове регулювання економіки. 2013. № 13. С. 117.

<sup>17</sup> Бокша В. О. Система вищої юридичної освіти та загальні засади підготовки юристів у вищих навчальних закладах: досвід зарубіжних країн. Модернізація та наукові дослідження: парадигма інноваційного розвитку суспільства і технологій: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 26–27 січня 2018 р.) / ГО «Інститут інноваційної освіти»; Науково-навчальний центр прикладної інформатики НАН України. Київ: ГО «Інститут інноваційної освіти», 2018. С. 8.

<sup>18</sup> Кравчук В. М. Основні напрями реформування та стандартизації вищої юридичної освіти. Порівняльно-правові дослідження. 2009. № 1. С. 161.

<sup>19</sup> Стефанчук Р. О. Юридична освіта і наука в Україні: чи все гаразд? Бюлетень Міністерства освіти України. 2010. № 9. С. 22.



schaften, Wirtschaft und Recht“, wo Journalisten, Politologen, Soziologen, Fachleute für internationale Beziehungen und Wirtschaft, Manager und Juristen zusammen untergebracht werden<sup>20</sup>.

In Bezug auf das Fernstudium sollte man angesichts der sozioökonomischen Situation in der Gesellschaft nicht auf diese Form des Unterrichts verzichten (Unterricht, Selbststudium und die Möglichkeit, den Lebensunterhalt zu verdienen). Darüber hinaus haben heute die Verringerung der Arbeitsbelastung für den Präsenzunterricht im Vollzeitstudium und die Erhöhung der Arbeitsstunden für selbständiges Arbeiten dazu geführt, dass sich diese beiden Lernformen angesichts der Arbeitsbelastung im Studierzimmer nicht so signifikant unterscheiden. Schließlich verlagert sich der Schwerpunkt im Bildungsprozess auf die Notwendigkeit eines selbständigen Lernens des Studierenden. Der Übergang nur zum Vollzeitstudium im Präsenzunterricht im juristischen Studium wird in der Gesellschaft gewissermaßen als eine Art Vermögenszensus für den Zugang zum Beruf qualifiziert<sup>21</sup>.

Dennoch wird das Vorhandensein des Fernstudiums als eines der Probleme von JHS genannt. Derzeit ist das Fernstudium in der Ukraine gewissermaßen beliebt. Nur an der Rechtsfakultät der Kyiver Nationalen Taras Shevchenko Universität erwerben etwa eintausend Studenten die Juristenqualifikation. Im Gesetzesentwurf war diese Form jedoch nicht vorgesehen.

Nach Art. 49 des Gesetzes der Ukraine „Über Hochschulbildung“ gibt es in der Ukraine folgende Hauptformen der Hochschulbildung: Institutionelle (Vollzeit im Tagesunterricht, Vollzeit im Abendunterricht, Fernstudium, Distanzstudium und Netzstudium) und die Duale Form. Derzeit dominieren im juristischen Studium der Präsenzunterricht und das Fernstudium. Das Fernstudium ist eine Möglichkeit, die Lehrveranstaltungen und Kontrollaktivitäten während kurzer Präsenzzeiten mit der selbstständigen Übernahme des Bildungsprogramms in den längeren Zwischenzeitphasen zu kombinieren. Die Dauer der Zwischenzeitphasen von Lehrveranstaltungen am Campus und späteren Wissenskontrollmaßnahmen (Prüfungen) darf nicht weniger als einen Monat betragen.

In der Ukraine wird dem Distanzunterricht, der in der modernen Welt gegenüber dem Fernstudium attraktiver ist, nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt. Der Distanzunterricht ist ein individualisierter Bildungsprozess, der hauptsächlich durch die indirekte Interaktion entfernter Teilnehmer am Bildungsprozess in einem speziellen Umfeld stattfindet, das auf der Grundlage moderner psychologischer, pädagogischer sowie Informations- und Kommunikationstechnologien arbeitet. Die University of London war die erste Hochschulanstalt, die den Distanzunterricht eingeführt hatte und schuf 1858 ihr externes Programm. Seitdem ist der Distanzunterricht von Jahr zu Jahr in der Welt immer beliebter geworden.

---

<sup>20</sup> Барабаш Ю. Аналіз проєкту концепції реформування юридичної освіти в Україні у світі отриманих відгуків за результата С. 5. URL: [https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ\\_Y.Barabash\\_Report-on-Draft-LER-Concept-Paper-and-Recommendations-for-Improvement\\_May-22\\_2017.pdf](https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ_Y.Barabash_Report-on-Draft-LER-Concept-Paper-and-Recommendations-for-Improvement_May-22_2017.pdf).

<sup>21</sup> Барабаш Ю. Вказаний твір. С. 20.

Diana Oblinger, ehemalige Direktorin für Hochschulbildung bei Microsoft, ist der Ansicht, dass der Distanzunterricht die folgenden Probleme angeht: Erweiterung des Zugangs zu Bildung; Erweiterung der begrenzten Möglichkeiten; Kapitalisierung in Schwellenländern (eine höhere Anzahl von Studierenden mit hoher Bildung können rentabler sein als traditionelle Märkte); er dient als Katalysator für institutionelle Transformation. Hochschuleinrichtungen haben sich daher die Aufgabe gestellt, sich schnell an ein zunehmend wettbewerbsorientiertes Umfeld anzupassen, d.h. der Distanzunterricht kann den institutionellen Wandel katalysieren.

Die Durchführung von Seminaren in Form einer Wiederholung von Vorlesungen wurde zum Gegenstand der Kritik an der ukrainischen Rechtsausbildung. Die Analyse der Organisation und der Durchführung der juristischen Ausbildung an Universitäten ergab, dass es in der Regel traditionelle Formen gibt, d.h. die Durchführung von Vorlesungen und Seminaren (praktische Kurse), die jedoch nicht immer mit Informationen gefüllt sind, die die Trends und Prozesse auf dem Gebiet der Rechtsanwendung widerspiegeln.

S. Husarev, der die historischen Quellen der Entwicklung bestimmter Arten von Rechtsaktivitäten analysiert und deren Funktionen, Grundsätze und Arten untersucht, macht darauf aufmerksam, dass Absolventen der Rechtswissenschaften häufig zur Lehrtätigkeit an Universitäten eingeladen werden (was nach ukrainischem Recht nicht verboten ist). So argumentiert er, dass „relativ unabhängige Blöcke der Rechtswissenschaft und der Rechtsausbildung auch als soziale Bereiche der beruflichen Arbeit von Juristen anerkannt werden, die zusammen mit der Rechtspraxis einen einheitlichen sozialen und rechtlichen Raum für den Rechtsberuf bilden“<sup>22</sup>.

Nach der Meinung von K. Worontsov deckt der Beruf des Juristen ein breites Spektrum sozioökonomischer Tätigkeiten ab, weshalb die Ausbildung von Juristen an den Hochschulen auf die Umsetzung alltäglicher gesellschaftspolitischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Bedürfnisse ausgerichtet sein sollte. Die Überbleibsel der Vergangenheit behalten leider die Tradition bei, Rechtsdisziplinen in einer Form zu unterrichten, die darauf abzielt, bestehende Vorschriften auswendig zu lernen. Die Forscher sind jedoch von der Notwendigkeit überzeugt, das Paradigma des Inhalts der juristischen Hochschulbildung zu ändern und es auf die Entwicklung geistiger Fähigkeiten und auf das kritische Denken des Studierenden sowie auf die Fähigkeit zu lenken, erlerntes Wissen anzuwenden, um die legitimen Interessen der Bürger rechtlich zu schützen<sup>23</sup>.

Die Ukraine hat heute die Weichen auf einen kompetenzbasierten Ansatz gestellt. Das Paradigma des Kompetenzansatzes ist offenbar für alle Zyklen und Ebenen der JHS algorithmisch und sollte es ermöglichen, die Entwicklung einer be-

---

<sup>22</sup> Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти. К. : Знання, 2005. С. 84.

<sup>23</sup> Воронцова К. В. СТАН ДОСЛІДЖЕННЯ РОЗВИТКУ ВИЩОЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ НЕЗАЛЕЖНОЇ УКРАЇНИ. Науковий вісник кафедри Юнеско КНЛУ С. Філологія • Педагогіка • Психологія. 2015. В. 31. С. 28.

stimmten einheitlichen Politik im Bildungsbereich anzustreben. Der Kompetenzansatz als Ganzes ermöglicht es, die Ergebnisse der Bildung abzuschätzen und die Qualitätsstandards der Bildung in Form von Kompetenzen in bestimmten Bereichen der JHS und der Rechtsberufe polysystemisch zu bestimmen, wie auch den Zweck der Qualität der Fachkräfte; Funktionen der Bildung, der Selbstbestimmung und der Ausformung der Individualität im akademischen Umfeld. Insgesamt handelt es sich dabei um eine bestimmte Technologie zur Modellierung der Entwicklung der Bildung<sup>24</sup>.

Mit Beschluss des Ministeriums für Bildung und Wissenschaft der Ukraine vom 12. Dezember 2018 Nr. 1379 wurde der Hochschulstandard in der Fachrichtung 081 „Recht“ für die erste (Bachelor-) Hochschulstufe genehmigt. Einen Standard für das Masterstudium gibt es bereits.

Viele Rechtsprofessoren weisen auf ein niedriges Niveau der juristischen Ausbildung hin, da der Staat zu viele Rechtsschulen zu intensiv verwalte. Mangelnde Initiative großer Rechtsfakultäten, sich als Zentren der Entwicklung der Methodik der Rechtsausbildung zu etablieren, die Loslösung von der internationalen Wissenschaft, die Probleme der Sicherung einer ausreichenden Finanzierung und der Alterung des wissenschaftlichen und pädagogischen Personals – all das trägt zum mangelhaften Zustand bei<sup>25</sup>.

Unter den Problemen der juristischen Ausbildung heben die Autoren des Weißbuchs zur Reform der ukrainischen juristischen Ausbildung Folgendes hervor: Fehlen einheitlicher Standards; Unvollkommenheit der Lehrpläne; Mangel an praktischer Komponente; ein hoher Bedarf an hochqualifiziertem Lehrpersonal; unzureichender Fokus auf europäische Gesetzgebung und Praxis; Verwendung veralteter (sowjetischer) Konstruktionen und Theorien als Lehrgrundlage; Notwendigkeit, die Zahl der Studenten und Lehrer zu erhöhen, die europäische Sprachen sprechen; Notwendigkeit, die Art und Weise der Darstellung von Informationen auf den Seiten der Bildungsliteratur zu aktualisieren; „Überauslastung“ der Universitäten mit Rechtsprofil; Notwendigkeit, das Verfahren zur Bewertung der Wissensqualität der Studierenden und Absolventen zu verbessern<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Комаров В. В. Основоположні проблеми вищої юридичної освіти у парадигмі компетентнісного підходу Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання : тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф., м. Харків, 30 вер. - 1 жовт. 2015 р. Харків, 2015. С. 7–12.

<sup>25</sup> Гетьман А. П. Юридична наука України в умовах глобалізації. Особистість. Суспільство. Право:зб. наук, статей та тез наук, повідомл. за міжсеріалами міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-річчю Полт. юрид. ін-ту. (Полтава, 15 берез. 2012 р.). Харків, 2012. С. 4-5.

<sup>26</sup> Біла книга з реформування української юридичної освіти (за матеріалами міжнародної науково-практичної конференції "Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід" / Упорядники: Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. Київ: Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка». Панов, 2015. С. 18-36.

Daher sollten die praktischen Anweisungen zur Verbesserung der juristischen Ausbildung innerhalb der Seminare lauten: 1. Ausgeglichenheit zwischen Vorlesungen und Seminaren, 2. Arbeit in Gruppen (interaktive Klassen), 3. Vorbereitung von Präsentationen, 4. Studium der Rechtsprechung, 5. Anwendung ausländischen Rechts, 6. Lösung praktischer Aufgaben.

## 2.1 Ausgeglichenheit zwischen Vorlesungen und Seminaren

Die Studierenden müssen sowohl theoretische als auch praktische Fähigkeiten erwerben. Dieses Problem betrifft nicht nur ukrainische Universitäten. Führende amerikanische Rechtsschulen haben lange über die Aufrechterhaltung eines solchen Gleichgewichts diskutiert. Darüber hinaus darf man nicht auf die abstrakt-verallgemeinernde Komponente des Kurses verzichten, denn gerade diese Fähigkeiten können von einer Universität und nicht von einer Staatsanwaltschaft oder gar der Anwaltskanzlei vermittelt werden<sup>27</sup>. Der theoretische Teil des Seminars sollte jedoch keine Reproduktion von Vorlesungsmaterial sein: Studierende sollten Ausarbeitungen auf der Grundlage des gehörten Vorlesungsmaterials erstellen und es sollte ein Thema, welches in der Vorlesung nicht näher behandelt wurde, für einen möglichen Vortrag ausgewählt werden. In der Vorlesung wurde beispielsweise das Thema „Beendigung von Unternehmensrechten“ ohne detaillierte Spezifikation des Materials am Beispiel des Austritts eines Teilnehmers aus einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung behandelt. Dies sollte ein Thema für das Selbststudium des Studierenden sowie für die Aufbereitung eines Berichts sein, der auf dem Vorlesungsmaterial, der Vertiefung anhand von Fachliteratur und der Verallgemeinerung von Übungsmaterialien basiert.

## 2.2 Arbeit in Gruppen (interaktive Klassen)

Das Arbeiten in Gruppen ist nützlich, um sowohl praktisches als auch theoretisches Material zu lernen. Beispielsweise kann eine Gruppe von Studierenden einen Bericht zu jedem Thema zusammen mit einer Präsentation erstellen. Diese Technik ermöglicht es, Probleme strukturiert zu betrachten und praktische Fähigkeiten zu entwickeln, um sich auf bestimmte Bereiche des Problems zu konzentrieren sowie auf die Fähigkeit, zuvor erworbenes Wissen anzuwenden. So lernen die Studenten im Team zu arbeiten, Kompromisse und einheitliche Lösungen zu finden, was auf dem Interessenausgleich innerhalb der Gruppe basiert. Ein weiteres Beispiel für solche interaktiven Lehrveranstaltungen können die Lösung von Mini-Aufgaben in den Seminaren (nicht als Teil der Hausaufgaben) sein, etwa wenn die Studierenden in Gruppen zusammengebracht werden und darin lernen, kollektive Entscheidungen zu treffen und zu rechtfertigen.

---

<sup>27</sup> Edwards H. D. The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession. Michigan Law Review. 1992-1993. № 34 P. 58-59.

### 2.3 Vorbereitung von Präsentationen

Präsentationen sind zu einem wichtigen Bestandteil der modernen juristischen Arbeit auf Seminaren, Konferenzen und Geschäftstreffen geworden. Präsentationen werden sowohl in der Arbeit der Rechtsabteilungen als auch zur Projektvorbereitung aktiv eingesetzt. Durch die Vorbereitung von Präsentationen vertiefen die Studierenden ihr Wissen und lernen, komplexe Informationen kurz zu präsentieren, um das Material besser zu beherrschen. Dies ist ein wichtiger Teil der Visualisierung des Materials, die entsprechende Aufmerksamkeit erfordert. Darüber hinaus kann die Präsentation die Informationen kurz und präzise übermitteln, für deren Wiedergabe Studierende sonst viel mehr Zeit benötigen würden. Meist bezieht sich dies auf problematische Aspekte der Fälle, die Rechtsquellen, Verfahrensmaterialien und ausländische Gesetzgebung. Die beste Ermutigung für die Studierenden zu einem solchen Ansatz sollte das Beispiel des Dozenten sein, der eigene Vorlesungen mit Präsentationen begleitet.

### 2.4 Studium der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung kann ebenso als ein eigenständiger Gegenstand des Studiums in Seminaren (zum Beispiel kann den Studierenden die Aufgabe gestellt werden, ein Gerichtsverfahren oder -entscheidung zu analysieren, die sich in besonderer Weise auf die Formung der Rechtspraxis ausgewirkt hat und eine Reihe problematischer Aspekte betreffen), aber auch als ein Teil der interaktiven Lehrveranstaltungen verwendet werden. Besondere Aufmerksamkeit sollte den Gerichtsakten bei der Lösung praktischer Probleme gewidmet werden, da diese meist Beispiele für geeignete Rechtsanwendungspraxis sind.

### 2.5 Anwendung ausländischen Rechts

Die Anwendung ausländischen Rechts sollte Teil der Vorbereitung der Studierenden auf die meisten Seminare sein. Dies ist im Hinblick auf die Prozesse der europäischen Integration der Ukraine wichtig und sollte es den Studierenden ermöglichen, sich mit ausländischen Erfahrungen bei der Lösung praktischer Probleme vertraut zu machen, was ihnen bei der Beratung ausländischer Kunden hilfreich sein könnte. Eine solche Notwendigkeit wird durch die Tatsache verschärft, dass ausländische Rechtsmechanismen, die dem innerstaatlichen Recht bisher nicht bekannt waren, in der Ukraine rasch eingeführt und verwendet werden. Beispielsweise wurden erst seit Anfang 2017 mehrere Gesetzentwürfe verabschiedet, die unbekannte Konstruktionen wie Unternehmensvereinbarung, Optionsverkauf, Squeeze-out und Ausverkauf ins ukrainische Recht einführen. Vorausgesetzt die Studierenden haben anhand der Analyse solcher Begriffe mittels ausländischen Rechts einen Bericht erstellt oder mindestens nachgeahmt, werden sie auch ohne zusätzliche akademische Lehrveranstaltungen bereits in der Lage sein, die Umsetzung dieser Mechanismen in der Praxis

zu erkennen und einigermaßen aufzuarbeiten. Auch hier könnte und sollte ein Beispiel des Dozenten nützlich sein – etwa die Verwendung solchen Materials während der Vorlesungen.

## 2.6 Lösung praktischer Aufgaben

Dementsprechend gilt die praktische Ausbildung als ein wichtiger Bestandteil des Ausbildungsprogramms für Volljuristen und zielt auf die Bildung von Grundfertigkeiten und praktischen Fertigkeiten der Rechtsanwendung ab [1, P. 25]. Die meisten methodischen Aufarbeitungen der Rechtsfakultät der Kyiver Nationalen Taras Shevchenko Universität enthalten historisch gesehen praxisrelevante Rechtsaufgaben. Es ist jedoch notwendig, auf ausländische Erfahrungen zurückzugreifen, um einen solchen Prozess methodisch zu unterstützen.

Ein beispielloses Experiment zur Umsetzung der praktischen Komponente in der Rechtsausbildung in der Ukraine war die Einführung der deutschen Methodik zur Lösung von Rechtsfällen an der Rechtsfakultät der Kyiver Nationalen Taras Shevchenko Universität, die unter der Federführung des Zentrums für deutsches Recht gestartet wurde.

Ungefähr ein Dutzend Dozenten der Rechtswissenschaftlichen Fakultät führten Seminare mit dieser Technik durch. Das Experiment ergab die folgenden Vorteile der Lösung von Fällen auf der Grundlage theoretischen Wissens: es wurden praktische Fähigkeiten zur Erstellung von Rechtsdokumenten seitens der Studierenden auf der Grundlage der zuvor erlernten theoretischen Kenntnisse vermittelt, die Fertigkeiten der Rechtsargumentation, der Kombinationen von theoretischem und praktischem Wissen bei der Lösung von Streitfragen in verschiedenen Rechtsbereichen (z.B. zu Fragen des materiellen und Verfahrensrechts) vertieft, aber auch Fähigkeiten erlernt, das Material zu strukturieren und logisch darzustellen, die Anwendung des umfassenden Gesetzeswerks in den komplexen Rechtsbereichen zu beherrschen, und abschließend das zuvor erlernte Material zu wiederholen.

Als Ergebnis eines dreijährigen Experiments veröffentlichten die Dozenten eine *Methodik zur rechtlichen Falllösung: theoretische und praktische Aspekte*<sup>28</sup>.

## 3 Soziale Aspekte unterschiedlicher Ausrichtung (einschließlich des Zugangs zum Richteramt)

In Ermangelung eines speziellen Gesetzes zur JHS müssten aus den einschlägigen Sondergesetzen komplizierte Stückvorschriften gesammelt und zum Regelwerk interpretiert werden, um den Zugang zu einem bestimmten Rechtsberuf verständlich zu machen.

---

<sup>28</sup> Шлоер Б., Посадник В., Косілова О., Лукач І. Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти За заг. ред. Р. Мельника. К. 2020 Гельветика. 160 с.

In der Ukraine hat sich die Praxis des Zugangs zum Rechtsberuf je nach Fachgebiet ausgebildet, im Gegensatz zu Deutschland, wo jeder Studierende, der das zweite Staatsexamen bestanden hat, Richter, Staatsanwalt oder Anwalt werden kann (Ausnahmen sind Notare mit zusätzlichem Ausbildungsaufwand für ihren Beruf). In der Ukraine hat ein Juraabsolvent nur Zugang zum Beruf des Rechtsberaters oder zu einem Stellvertreter in einem juristischen Fachberuf. Die meisten Rechtsberufe erfordern noch Qualifikationsprüfungen. Dieses Stufensystem ist nicht einzigartig, da es in vielen EU-Ländern sowie in den USA und in Großbritannien verwendet wird, wo Anwälte eine Eignungsprüfung bestehen müssen.

Zum anderen Teil der Rechtsberufe in der Ukraine wird der Zugang durch Ernennungen zum jeweiligen Amt sichergestellt. In der Ukraine gibt es verschiedene Filter für den Zugang zum Rechtsberuf: Bildung, Beruf, Alter, Qualifikation. Fast alle Rechtsberufe verlangen nach einem Bildungsniveau, mit Ausnahme der Position des Generalstaatsanwalts der Ukraine. Diese Tatsache (die ein relatives Novum ist) wurde wiederholt als politischer Schachzug kritisiert.

In Übereinstimmung mit Artikel 127 Teil 3 der Verfassung der Ukraine kann als Richter nur ein Bürger der Ukraine ernannt werden, der nicht jünger als dreißig und nicht älter als sechzig Jahre ist, ein erfolgreich abgeschlossenes Jurastudium samt Dauer der beruflichen Tätigkeit von fünf Jahren nachweist, kompetent und anständig ist und die Staatssprache beherrscht. Das Gesetz kann zusätzliche Anforderungen für die Ernennung als Richter vorsehen.

In Übereinstimmung mit Artikel 127 Teil 4 der Verfassung der Ukraine können für Richter von Fachgerichten der Ukraine nach Gesetz andere Anforderungen ab deren Ausbildung und Berufserfahrung festgelegt werden.

Nach Artikel 69 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ können nur Staatsbürger der Ukraine zum Richteramt ernannt werden, die nicht jünger als dreißig Jahre alt sind und nicht das fünfundsechzigste Lebensjahr vollendet haben, das juristische Hochschulstudium erfolgreich absolviert und die Erfahrung einer beruflichen Tätigkeit auf dem Rechtsgebiet von mindestens fünf Jahren nachgewiesen haben, kompetent und anständig sind und die Staatssprache beherrschen. Auch Richterassistenten müssen das juristische Hochschulstudium erfolgreich absolviert haben (Artikel 157 Teil 1). Als Erfahrung in der beruflichen Tätigkeit auf dem Gebiet des Rechts gilt die Dauer der beruflichen Tätigkeit einer Person in dem erworbenen Fach nach dem Abschluss des juristischen Hochschulstudiums. Artikel 69 Teil 6 Punkt 1 sieht vor, dass unter dem Hochschulstudium der Master-Abschluss des juristischen Hochschulstudiums verstanden wird (oder ein gleichwertiges Hochschulstudium nach dem Bildungs- und Qualifikationsniveau eines Spezialisten), der in der Ukraine erworben wurde sowie eine entsprechende juristische Ausbildung, die im Ausland erworben und in der Ukraine in Übereinstimmung mit dem gesetzlich festgelegten Verfahren anerkannt wurde.

In anderen Rechtsnormen gibt es keine solche Klarstellung, daher ist es notwendig, von den Bestimmungen der Verordnung des Ministerkabinetts der Ukraine vom

29. April 2015 Nr. 266 „Über die Genehmigung der Liste der Fach- und Wissensgebiete für die Vorbereitung der Absolventen der Hochschulbildung“<sup>29</sup> auszugehen, deren Punkt 2-1 lautet, dass Personen, die das Hochschulstudium in den Fachgebieten „081 Recht“, „293 Völkerrecht“ auf dem ersten (Bachelor-) und dem zweiten (Master-) Niveau der Hochschulbildung abgeschlossen haben und denen der Hochschulabschluss „Master-Abschluss“ verliehen wurde, Stellen innehaben oder Tätigkeiten ausüben können, deren Qualifikationsanforderungen das Vorhandensein des vollständigen Hochschulabschlusses oder des Hochschulabschlusses voraussetzen. Somit wird der Begriff des „juristischen Hochschulabschlusses“ auf Personen ausgeweitet, die sowohl einen Bachelor- als auch einen Master-Abschluss in Rechtswissenschaften oder im Völkerrecht erworben haben.

Solche Berufe, die einen juristischen Hochschulabschluss erfordern, sind Richter und ihre Assistenten; Notare und ihre Assistenten (Artikel 3 Teil 2 und Artikel 13 Teil 1 des Gesetzes der Ukraine „Übers Notarwesen“); Staatsanwälte verschiedener Ebenen (Artikel 27 des Gesetzes der Ukraine „Über Staatsanwaltschaft“, es gibt jedoch keine Anforderungen für die Ausbildung von Assistenten der Staatsanwälte); Rechtsanwälte und ihre Assistenten (Artikel 6 und Artikel 16 des Gesetzes der Ukraine „Über Rechtsanwaltschaft und rechtsanwaltliche Tätigkeit“). Nach hier vertretener Meinung entspricht dieser Ansatz zur Bestimmung des Ausbildungsniveaus von Assistenten in den genannten Berufen der Nivellierung der Selbständigkeit des Bachelor-Niveaus, was diesen zu einem notwendigen Schritt für den Zugang zum Rechtsberuf degradiert. Es ist angebracht, die Politik in Bezug auf JHS im Hinblick auf Assistenten für Fachleute verschiedener Rechtsberufe zu überdenken.

Das Recht der Ukraine legt spezifische Anforderungen für den Zugang zum Beruf für Richter des Obersten Gerichtshofs fest, die durch die soziale Besonderheit ihres Status verursacht worden ist. Nach Art. 38 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ kann diejenige Person Richter des Obersten Gerichtshofs werden, die die Anforderungen für das Richteramt erfüllt, gemäß ihrer Qualifikationsbewertung die Fähigkeit zur Wahrnehmung der Rechtsprechung am Obersten Gerichtshof bestätigt hat und auch eine der folgenden Anforderungen erfüllt: mindestens zehn Jahre als Richter tätig war; 2) über einen wissenschaftlichen Abschluss auf dem Gebiet des Rechts und Erfahrung in der wissenschaftlichen Arbeit auf dem Gebiet des Rechts von mindestens zehn Jahren verfügt; 3) über mindestens zehn Jahre Erfahrung in der beruflichen Tätigkeit eines Anwalts verfügt, einschließlich mindestens gerichtlicher Vertretung und / oder Verteidigung gegen Strafverfolgung aufweist; 4) über eine Gesamterfahrung in der beruflichen Praxis gemäß den Anforderungen in den Absätzen 1-3 dieses Teils von mindestens zehn Jahren verfügt. Die gleichen Qualifikationsanforderungen werden im Artikel 27 dieses Gesetzes von den Richtern von Berufungsgerichten aber mit 7 Jahren Erfahrung abverlangt.

---

<sup>29</sup> Постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266 «Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти». ОВУ. 2015. № 38, Ст. 194.



Um also Richter eines örtlichen Gerichts zu werden, ist es notwendig über Erfahrung auf dem Gebiet des Rechts (d.h. in der praktischen Tätigkeit) zu verfügen. Für die Besetzung des Richteramts am Berufungsgericht oder dem Obersten Gerichtshof kann man einen entsprechenden akademischen Grad auf dem Fachgebiet Recht besitzen und Erfahrung in der Forschung und Wissenschaft aufweisen. Unserer Meinung nach erscheint diese Position des Gesetzgebers eher erstaunlich, da Wissenschaftlern der Zugang zu unteren Gerichten verwehrt, zu den höheren Gerichten demgegenüber eröffnet wird.

Nach Art. 128 der Verfassung der Ukraine erfolgt die Ernennung zum Richter durch Wettbewerb, außer in gesetzlich festgelegten Fällen. Der Präsident des Obersten Gerichtshofs wird vom Plenum des Obersten Gerichtshofs nach dem gesetzlich festgelegten Verfahren in geheimer Abstimmung gewählt und entlassen. Das alles war lange Zeit anders, denn die erste Ernennung zum Richter am örtlichen Gericht erfolgte für eine Amtszeit von 5 Jahren und erst dann schloss sich eine unbefristete (unkündbare) Wahl durch das Parlament an. Ein solcher Prozess verursachte ein Korruptionsrisiko für Richter, die im Amt bleiben wollten und daher gezwungen waren, den Anweisungen der Vorgesetzten zu folgen, welches ein Mittel zur Beeinflussung von außen war<sup>30</sup>. Nach der Stellungnahme des Beirats europäischer Richter zu Standards der Unabhängigkeit von Richtern in der europäischen Praxis sollten ordentliche Richter für einen ununterbrochenen Zeitraum bis zum Ruhestand ernannt werden. Dieser Ansatz ist am wenigsten problematisch in Bezug auf die Unabhängigkeit der Richter<sup>31</sup>.

Eine Justizreform ist in der Ukraine aufgrund einer Reihe von Korruptionsfaktoren und ihrer tatsächlichen Abhängigkeit vom Gesetzgeber und insbesondere von der Exekutive dringend geworden. Diese Notwendigkeit wurde besonders deutlich im Fall von Oleksandr Volkov gegen die Ukraine, in dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wiederholt betonte, dass der damalige Höhere Justizrat bei der Ernennung von Richtern angesichts der Besonderheiten seiner eigenen Wahl nicht unabhängig und unparteiisch war<sup>32</sup>. Das Ergebnis einer komplexen politisch-sozialen Justizreform war die Umwandlung des Höheren Justizrats in den Höheren Rechtsprechungsrat. Der Höhere Rechtsprechungsrat ernennt seinerseits zwölf Mitglieder der Höheren Qualifikationskommission der Richter der Ukraine. Zu der Höheren Qualifikationskommission der Richter der Ukraine kann ein Staatsbürger der

---

<sup>30</sup> Звіт працівників МВФ, вересень 2016 <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2016/cr16319.pdf>; і „Звіт Уряду України про діагностичне дослідження питань врядування в аспекті корупції, бізнес-клімату та ефективності судової влади” за підтримки МВФ (2014): <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14263-a.pdf>; Національне дослідження доброчесності Transparency International Україна (2015). URL: [https://ti-ukraine.org/wpcontent/uploads/2016/12/nis\\_assessment\\_eng.pdf](https://ti-ukraine.org/wpcontent/uploads/2016/12/nis_assessment_eng.pdf).

<sup>31</sup> Consultative Council of European Judges, Opinion No. 1, on the standards concerning the independence of the judiciary and irremovability of judges, 2001 (para 48) URL: [http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/RoL%20Project/RoL\\_2019\\_02\\_Brussels/CCJE\(2001\)%20Opinion%20No%201%20CCJE.pdf](http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/RoL%20Project/RoL_2019_02_Brussels/CCJE(2001)%20Opinion%20No%201%20CCJE.pdf).

<sup>32</sup> Справа «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11). ОВУ 2013. № 89, Ст. 3307.

Ukraine ernannt werden, der die Amtssprache beherrscht, das Hochschulstudium und die Berufserfahrung im Bereich des Rechts von mindestens fünfzehn Jahren aufgewiesen hat, zum Rechtsberuf gehört und die Kriterien der politischen Neutralität erfüllt (Artikel 94 Teile 1 und 2 des Gesetzes der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“).

#### 4 Die begleitende Rolle der Rechtsanwaltschaft als „Organ der Rechtsprechung“

Auf die Rechtsanwaltschaft und das Gericht als Institutionen wird in der Ukraine die Umsetzung (Verwirklichung) einer solch wichtigen verfassungsmäßigen Funktion des Staates wie den Schutz der Menschenrechte, Freiheiten und Interessen und in einigen Fällen der vom Staat delegierten sozialen Mission in Form einer sekundären Rechtshilfe auferlegt.

Die Rechtsanwaltschaft ist eine der Institutionen, die direkt zum Schutz der Menschenrechte berufen ist. Ohne ihre Existenz ist es unmöglich, einen Staat aufzubauen, der den internationalen Standards der Entwicklung der Demokratie und der Vorherrschaft des Rechts und Gesetz entspricht. Bei etwa der Nachweisvorführung im Verlauf der Verhandlung in der Sache hat der Rechtsanwalt sich zur Aufgabe zu stellen, das Gericht bei der Feststellung der Wahrheit zu unterstützen. Solche Unterstützung stellt kein Recht, sondern eine Pflicht des Rechtsanwalts dar.

Leider bleibt die Frage der Bestimmung des Ortes und der Rolle der Rechtsanwaltschaft in der Wahrnehmung der Rechtsprechung umstritten. Sie ist dabei äußerst relevant, da gerade der Rechtsanwalt verfassungsrechtlich verpflichtet ist, Rechtsbeistand auf professioneller Grundlage zu gewähren<sup>33</sup>.

Insbesondere diese Pflicht wird als Garantie für die Einhaltung und der Verwirklichung von Rechten und Freiheiten des Einzelnen gesehen, wovon weitgehend das Vertrauen in die Existenz eines zuverlässigen Mechanismus abhängt, der diese Rechte und Freiheiten schützt und einen angemessenen Zugang zur Wahrnehmung der Rechtsprechung sichert<sup>34</sup>.

Um den Zweck dieser Studie zu verwirklichen, ist zunächst auf das geltende Recht zu verweisen, das die Bestimmungen zur Wahrnehmung der Rechtsprechung

<sup>33</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30.

<sup>34</sup> Заборовський В.В Місце і роль адвокатури у механізмі здійснення правосуддя. <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/20245/1/%D0%97%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D1%80%D0%BE%D0%B2%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9%20%D0%9C%D1%96%D1%81%D1%86%D0%B5%20%D1%96%20%D1%80%D0%BE%D0%BB%D1%8C%20%D0%B0%D0%B4%D0%B2%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D1%82%D1%83%D1%80%D0%B8%20%D1%83%20%D0%BC%D0%B5%D1%85%D0%B0%D0%BD%D1%96%D0%B7%D0%BC%D1%96%20%D0%B7%D0%B4%D1%96%D0%B9%D1%81%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B4%D1%8F%20%D0%B2%20%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96.pdf>

in der Ukraine, zur Organisation der Justiz, zum Status der Richter und der Rechtsanwaltschaft sowie deren Beziehungen zueinander beinhaltet. Daher ist insbesondere der Abschnitt VIII der Verfassung der Ukraine in diesen Angelegenheiten als von grundlegender Bedeutung anzusehen. Die Grundprinzipien der Rechtsprechung in der Ukraine sind im Artikel 129 der Verfassung der Ukraine verankert. Darunter gehören: die Gewährung dem Angeklagten des Rechts auf Verteidigung; die Gleichheit aller Verfahrensteilnehmer vor dem Gesetz und dem Gericht; kontradiktorischer Charakter des Verfahrens und der Beziehungen der Parteien und ihre Freiheit, die Beweise dem Gericht vorzulegen und ihre Überzeugungskraft vor dem Gericht zu beweisen usw.

Die Bestimmungen des Artikels 131-2 der geltenden Verfassung sehen wiederum vor, dass für die Gewährung der professionellen rechtlichen Hilfe und Beratung in der Ukraine die Rechtsanwaltschaft zuständig ist. Ausschließlich ein Rechtsanwalt vertritt eine andere Person vor Gericht und verteidigt gegen Strafanschuldigung. Durch diese Norm begründet der ukrainische Gesetzgeber tatsächlich das Monopol der Rechtsanwaltschaft (Anwaltszwang) hinsichtlich des Schutzes und der Vertretung einer Person vor Gericht<sup>35</sup>.

Die Grundsätze der Organisation und Tätigkeit der Rechtsanwaltschaft sowie die Praxis der Rechtsanwälte in der Ukraine sind gesetzlich festgelegt. Dieses Gesetz ist betitelt als Gesetz der Ukraine „Über Anwaltschaft und Tätigkeit der Rechtsanwälte“<sup>36</sup>. Die Grundsätze der Tätigkeit der Rechtsanwälte wurden durch die Regeln der Rechtsethik ergänzt und spezifiziert, welche von der Tagung der Rechtsanwälte der Ukraine am 09.06.2017 verabschiedet wurden<sup>37</sup> und die Berichterstattung und die Wahl deren Koordinationsorgane regeln.

In der Ukraine gilt auch das Gesetz der Ukraine „Über die kostenlose Rechtshilfe“, dessen Bestimmungen festlegen, dass die Rechtsanwälte, die der Eintragung ins entsprechende Register zustimmen, als Träger der kostenlosen Sekundärrechtshilfe gelten<sup>38</sup>.

In Bezug auf den Status des Rechtsanwalts ergeben sich aus der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine vom 16. November 2000 Nr. 13-рп/2000 (Rechtssache über das Recht, einen Rechtsanwalt frei zu wählen) eine Reihe näherer Bestimmungen<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Ibid. 1.

<sup>36</sup> Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

<sup>37</sup> Правила адвокатської етики від 09.06.2017 р.  
<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17/sp:side#n4>.

<sup>38</sup> Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 51. – Ст. 577.

<sup>39</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 Кримінального процесуального кодексу України, ст. 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 47. – Ст. 109.

Das Gesetz der Ukraine „Über die Gerichtsverfassung und den Status der Richter“ bestimmt die Organisation der Justiz und die Wahrnehmung der Rechtsprechung in der Ukraine, die nach europäischen Standards arbeitet und das Recht aller auf ein faires Verfahren gewährleistet. So legt insbesondere der Artikel 2 Teil 1 dieses Gesetzes fest, dass das Gericht, das die Justiz auf der Grundlage der Vorherrschaft des Rechts wahrnimmt, jedem das Recht auf ein faires Verfahren und die Achtung anderer Rechte und Freiheiten garantiert, die durch die Verfassung und die Gesetze der Ukraine sowie durch internationale Verträge gewährleistet werden. In Übereinstimmung mit Artikel 7 Teil 1 des oben genannten Gesetzes wird jedem der Schutz seiner Rechte, Freiheiten und Interessen innerhalb einer angemessenen Frist durch ein unabhängiges, unparteiisches und faires Gericht garantiert, das gesetzlich festgelegt ist. Sein Artikel 10 besagt, dass jeder das Recht auf professionellen Rechtsbeistand hat. In gesetzlich festgelegten Fällen gewährleistet der Staat kostenlos professionellen Rechtsbeistand. Für die Leistung des professionellen Rechtsbeistands wird die Rechtsanwaltschaft tätig. Die Gewährleistung des Rechts auf Schutz vor Beschuldigung der Straftatverübung und der Vertretung vor Gericht wird vom Rechtsanwalt wahrgenommen, sofern anderes nicht gesetzlich vorgesehen ist<sup>40</sup>.

Aus der Gesetzgebung schließen wir daher, dass die Rechtsanwaltschaft als Institution tatsächlich eine wichtige Rolle bei der Wahrnehmung der Rechtsprechung spielt. Anwälte haben ein Monopol auf die Vertretung vor Gericht, was sie zu fast obligatorischen Prozessteilnehmern macht. Ihre Berufung, wie auch die von den Richtern, besteht in der Wahrheitssuche und deren Feststellung in der Sache. Die Feststellung der Wahrheit ist das Hauptziel der Justiz.

Erwähnenswert ist, dass unter Wissenschaftlern kein einheitlicher Ansatz existiert, was die Rolle des Anwalts angeht. Es gibt verschiedene Theorien zur Rolle vom Rechtsanwalt in der Wahrnehmung der Rechtsprechung:

- Teilnehmer oder Vertreter der Wahrnehmung der Rechtsprechung;
- Vermittler zwischen Öffentlichkeit und Gericht;
- Vermittler zwischen den Parteien und dem Gericht;
- Diener oder Assistent der Justiz;
- Unterstützung der öffentlichen Gewalt und der Justiz;
- eine unabhängige Justizinstanz;
- Teilnehmer der Justiz, der die Funktion der öffentlichen Kontrolle wahrnimmt;
- Berater, Vertrauensperson und Vertreter des Mandanten<sup>41</sup>.

So verweisen einige Wissenschaftler darauf, dass die Rechtsanwaltschaft Teilnehmer oder Vertreter der Wahrnehmung der Rechtsprechung ist. I. Yartyh merkt an, dass „die Rechtsanwaltschaft die Funktion der Teilnahme an der Rechtsprechung

---

<sup>40</sup> Закон України «Про судоустрій і статус суддів» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016, № 31, ст.545).

<sup>41</sup> Ibid. 2 (Заборовський).

wahrnimmt und dabei die Bedingungen zur Wahrnehmung des Rechtsschutzes schafft<sup>42</sup>. T. Vilchik weist darauf hin, dass „der Anwalt ein gewissenhafter und fleißiger Verteidiger der Interessen von Privatpersonen und ebenso gewissenhafter und fleißiger Vertreter der Justiz sein muss“<sup>43</sup>.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Position des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte: in seinen Entscheidungen betont der Gerichtshof oft den besonderen Status der Rechtsanwälte und räumt ihnen den zentralen Platz in der Wahrnehmung der Rechtsprechung als Vermittler zwischen der Öffentlichkeit und den Gerichten ein (Punkt 54 der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache Casado Coca gegen Spanien<sup>44</sup>; Punkt 29 im Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 20. Mai 1998 in der Rechtssache Schopfer gegen die Schweiz<sup>45</sup>).

E. Vaskovsky betrachtet den Rechtsanwalt als Vermittler, jedoch bereits zwischen den Parteien und dem Gericht, er betont, dass „die Tätigkeit von Rechtsanwälten selbst die gerichtliche Tätigkeit (ist); diese stehen als Vermittler zwischen den Parteien und dem Gericht“<sup>46</sup>.

Die Wahrnehmung der Rechtsanwaltschaft als Bedienstete oder Assistenten der Justiz ist sowohl unter Wissenschaftlern als auch im internationalen Recht weit verbreitet. Zum Beispiel sagte Herr Raymond Mullerata, ein bekannter spanischer Anwalt und ehemaliger Präsident des Rates der Europäischen Rechtsanwalts- und Juristenvereine: „Der Rechtsanwalt ist ein wichtiger Akteur in der Wahrnehmung der Rechtsprechung. Der Rechtsanwalt, neben dem Richter ist ein Diener im Tempel der Gerechtigkeit“<sup>47</sup>.

Als Diener der Gerechtigkeit werden Rechtsanwälte auch im oben genannten Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache Casado Coca gegen Spanien genannt, das in Randnummer 46 feststellt, dass Rechtsanwälte aufgrund der besonderen Natur des Rechtsberufs als Bedienstete der Gerechtigkeit ausschließliche Rechte der Teilnahme an Gerichtssitzungen und eine Immunität vor Strafverfolgung für ihre Reden im Gerichtssaal genießen.

---

<sup>42</sup> Яртых И.С. Адвокатура и власть / И.С. Яртых. – М. : Юрлитинформ, 2003. – 176 с. – 167.

<sup>43</sup> Вільчик Т.Б. Юридична природа адвокатури та проблеми організації її діяльності / Т.Б. Вільчик // Університетські наукові записки. – 2011. – № 4. – С. 327–331. – С. 329.

<sup>44</sup> Рішення Європейського суду із прав людини у справі «Casado Coca v. Spain» (Заява № 15450/89) від 24 лютого 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Casado\\_Coca\\_v\\_Spain\\_24\\_02\\_1994.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Casado_Coca_v_Spain_24_02_1994.pdf).

<sup>45</sup> Рішення Європейського суду із прав людини у справі «Schopfer v. Switzerland» (Заява № 56/1997/840/1046) від 20 травня 1998 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.hrcr.org/safrica/expression/schopfer\\_switzerland.html](http://www.hrcr.org/safrica/expression/schopfer_switzerland.html).

<sup>46</sup> Васьковский Е.В. Организация адвокатуры : в 2 ч. / Е.В. Васьковский. – СПб. : Н.К. Мартынов, 1893. – Ч. 2 : Исследование принципов организации адвокатуры. – 621 с – С. 49.

<sup>47</sup> Муллерат Р. Независимость – основной принцип юридической этики / Р. Муллерат // Адвокат. – 1996. – № 11 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1132077>.

Die Kriterien zur Unterscheidung zwischen den Begriffen „Rechtsbeistand“ und „Rechtsdienstleistung“ sollten als Tätigkeiten zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen oder als Tätigkeiten auf dem Gebiet des Rechts betrachtet werden.

Als Assistent der Justiz wird der Rechtsanwalt insbesondere von Yu. Pylypenko angesehen, der bei der Analyse der Hauptrichtungen des Rechtsgeheimnisses zu dem Schluss kommt, dass „ein Rechtsanwalt auch ein Assistent der Justiz ist, der eine echte Kontradiktion in jede Art von Prozess sichert“<sup>48</sup>. Die gleiche Position vertritt der französische Gesetzgeber, der im Artikel 3 des Gesetzes „Über die Reform bestimmter gerichtlicher und juristischer Berufe“ vom 31. Dezember 1971 Nr. 71-1130 bestimmt: „Rechtsanwälte sind Assistenten der Justiz“ (auxiliaires de la justice)<sup>49</sup>. In diesem Fall muss darauf geachtet werden, dass es in der Rechtsliteratur Aussagen von Wissenschaftlern gab, die Anwälte nicht als Assistenten der Justiz, sondern der Gerichte betrachteten.

„Der Begriff 'Gerichtsassistent' ist nicht sehr vielversprechend, da er zu dem Schluss führen kann, dass ein Rechtsanwalt ein Assistent des bestimmten Gerichtskollegiums ist, der dessen Richter bei allem unterstützt, was diese tun, auch wenn die Handlungen des Kollegiums schlicht falsch wären“<sup>50</sup>.

Wir unterstützen die Aussage von S. Prylutsky, der feststellt, dass „es die Rechtsanwaltschaft ist, die eine zuverlässige Unterstützung für Justiz und Rechtsprechung sein sollte“<sup>51</sup> und dass „als aktiver Teilnehmer am Mechanismus der Rechtsanwendung (außerdem einen unabhängigen Platz im Mechanismus der Justiz einnehmend) die Rechtsanwaltschaft eine wichtige Funktion der öffentlichen Kontrolle in diesem Bereich wahrnimmt (wahrnehmen sollte)“<sup>52</sup>. Zutreffend ist auch die Position des deutschen Gesetzgebers, der im Artikel 1 der Bundesrechtsanwaltschaftsordnung vom 1. August 1959<sup>53</sup> darauf hinweist, dass der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege ist.

Es sollte auch berücksichtigt werden, dass der Rechtsanwalt einerseits Beamte von Staatsbehörden und Kommunalverwaltungen verteidigt und ihre Interessen vor

<sup>48</sup> Пилипенко Ю.С. Основные направления исследования адвокатской тайны / Ю.С. Пилипенко // Часопис адвокатури України. – 2009. – № 9. – С. 1–42 [Elektronischer Ressource]. – Режим доступу : <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/619/639>. – С. 32.

<sup>49</sup> Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : Loi du 31 décembre 1971 № 71-1130 [Ressource électronique]. – Mode d'accès : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068396>.

<sup>50</sup> Строгович М.С. Процессуальное положение и процессуальные функции защитника / М.С. Строгович // Защита по уголовным делам / И.Т. Голяков, М.С. Строгович, А.Н. Трайнин, М.А. Чельцов-Бебутов и др. ; под ред. И.Т. Голякова. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 223 с. – С. 27

<sup>51</sup> Прилуцький С.В. Громадянське суспільство в механізмі судової влади та правосуддя: теоретико-правовий аспект / С.В. Прилуцький // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 1. – С. 236–242. – С. 240.

<sup>52</sup> Прилуцький С.В. Адвокатура як інститут громадянського суспільства в умовах становлення правової держави / С.В. Прилуцький // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 12. – С. 47–55. – С. 54.

<sup>53</sup> Bundesrechtsanwaltschaftsordnung (BRAO), ausfertigungsdatum 01.08.1959 [Elektronische Ressource]. – Zugriffsmodus : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf>.

der Justiz vertritt und andererseits die Rechtsanwaltschaft die Interessen sowohl des Einzelnen als auch der Zivilgesellschaft vertreten und verteidigen kann. Zugleich ist das Institut der Rechtsanwaltschaft ein integraler Bestandteil des Rechtssystems, das nur dann vollständig und funktionsbereit ist, wenn wirklich eine unabhängige Rechtsanwaltschaft existiert. Ein wesentliches Merkmal der Tätigkeit der Rechtsanwaltschaft ist die Wahrnehmung einer wichtigen Funktion durch Anwälte, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter hat: Sie fördert die Gerechtigkeit der Rechtsprechung<sup>54</sup>.

Im Gutachten Nr. 16 (2013) „Über das Verhältnis zwischen Richtern und Anwälten“, das auf der 14. Plenarsitzung des Beirats der europäischen Richter (im Folgenden: CCJE) angenommen wurde, findet sich die Feststellung, dass Richter und Anwälte im Prozess unterschiedliche Rollen spielen, aber der Beitrag von beiden Berufen notwendig ist, um in allen Gerichtsverfahren in Übereinstimmung mit dem Gesetz eine faire und wirksame Entscheidung zu treffen. Im Rahmen ihrer beruflichen Pflicht zum Schutz der Rechte und Interessen ihrer Mandanten müssen Anwälte auch eine wichtige Rolle bei der gerechten Wahrnehmung der Rechtsprechung spielen<sup>55</sup>.

In Absatz 6 des Kommentars zur Charta der Grundprinzipien der Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte CCBE wird die Rolle des Rechtsanwalts wie folgt definiert: „Die Rolle eines Anwalts, der von einer Privatperson, einer juristischen Person oder dem Staat angestellt ist, umfasst die Teilnahme in der Rolle eines Beraters, einer Vertrauensperson und eines Vertreters des Kunden, eines Fachmanns, den auch Dritte schätzen, aber auch eines unauswechselbaren Teilnehmers des fairen Verfahrens. Ein Anwalt, der all diese Elemente verkörpert, aufrichtig den Interessen seines Mandanten dient und dessen Rechte schützt, übt auch die Funktionen eines Rechtsanwalts in der Gesellschaft aus, die sich in der Verhütung und der Vorbeugung von Konflikten manifestieren, in der Gewährleistung der Lösung von Konflikten gemäß den anerkannten Grundsätzen des Zivil-, Verwaltungs- und / oder Strafrechts sowie der Berücksichtigung der Rechte und Interessen des Einzelnen, der Weiterentwicklung der Gesetze sowie des Schutzes von Freiheit, der Gerechtigkeit und der Vorherrschaft des Rechts“<sup>56</sup>.

Unserer Meinung nach besteht die Gewährleistung angemessener Bedingungen für die Verwirklichung des Menschenrechts auf Rechtsbeistand sowohl in der rechtlichen Verankerung von wesentlichen Qualifikationen und anderer Anforderungen für Kandidaten für den Rechtsanwaltsstatus als auch in der Festigung des besonderen beruflichen Status des Rechtsanwalts.

---

<sup>54</sup> Адвокатура та судова влада: характер взаємовідносин / Т. Б. Вільчик // Часопис Академії адвокатури України. - 2014. - Т. 7, № 4. - С. 19-25. - Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau\\_2014\\_7\\_4\\_4](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2014_7_4_4).

<sup>55</sup> Висновок № (2013) 16 Про відносини між судьями та адвокатами <https://court.gov.ua/userfiles/KRES%20Vusnovok.pdf>.

<sup>56</sup> Хартія Основоположних принципів діяльності європейських адвокатів CCBE [http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya\\_brenduvannya.pdf](http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya_brenduvannya.pdf).

Richter und Rechtsanwälte haben jeweils ihre eigene Aufzählung ethischer Grundsätze. Mehrere von diesen sind jedoch diesen beiden Berufsgruppen gemeinsam, wie die Gesetzesachtung, die Professionalität, die Fairness und der gegenseitige Respekt<sup>57</sup>.

Spricht man über die spezifischen Grundsätze, auf die sich ein Rechtsanwalt im Rahmen seiner Arbeit stützen sollte, sind die im Verhaltenskodex europäischer Anwälte von CCBE erwähnte Bestimmungen darzulegen: ein Rechtsanwalt, der vor Gericht erscheint oder am Verfahren teilnimmt, muss die Verhaltensregeln von Gerichten oder Tribunalen befolgen. Ein Rechtsanwalt sollte immer auf die Fairness des Verfahrens achten. Ein Rechtsanwalt muss unter Wahrung des Respekts und der Höflichkeit gegenüber dem Gericht die Interessen des Mandanten mit Würde und Furchtlosigkeit verteidigen, unabhängig von den Interessen des Rechtsanwalts oder den Konsequenzen, die sich für ihn oder eine andere Person ergeben können<sup>58</sup>.

Eine wichtige Frage stellt das Verhältnis zwischen Richtern und Rechtsanwälten dar. Der Punkt 17 der Stellungnahme Nr. 16 (2013) bestimmt, dass nach Ansicht des CCJE Richter und Rechtsanwälte zusammenarbeiten sollten, um die Bedürfnisse der Parteien zu erfüllen. Im Punkt 4 heißt es, dass Richter und Rechtsanwälte in der Gerichtsverhandlung unterschiedliche Rollen spielen, der Beitrag beider Berufe ist jedoch gleichfalls erforderlich, um in allen Gerichtsverfahren faire und wirksame Entscheidungen in Übereinstimmung mit dem Gesetz zu treffen<sup>59</sup>.

Laut CCJE verbessert ein konstruktives Verhältnis zwischen Richtern und Anwälten die Qualität und die Effizienz der Wahrnehmung der Rechtsprechung, da zu den Schlüsselparametern der gesellschaftlichen Wahrnehmung der Justiz in der Ukraine die Fairness der Gerichtsentscheidungen, angemessene Zugänglichkeit und die Effizienz der Rechtsprechung gehören.

Interessanterweise werden in einigen Ländern Richter hauptsächlich aus den erfahrensten Anwälten ausgewählt. Vielerorts muss ein Richter Erfahrung als Rechtsanwalt besitzen. Es gibt aber auch Staaten, wo sich die Wege der Richter und der Rechtsanwälte nicht überschneiden.

Leider herrschen in der Ukraine eher angespannte Verhältnisse zwischen Richtern und Anwälten. Ihre Argumente in Gerichtsverhandlungen erwecken oft den Anschein als würden sie gegeneinander kämpfen, obwohl der Zweck beider im Gerichtsverfahren in Wirklichkeit darin besteht, die Wahrheit zu suchen und zu beweisen.

Wie die Rechtsanwendungspraxis der Gerichte zeigt, weisen sie in den allermeisten Fällen, wenn sie sich über Rechtsanwälte bei den zuständigen Qualifikations- und Disziplarkommissionen beschwerten, darauf hin, dass der Anwalt eine Handlung begangen hat, die die Justiz behindert und das Gericht missachtet, was zur Disziplinarverantwortung des Anwalts führen muss.

---

<sup>57</sup> Ibid. 23 (Висновок).

<sup>58</sup> Ibid. 24 (Хартия).

<sup>59</sup> Ibid. 23 (Висновок).



Auf der Grundlage des Vorstehenden kommen wir daher zu dem Schluss, dass die Rechtsanwaltschaft eine unabhängige Institution im Mechanismus der Wahrnehmung der Rechtsprechung ist, die nicht als nur Teilnehmer gilt, sondern eine der wichtigsten Funktionen dieses Mechanismus verwirklicht, die im unmittelbaren Zusammenhang steht mit der ordnungsgemäßen Umsetzung des verfassungsmäßigen Rechts einer Person auf professionellen Rechtsbeistand.

Gegenwärtig ist das Verhältnis zwischen Richtern und Rechtsanwälten weit vom Ideal und den Vorschriften der Ethikkodizes entfernt. So ist der Ansicht der Professorin Dana Ann Remus zuzustimmen, dass der beste Weg der Befriedigung von Interessen der Bürger darin besteht, das Verhältnis zwischen Rechtsanwälten und Richtern im sogenannten Modell der Zusammenarbeit neu auszurichten, in dem ein starker, unabhängiger Rechtsberuf (der Beruf des Rechtsanwalts, des Verteidigers) mit starken unabhängigen staatlichen Gerichten zusammenarbeitet<sup>60</sup>.

Es bedarf großer Anstrengungen, um die Natur und das enge Zusammenwirken zwischen Rechtsanwälten und den Vertretern der Justiz zu verbessern, einschließlich der erforderlichen Vergleichsarbeit, die zu innovativen Lösungen führen könnte. Wir können jedoch dazu beitragen, dass versichert wird, dass sowohl Richter als auch Rechtsanwälte gleichberechtigt, unabhängig und mit ausreichenden Befugnissen ausgestattet einander helfen, zusammenarbeiten und sich gegenseitig schützen, was wiederum denjenigen demokratischen Werten dient, auf denen unser Rechtssystem basiert.

---

<sup>60</sup> Just Conduct: Regulating Bench-Bar Relationships Dana Ann Remus\* <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1622&context=ylpr>.



## **Умови функціонування третьої (судової) гілки влади**



# Основні вимоги щодо незалежності суддів у правовій державі

*Др. Даг Белфрот*

## 1 Становище суддівської незалежності в межах конституційної побудови / структури

Хоча незалежність суддів у Німеччині й закріплена простим положенням закону: а саме в § 1 Закону про судоустрій (GVG)<sup>1</sup> та §§ 25, 26 Німецького закону про суддів (DRiG)<sup>2</sup>, її центральний зміст сягає набагато далі за рівень звичайних законів, беручи початок вже в самій Конституції. Адаже суддівська незалежність має чітке конституційне нормування в ст. 97 Основного закону<sup>3</sup>, згідно з абз. 1 якого судді є незалежними і підкоряються лише закону. Вирішальною характеристикою судової діяльності є її здійснення «[...] непричетною третьою особою, що є і особисто, і по суті незалежною [...]»<sup>4, 5</sup>. При цьому її слід розуміти не як надзвичайне і переважне право певної

---

<sup>1</sup> Gerichtsverfassungsgesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.1975 (BGBl. I. S. 1077), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.07.2018 (BGBl. I S. 1151).

<sup>2</sup> Deutsches Richtergesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.04.1972 (BGBl. I S. 713), zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.06.2017 (BGBl. I. S. 1570).

<sup>3</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch ÄndG vom 13.07.2017 (BGBl. I. S. 2347).

<sup>4</sup> BVerfGE 103, 111 (140).

<sup>5</sup> BVerfGE 26, 186 (198); 42, 206 (209); 87, 68 (85); 103, 111 (140); порівн. також: BVerfGE 14, 56 (69).

професійної групи, у сенсі станових привілеїв<sup>6</sup>, а як вирішальний структурний принцип самої конституції<sup>7</sup>. Суддівська незалежність, відтак, полягає у взаємодії з принципом розподілу влади<sup>8</sup> в абз. 2 ст. 20 Основного закону, з одного боку, а також зі зв'язаністю законом і правом в абз. 3 ст. 20 Основного закону, з другого боку.<sup>9</sup> Водночас вона належить до основних опор правової державності<sup>10</sup>, оскільки гарантія ефективного правового захисту згідно з абз. 4 ст. 19 Основного закону вимагає суддівської незалежності<sup>11,12</sup>. Це підтверджується, наприклад, правовим захистом, забезпечуваним адміністративними судами, ефективність яких виглядала би сумнівною, якби громадянину, який звернувся за правовим захистом, довелося побоюватися, що виконавча влада чинить вплив на суддю адміністративного суду, котрий приймає рішення про предмет його, громадянина, спору. За допомогою гарантованого абз. 1 ст. 97 Основного закону дотримання функціонального розподілу влади в аспекті ефективного взаємного контролю забезпечується гарантія того, що:

«[...] суди ухвалюють свої рішення виходячи виключно з закону і права»<sup>13</sup>. Так само послідовне дотримання функціонального поділу влади в аспекті ефективного взаємного контролю зміцнює незалежність суддів при здійсненні своєї діяльності від виконавчої чи законодавчої влади<sup>14</sup>.

З цієї конституційно-правової позиції, відведеної суддівській незалежності, також випливає те, що ст. 97 Основного закону судді як приватній особі не надається ні основного права, ані будь-якого подібного до нього права<sup>15</sup>. Адже юридична гарантія такої незалежності служить функціональній спроможності юриспруденції забезпечувати наявність

<sup>6</sup> BGH, NJW 1977, 437 (437); NJW 1991, 421 (422); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3.

<sup>7</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 19.

<sup>8</sup> Nach *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1 sei sie auch Ausdruck der Gewaltenteilung; так само: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 14.

<sup>9</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1089).

<sup>10</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 2; див. також: BVerfGE 2, 307 (320): «[...] Незалежність суддівського правозастосування [...] як один із суттєвих принципів нашого державного механізму [...]».

<sup>11</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn.3; порівн.: *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 19.

<sup>12</sup> Див.: *Papier*, NJW 1990, 8 (9); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1.

<sup>13</sup> BVerfGE 107, 395 (402 f.).

<sup>14</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 2.

<sup>15</sup> Проти ознаки конституційної норми як основного права: BVerfGE 27, 211 (217); BVerfG (K), NJW 2016, 3711 (Rn. 14); BVerfG (K), NVwZ 2016, 764 (Rn. 76); BVerwGE 78, 216 (220); BGH, NJW 1977, 437 (437); NJW 1991, 421 (422). *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 21; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 5; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

правової держави<sup>16</sup>. Відтак у юридичній літературі використовується й таке позначення, як «[...] *чужорідне використання інституційної гарантії для зовнішньої вигоди* [...]»<sup>17</sup>. Питання ж, чи містить суддівська незалежність понад те ще й суб'єктивно-публічні права<sup>18</sup>, чи має просто об'єктивно-правовий характер<sup>19</sup>, в цьому місці подальшої деталізації не потребує. Адже в будь-якому випадку суддя як посадова особа в принципі має можливість звернутися з конституційною скаргою щодо потенційного порушення його матеріальної й персональної незалежності, гарантованої в абз. 5 ст. 33 Основного закону в поєднанні зі ст. 97 Основного закону як принцип правового статусу суддівської посади<sup>20</sup>.

Разом із тим інституційна чи й організаційна незалежність суддів конституційно закріплена в реченні 2 абз. 2 ст. 20 Основного закону і виводиться не зі ст. 97 Основного закону<sup>21</sup>, адже наслідки, що випливають із принципу поділу влади, включають і організаційно незалежне існування судової влади поряд із виконавчою та судовою, що для ефективного і повноцінного завершення вимагає й принципового поділу влади, уособленої однією й тією ж людиною, якщо вона належить до обох відповідних органів, через запровадження вимог і правил<sup>22</sup> несумісності<sup>23</sup>.

## 2 Предметна / сутнісна незалежність

Відповідно до абз. 1 ст. 97 Основного закону судді є незалежними і підкорюються лише закону. Точне опрацювання і розкриття змісту предметної, сутнісної гарантії незалежності абз. 1 ст. 97 Основного закону вимагає цілеспрямованого розгляду змісту норми з урахуванням обсягу її застосування, з одного боку, та забезпеченого обсягу гарантії, з другого.

---

<sup>16</sup> BVerwGE 78, 216 (220); див. подібний підхід: BGH, NJW 1991, 421 (422); так само подібний підхід, але пов'язаний з предметною/сутнісною незалежністю: H. Sodian, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22.

<sup>17</sup> Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 4.

<sup>18</sup> Так вважає: Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7 з подальшими посиланнями; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 16 за опосередковано суб'єктивні публічні права; C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3 за суб'єктивне право, що не є основним правом.

<sup>19</sup> So Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>20</sup> Порівн.: BVerfG, NJW 2016, 3711 (Rn. 14); BVerfG (K), NVwZ 2016, 764 (Rn. 76); BVerfGE 12, 81 (88); 55, 372 (392); Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7.

<sup>21</sup> Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 111; Schilken, JZ 2006, 860 (860); C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3; проти виведення зі ст. 97 Основного закону див. також: Papier, NJW 2002, 2585 (2587 f).

<sup>22</sup> Див. також, наприклад, на рівень Основного закону в ст. 137 і в простому законі стосовно судді § 4 Німецького закону про суддів (DRiG).

<sup>23</sup> Детально див.: Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 111 f.

## 2.1 Сфера застосування

### 2.1.1 Персональна сфера застосування гарантії

Персональна сфера дії абз. 1 ст. 97 Основного закону охоплює дослівним формулюванням суддів як «[...] всіх осіб, що здійснюють правосуддя – як професійних суддів, так і добровільних непрофесійних (за німецькою термінологією – «почесних» суддів, як федеральних, так і суддів земельного рівня)<sup>24</sup>. Тому як повноцінно професійні судді, так і «почесні» й добровільні судді, а також всі інші судді, і призначені довічно, і на випробувальному терміні, і відряджені в установленому порядку наділяються цим статусом<sup>25</sup>.

### 2.1.2 Матеріальна / предметна сфера застосування гарантії

Абзац 1 ст. 97 Основного закону гарантує суддям предметну, сутнісну незалежність лише у сфері здійснення ними суддівської діяльності<sup>26</sup>. Отже, незалежність має функціональний стосунок<sup>27</sup>. Щодо предметної сфери застосування гарантії, власне, критичною є суддівська діяльність. При цьому з телеологічного погляду слід визначити, при яких саме покладених на нього завданнях суддя повинен мати можливість користуватися незалежністю<sup>28</sup>.

Передусім суддівська діяльність включає в себе ухвалення вироків / рішень, які формують її ядро, а разом із тим і всі ті сфери завдань, що безпосередньо пов'язані з правовстановленням / пошуком права<sup>29</sup>. Сюди слід включати, наприклад, підготовчу діяльність, необхідну для ухвалення рішення (встановлення строків, визначення дат, заходи безпосередньо під час самих засідань (допит свідків, судова поліція тощо), а також всі ті завдання, які пов'язані з наслідками ухвалення судових рішень (виготовлення рішень тощо)<sup>30</sup>. Крім цього, охоплені й всі ті завдання, які законодавець прямо відніс до компетенції суддів через їхню незалежність<sup>31</sup>.

На противагу зазначеному, до суддівської діяльності у значенні абз. 1 ст. 97 Основного закону не належать завдання судового та юстиціарного

<sup>24</sup> BVerfGE 26, 186 (201).

<sup>25</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4; Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 8.

<sup>26</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22; Papier, NJW 2001, 1089 (1090).

<sup>27</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>28</sup> Порівн.: Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10; Papier, NJW 2001, 1089 (1090).

<sup>29</sup> Papier, NJW 2001, 1089 (1090); Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22.

<sup>30</sup> Дивись оглядово: Papier, NJW 2001, 1089 (1090), а також Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3 з подальшими посиланнями:

<sup>31</sup> Papier, NJW 2001, 1089 (1090); Deterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11a.



адміністрування<sup>32</sup>. Якщо і наскільки суддя виконує такі «[...] функціональні завдання виконавчої влади [...]», конституційна норма вже не гарантує йому згаданій предметної/сутнісної незалежності<sup>33</sup>. Це означає, що суддя виконує завдання судового адміністрування, а відтак його відповідні дії можуть скеровуватися вказівками керівництва.

Отже, щодо сфери дії абз. 1 ст. 97 Основного закону можна сказати наступне: як і коли абз.1 ст. 97 Основного закону гарантує судді предметну/сутнісну незалежність, не можна оцінювати/судити лише за посиланням на його професійне становище, натомість вимагається чітке визначення його конкретного завдання.

## 2.2 Обсяг предметної / сутнісної гарантії незалежності

Абзац 1 ст. 97 Основного закону гарантує предметну/сутнісну незалежність суддів у тому розумінні, що вони не зв'язані жодними вказівками при здійсненні своєї суддівської діяльності<sup>34</sup>. Такі недопустимі вказівки можуть, зокрема, проявлятися у формі вимоги діяти певним чином у певному судовому процесі або, зрештою, прийняти певне рішення по суті спору<sup>35</sup>. У цьому стосунку, згідно з судовою практикою Федерального конституційного суду (BVerfG), будь-який вплив, якого можна уникнути, неприпустимий<sup>36</sup>. Уникнути ж впливу можна тоді, коли він не є необхідним для підтримки функціональної спроможності організації правосуддя<sup>37</sup>.

Якщо говорити коротко, то предметна/сутнісна незалежність судді означає свободу від вказівок по суті/у справі. Отже, свобода від вказівок у межах державної структури спрямовується проти різних суб'єктів, а саме насамперед проти закріплених конституцією трьох видів державної влади, які своїми діями можуть потенційно впливати на правосуддя.

### 2.2.1 Незалежність від виконавчої влади

Забезпечення предметної / сутнісної незалежності служить для захисту судової влади від впливу, який чиниться виконавчою владою<sup>38</sup>. Отже, будь-який вплив органу влади на суддівську діяльність, хай там в окремій справі чи загалом, у

<sup>32</sup> H. *Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22; C.D. *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>33</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11a.

<sup>34</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11; порівн.: BVerfGE 3, 213 (224); 14, 56 (69); 26, 186 (198); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 19.

<sup>35</sup> *Schilken*, JZ 2006, 860 (863).

<sup>36</sup> BVerfGE 12, 81 (88); 26, 79 (93); 38, 1 (21); 55, 372 (389), відповідно стосовно необов'язкових впливів виконавчої влади.

<sup>37</sup> Див. висновок від зворотного: BVerfGE 26, 79 (94).

<sup>38</sup> BVerfGE 12, 67 (71); 38, 1 (21); H. *Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 23; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13.

всеохопний спосіб<sup>39</sup> – є порушенням абз. 1 ст. 97 Основного закону<sup>40</sup>. Це означає неприпустимість усіх (будь-яких) заходів, що демонструють здатність чинити вплив на незалежне прийняття рішення суддею, незважаючи на те, чи є вони непрямими чи мають лише психологічний характер<sup>41</sup>. У цьому стосунку гарантія абз. 1 ст. 97 Основного закону справляє проти виконавчої влади вплив заборонного характеру<sup>42</sup>.

Винятком з цього може стати випадок правотворчої діяльності виконавчої влади. Коли вона правочинно ухвалює правоположення або статuti, яких повинні дотримуватися судді при правознаходженні / правовиявленні, в цьому не можна вбачати жодного забороненого впливу виконавчої влади на предметну/сутнісну незалежність відповідного судді, оскільки вона й так, у будь-якому випадку – в межах своєї компетенції з перегляду та скасування норм, які не мають наступного після конституційних положень рангу формальних законів<sup>43</sup> – згідно зі змістом абз. 1 ст. 97 Основного закону є зв'язаною законом<sup>44</sup>. Якщо і доки ці підзаконні норми перебувають у рамках правомірності і відповідний суд має їх застосовувати, виконавча влада чинить відповідний до абз. 1 ст. 97 Основного закону правомірний вплив на судові діяльність, при чому рішення судді пов'язується з правовим змістом норми права, що має підзаконний юридичний ранг.

### 2.2.2 *Стосунки з адміністрацією юстиції та внутрішньосудовим адмініструванням у формі службового нагляду*

У зв'язку із захистом суддів від впливу виконавчої влади внутрішній юстиціарний / судовий службовий нагляд вимагає особливого розгляду. Останній сам належить до судової адміністрації / управління і, отже, покладається на судову адміністрацію<sup>45</sup>.

Відповідно до абз. 1 § 26 Німецького закону про суддів (DRiG) суддя підлягає службовому нагляду лише в тому випадку, коли це не порушує його незалежність. Змістовно вона відповідно до абз. 2 § 26 Німецького закону про суддів (DRiG) з урахуванням його абз. 1 охоплює й повноваження фіксувати протиправний спосіб ведення офіційної / посадової діяльності і вимагати належного, своєчасного виконання цієї діяльності. Компетентним / відповідальним органом здійснення службового нагляду є той орган судової

<sup>39</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; порівн. також: *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 75.

<sup>40</sup> *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 23.

<sup>41</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12 з посиланням на: BVerfGE 14, 56 (69).

<sup>42</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12.

<sup>43</sup> Див. з цього приводу: *D. Wilke*, in: HStR V, 2007, § 112 Rn. 30.

<sup>44</sup> *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 77.

<sup>45</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17.

адміністрації, чи точніше лише відповідний його керівник або заступник / представник цього керівника<sup>46</sup>, у найвищій інстанції – а саме: міністерство, що опікується юстицією<sup>47</sup>.

Мета службового нагляду за здійсненням суддівської діяльності полягає в гарантуванні дотримання певних покладених на суддів службових обов'язків, які, зокрема, включають правовий обов'язок реалізувати гарантію правосуддя / юстиції, як того вимагає принцип правової держави<sup>48</sup>. Наскільки і доки цей службовий обов'язок судді, з одного боку, і службовий нагляд, що забезпечує цей обов'язок, з другого боку, є рівною мірою результатом зобов'язання правової держави гарантувати юстицію / правосуддя<sup>49</sup>, службовий нагляд становить не лише обмеження незалежності суддівської влади, але також служить, як і вона, забезпеченню вимог правової держави, які висуваються до правосуддя / судової влади<sup>50</sup>.

Стосовно питання, коли йдеться про здійснення допустимого службового нагляду, а коли його реалізація досягає рівня неприпустимого впливу на суддю, адже судді гарантовано відповідну незалежність, в конкретному випадку конфлікту між незалежністю судової влади та застосуванням службового нагляду рішення приймають службові суддівські суди відповідно до абз. 3 § 26 Німецького закону про суддів (DRiG)<sup>51</sup>. Цим судам належить за наявності колізії між суддівською незалежністю, з одного боку, і застосуванням службового нагляду – з іншого – знайти належний баланс<sup>52</sup>. Загальним критерієм визнання факту втручання в незалежність судді наглядовими заходами є наявність можливості того, що розглянутий захід може або чинити вплив на зміст самого судового рішення, або зачіпати зміст процесу його прийняття в конкретному або в майбутніх провадженнях<sup>53</sup>. При цьому в судовій практиці, зокрема у Федеральному суді зі службового нагляду за суддями, склався підхід принципового розмежування суддівської діяльності на так звану серцевинну область і зовнішню сферу впорядкування<sup>54</sup>.

Ця остання сфера впорядкування включає «[...] судову діяльність, яка настільки віддалена від основної сфери предметної / сутнісної судової

---

<sup>46</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 77. Aufl. 2019, DRiG, § 26 Rn. 4.

<sup>47</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17.

<sup>48</sup> Papier, NJW 1990, 8 (9); NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>49</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 16; Detterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11b; див. також: H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 79 стосовно службового нагляду і суддівської незалежності.

<sup>50</sup> Papier, NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>51</sup> Порівн.: Papier, NJW 1990, 8 (8); порівн.: Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 79.

<sup>52</sup> Papier, NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>53</sup> Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 79.

<sup>54</sup> Порівн.: BGH 1964, 2415 (2418); Papier, NJW 2001, 1089 (1091); див. також: Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17, 19; Detterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11c.

діяльності, що їй не може стосуватись гарантія абзацу 1 статті 97 Основного закону»<sup>55</sup>. Ця зовнішня сфера впорядкування включає, зокрема, зобов'язання носити службовий одяг, порівнювати кількість розглянутих справ та складання на кінець року переліку справ, що очікують розв'язання, а також рутинні перевірки роботи підрозділів апарату суду<sup>56</sup>. Хоча такі заходи, зокрема порівняння кількості розглянутих справ, чинять певний тиск на окремого суддю з огляду на результати його роботи, тим не менше доти, доки орган службового нагляду не чинить вплив на рішення по суті справи, його заходи є допустимими і дозволеними для захисту гарантії правосуддя<sup>57</sup>. Крім того, заходи службового нагляду є допустимими також тоді, коли вони стосуються забезпечення належного перебігу процесу підтримання належної зовнішньої форми службової діяльності<sup>58</sup>.

Серцевинна область суддівської діяльності, у свою чергу, включає в себе як предметну / сутнісну діяльність ухвалення судових рішень / вироків, так і процесуальні рішення, як-от попередні чи підготовчі дії, завершальні і пов'язані з ними суддівські рішення<sup>59</sup>. Оскільки незалежність судів, яку гарантує абз. 1 ст. 97 Основного закону, вимагає в цій серцевинній області беззастережної чинності, заходи службового нагляду, які стосуються змісту судового рішення, є категорично неприпустимими, здійснення цього нагляду забороняється<sup>60</sup>. У зв'язку з цим неприпустимими слід також вважати такі заходи службового нагляду, які, не маючи прямого впливу на зміст рішення у сенсі вказівки / інструкції, як конкретно вчинити, являють собою критику ведення процесу окремим суддею, а отже, прямо чи опосередковано підштовхують відповідного суддю до прийняття в майбутньому певного рішення<sup>61</sup>. Як виняток, допустимість заходів службового нагляду в серцевинній суддівській області припускається тоді, коли поведінка окремого судді очевидно порушує правила ведення процесу<sup>62</sup> або наявна очевидна і безсумнівна помилка з боку судді<sup>63</sup>. Ця межа, однак, ще не порушена у тому випадку, коли орган службового нагляду вважає правозастосування судді

<sup>55</sup> BGH NJW 1964, 2415 (2417); див. також сталу судову практику: BGH NJW 2010, 302 Rn. 17.

<sup>56</sup> Див. з цього приводу з подальшими посиланнями і прикладами огляда: *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 20.

<sup>57</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 20.

<sup>58</sup> BGH NJW 2010, 302 Rn. 17; NJW 2006, 1674 Rn. 20.

<sup>59</sup> Див. з цього приводу вище: II), 1., b); BGH NJW 1964, 2415 (2417); st. Rspr. BGH NJW 2010, 302 Rn. 16.

<sup>60</sup> BGH NJW 1964 2415 (2417).

<sup>61</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 22 з подальшими вказівками; порівн. також: BGH NJW 2010, 302 Rn. 15 стосовно службової атестації судді.

<sup>62</sup> BGH NJW 1984, 2531 (2532).

<sup>63</sup> BGH NJW 2010, 302 Rn. 16; BGH, Urteil vom 12.10.1995 – RiZ (R) 2/95KG10.03.1995, BeckRS 1995, 31173132; BGH NJW 1977, 437 (437); подібним чином: BGH NJW 1980, 1850 (1851) стосовно очевидно помилкових дій судді; інший погляд: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 77. Aufl. 2019, DRiG, § 26 Rn. 5.

помилковим, висновки – хибними або ж провадження – протиправним<sup>64</sup>. Адже тією мірою, якою така помилка з боку судді не є чіткою, однозначною й очевидною, вона не може розглядатись як предмет заходів службового нагляду, оскільки у разі сумніву слід поважати незалежність судді<sup>65</sup>.

### 2.2.3 Незалежність від законодавчої влади

Гарантування предметної / сутнісної незалежності також служить для захисту судової влади від втручання влади законодавчої<sup>66</sup>. Однак тут має бути врахована прив'язка судді до закону, яка передбачена дослівним звучанням абз. 1 ст. 97 Основного закону, щоб таким чином не допускати розуміння незалежності від законодавчого органу як незалежності судді від законів, прийнятих законодавчим органом<sup>67</sup>. Адже застосування законів у конкретному випадку й становить предмет, властивий судовій діяльності<sup>68</sup>. Предметна / сутнісна незалежність судді залишає «[...] його зв'язаність законом непорушиною»<sup>69</sup>. Правосуддя та зв'язаність судді законом перебувають у взаємній залежності одне від одного<sup>70</sup>. Зокрема, суддям належить предметна / сутнісна незалежність, щоб вони були здатні в конкретних правових спорах надати чинності змістові законів<sup>71</sup>. Уже це свідчить про складність справи, адже своєю діяльністю суддя покликаний забезпечити дотримання належним чином прийнятого законодавчим органом закону в конкретному спорі, при цьому він зобов'язаний дотримуватись ряду супутніх законодавчих вимог і одночасно його конституційно гарантована незалежність не повинна порушуватись саме цими законодавчими заходами.

У такій взаємодії гарантії незалежності від законодавчої влади та одночасній зв'язаності законом має бути точно визначено, які законодавчі заходи слід оцінювати як неприпустиме втручання у світлі абз. 1 ст. 97 Основного закону. Тут також вимагає до себе уваги абстрактно-загальний характер законів<sup>72</sup>, виданих законодавчим органом. З цієї потреби розмежування неприпустимого від допустимого втручання випливає, що гарантія абз. 1 ст. 97 Основного закону забороняє законодавчому органу

<sup>64</sup> Порівн.: BGH NJW 1977, 437 (437).

<sup>65</sup> BGH NJW 1980, 1850 (1851); NJW 1977, 437 (437).  
BVerfGE 36, 174 (185).

<sup>66</sup> BVerfGE 12, 67 (71); 38, 1 (21).

<sup>67</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

<sup>68</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

<sup>69</sup> BVerfGE 36, 174 (185).

<sup>70</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

<sup>71</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27.

<sup>72</sup> Див. щодо абстрактно-загального характеру правил норм права чи законів: Maurer/Waldhoff, VerwR AT, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 4; Detterbeck, VerwR AT, 16. Aufl. 2018, Rn. 462.

чинити прямий вплив на конкретний суддівський пошук рішення в конкретному судовому провадженні<sup>73</sup>. Однак це не означає, що законодавче регулювання специфічних вимог, спрямованих на якість чи процедуру прийняття рішень, повинне розглядатися як неприпустиме втручання у незалежність судової влади<sup>74</sup>. Це може бути проілюстроване прикладом так званих заборон щодо доказів та доказування в судовому процесі. Оскільки ними «[...] лише визначаються процесуально-правові рамки, в яких суддя – вільний від вказівок / інструкцій – повинен досліджувати факти справи, оцінювати їх та обґрунтовувати свій вирок»<sup>75</sup>. Такі норми лише побічно обмежують кількісний бік суддівської незалежності, але не її якість.

На відміну від цього, до заборонених слід віднести<sup>76</sup> такі заходи впливу законодавчого органу, як, наприклад, закон, спрямований на конкретний індивідуальний правовий спір, а також парламентські рішення і неформальні заходи впливу<sup>77</sup>. У цьому місці слід констатувати, що відправна точка для оцінки законодавчої дії чи акта як неприпустимого втручання у судову незалежність значною мірою полягає у стосунку до конкретного юридичного спору або конкретного провадження.

#### 2.2.4 Незалежність судової влади

Понад це, абз. 1 ст. 97 Основного закону також гарантує судді предметну / сутнісну незалежність від самого правосуддя<sup>78</sup>. Ця певною мірою «внутрішньовладна» гарантія незалежності стосується насамперед особливо процесу пошуку і прийняття рішення суддею. Останньому при застосуванні права гарантується його власна правова позиція на основі його переконань і, отже, він не повинен дотримуватись іншого, можливо, навіть протилежного за змістом і переважного погляду правосуддя, навіть якщо його представниками

<sup>73</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24; Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 92.

<sup>74</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27.

<sup>75</sup> BVerfGE 36, 174 (185).

<sup>76</sup> Диференційовано стосовно якості втручання при неформальних діях законодавця: Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 92.

<sup>77</sup> Див. перерахунок: H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24 з подальшими посиланнями:

<sup>78</sup> BVerfG (K), NJW 1996, 2149 (2150); Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 14; Pjeroth, in: Jarass/Pjeroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25; Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 29. Це один, інший погляд: BVerfGE 12, 67 (71), при чому „[...] Стаття 97 Основного закону [стосується] тільки відносин судді з носіями несуддівської влади [...]“; з цього виходячи: BVerfGE 31, 137 (140).

є вищі суди<sup>79</sup>. Це може призвести до існування великої кількості різних рішень різних судів із одного і того ж правового питання<sup>80</sup>.

Обмеження такого стану справ спадають на думку лише настільки, наскільки вони «[...] належать до типових та загальноприйнятих функціональних передумов судової влади [...]»<sup>81</sup>. Як такий, вплив юридичної сили, сукупності фактів справи, встановлені обставини та обов'язковість судових рішень не є втручанням чи порушенням предметної / сутнісної незалежності судді<sup>82</sup>. При цьому тут, зокрема, слід згадати про зв'язаність судів рішеннями Федерального конституційного суду відповідно до абз. 1 § 31 Закону про Федеральний конституційний суд Німеччини (BVerfGG)<sup>83</sup>, а також відповідними рішеннями Федерального конституційного суду, що мають силу закону згідно з абз. 2 § 31 зазначеного Закону (BVerfGG) у поєднанні з реченням 1 абз. 2 ст. 94 Основного закону<sup>84</sup>. Такого роду зв'язаність рішенням, у якому з'ясовують попередні питання, є так само вираженням правопевності, яка випливає з конституційних положень<sup>85</sup>.

Понад те гарантія предметної/сутнісної незалежності окремого судді проявляється в тому числі й у межах відповідної конкретної судової колегії, до якої він належить, у рамках його суддівської діяльності у цьому суді<sup>86</sup>. Предметна / сутнісна незалежність кожного окремого судді певної колегії або відповідного іншого складу суду, таким чином, забороняє відповідному голові здійснювати неприпустимий вплив на суддівську діяльність інших його членів<sup>87</sup>. Окремого суддю, у свою чергу, судово колегія не обмежує своїм рішенням у його предметній / сутнісній незалежності, незважаючи на дотримання ним такого тлумачення закону, яке не підтримують інші члени колегії і більшість його колег схилилась до іншого рішення, оскільки під час обговорення і голосування зберігається незалежність колегіального

---

<sup>79</sup> BVerfGE 87, 273 (278); H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 15. Noch a.A. BVerfGE 12, 67 (71), звідси висновок, що зв'язаність судді рішенням іншого суду не втручається в його незалежність, алже абз. 1 ст. 97 Основного закону є чинним лише щодо несуддівської влади.

<sup>80</sup> *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 18 f., dort там також детально викладено питання щодо вимоги єдності судової практики і її конституційно-правові основи.

<sup>81</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7.

<sup>82</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 14.

<sup>83</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.08.1993, zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.10.2017 (BGBl. I S. 3546).

<sup>84</sup> Див. з цього приводу: H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25.

<sup>85</sup> BGH, NJW 1985, 2644 (2647), в усякому разі стосовно зв'язаності суду попередніми рішеннями генеральної прокуратури.

<sup>86</sup> BVerfG, NJW 1996, 2149 (2150); *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 26.

<sup>87</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

суддівського органу<sup>88</sup>. У рішенні колегії голос кожного належного їй судді має однакову вагу<sup>89</sup>.

### 2.2.5 Незалежність від суспільства

Як особлива форма абз. 1 ст. 97 Основного закону захищає предметну / сутнісну незалежність судді від втручання з боку суспільства і приватних осіб<sup>90</sup>. Адже абз. 1 ст. 97 Основного закону є завдяки своєму регульованому змісту об'єктивною оцінкою на користь повної предметної / сутнісної незалежності судді в своєму рішенні, і тому останній не повинен підпадати під вплив соціальних або приватних чинників<sup>91</sup>. Відтак, конституційна гарантія містить заборону впливу на судову діяльність, якщо і наскільки такий вплив сам по собі не є виправданим здійсненням власних основних прав<sup>92</sup>. Водночас публічна критика судових рішень, а також критичне висвітлення в ЗМІ, в тому числі поточних судових процесів, в принципі не заборонені<sup>93</sup>. Зі свого боку, такі висловлювання можуть покликатись на конституційні свободи думки, преси та мовлення, гарантовані ст. 5 Основного закону<sup>94</sup>. Область недопустимості для публічної критики починається тоді, коли її оголошення має на меті вплив на конкретне рішення суду, перш ніж воно буде прийняте<sup>95</sup>. У таких випадках, відтак, має місце презумпція прийнятності публічної критики, яка, як правило, висловлюється після того, як рішення суддею вже ухвалене<sup>96</sup>. Інакшого підходу вимагає до себе пряма трансляція із судового засідання, яка може, крім предметної / сутнісної незалежності судової влади, порушувати також вимогу / гарантію ефективного правового захисту і тим самим загрожувати неупередженості всіх причетних до процесу<sup>97</sup>.

Побічно від одноосібного судді, не з огляду на конституційно-правовий бік питання, але як від посадової особи можуть закладати усвідомлення посадового обов'язку, яким він сам себе зв'язав, з огляду на різноманітні соціальні впливи, до яких, як і до упередженої критики, суддя не

<sup>88</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

<sup>89</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

<sup>90</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 9; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 45.

<sup>91</sup> Deterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17; так само: H. Sodian, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27; див. також: Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 45.

<sup>92</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 9.

<sup>93</sup> Deterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 19; H. Sodian, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27, що, відтак, не бачить конституційно-правових проблем.

<sup>94</sup> Порівн. також: H. Sodian, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27.

<sup>95</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 46.

<sup>96</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 46.

<sup>97</sup> Deterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 19; порівн.: BVerfGE 103, 44 (64) стосовно «[...] необмеженої публічності судових засідань/слухань [...]».



повинен бути чутливим, і реагувати на будь-яку необ'єктивну критику свого рішення лише відповідно до закону<sup>98</sup>.

### 2.3 Зв'язаність судді законом

Абзац 1 ст. 97 Основного закону не надає судді необмеженої предметної / сутнісної незалежності, оскільки відповідно до однозначного дослівного змісту самої норми суддя одночасно підпорядковується закону, і лише йому<sup>99</sup>. І хоча з огляду на лексичне значення слів між незалежністю та підпорядкуванням на перший погляд є суперечність, правосуддя і зв'язаність законом з юридичного погляду не виключають одне одного<sup>100</sup>. Адже зв'язаність правом, як і підпорядкування законові, конкретизують завдання правосуддя, яке ст. 92 Основного закону доручає суддям<sup>101</sup>. Завдання надати застосовному праву чинності у випадку спору через його вираження суддя може виконати тільки у відповідний до конституційних вимог спосіб, коли він зв'язаний межами цих законів. Таким є єдиний критерій суддівського пошуку рішень<sup>102</sup>. Відтак предметна / сутнісна незалежність судді гарантує, що він базує своє рішення виключно на законі<sup>103</sup>. Ця зв'язаність законом не втручається і в гарантовану судді незалежність<sup>104</sup>. Це зв'язаність також постулюється абз. 3 ст. 20 Основного закону, який зв'язує правосуддя законом і правом, причому, попри різні дослівні формулювання, не означає різний обсяг зв'язаності, ніж в абз. 1 ст. 97 Основного закону (лише законом)<sup>105</sup>. Абзац 1 ст. 97 Основного закону роз'яснює принцип зв'язаності законом абз. 3 ст. 20 Основного закону понад межі згаданого там правосуддя мовними засобами, оскільки тепер норма прямо стосується окремого судді як особи<sup>106</sup>. Зміцнює правову зв'язаність судді демократична складова, адже тільки сувора зв'язаність законом є волею відповідно демократично легітимізованого законодавчого органу, якій в конкретному випадку надається чинність<sup>107</sup>. У той самий час зв'язаність

<sup>98</sup> Див. з цього приводу: *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>99</sup> *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

<sup>100</sup> *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

<sup>101</sup> BVerfGE 111, 307 (325).

<sup>102</sup> *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5.

<sup>103</sup> BVerfGE 107, 395 (403); порівн. також: *W. Meyer*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 97 Rn. 3.

<sup>104</sup> BVerfGE 111, 307 (325); див. також: BVerfGE 18, 49 (59) und 19, 17 (31 f.), однак стосовно зв'язаності судді правовими положеннями.

<sup>105</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 36; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

<sup>106</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 35; nach *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5: в абз. 1 ст. 97 Основного закону міститься «[...] закріплена вже в абз. 3 ст. 20 самоочевидність [...]».

<sup>107</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 35.

законом гарантує демократичну легітимацію судової влади з предметного / сутнісного боку<sup>108</sup>.

Зі змістовного погляду відповідно до абз. 1 ст. 97 та абз. 3 ст. 20 Основного закону суддя зв'язаний не лише формальними, а й матеріальними, сутнісними законами, тобто всіма тими нормами права, які мають зобов'язальну зовнішню чинність<sup>109</sup>. До них належать конституційне право, формально ухвалені закони, право положення / постанови<sup>110</sup>, автономні статuti, а також загальне / звичаєве право<sup>111</sup>. У цьому контексті також вимагає до себе уваги добудова права судом, до якої слід придивитись, коли чинний закон містить ненавмисну – «алогічну» чи «протипланову» – прогалину<sup>112</sup>. Суддя, що займається застосуванням відповідного закону, повинен, відтак, заповнити прогалину, причому в світлі демократичної легітимації діяльності судді добудова права обмежується тим, що прийняті законодавчим органом рішення та оцінки можуть бути лише доповнені й розвинені<sup>113</sup>.

### 3 Особиста незалежність

Предметна / сутнісна незалежність судді «[...] інституційно забезпечується гарантією особистої незалежності в абз. 2 ст. 97 Основного закону [...]»<sup>114</sup>. Оскільки предметна / сутнісна незалежність судді може бути ефективно забезпечена та дотримана лише в тому випадку, якщо судді не доведеться боятися особистих наслідків за ухвалені по суті рішення<sup>115</sup>. Тим не менш, особиста незалежність, яка гарантується конституцією, також є не беззастережною<sup>116</sup>. У цьому стосунку речення 1 абз. 2 ст. 97 Основного закону передбачає, що судді, які займають штатні планові посади, можуть проти їхньої волі бути назавжди або тимчасово відстороненими від своєї посади або переведеними на іншу посаду постійно чи тимчасово або звільнені на пенсію лише на підставі судового рішення та лише з причин та у формах, визначених відповідними законами. Ця принципова заборона переведення і звільнення проти волі відповідного судді має назву «принцип незмінності»<sup>117</sup>. Оскільки він

<sup>108</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5 з подальшими посиланнями:

<sup>109</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28; BVerfGE 78, 214 (227).

<sup>110</sup> BVerfGE 18, 52 (59); 19, 17 (31).

<sup>111</sup> BVerfGE 78, 214 (227).

<sup>112</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13 з подальшими посиланнями:

<sup>113</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13

<sup>114</sup> BVerfGE 87, 68 (85) з посиланням на: BVerfGE 4, 331 (346); 14, 56 (69), 26, 186 (198), 42, 206 (209). Див. також: BVerfG (K), NJW 2016, 3711 (Rn. 15).

<sup>115</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3, 41.

<sup>116</sup> BVerfG, NJW 1996, 2149 (2150).

<sup>117</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 22; Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 41; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15.

забезпечує ефективність предметної / сутнісної незалежності і, отже, має характер корисності для третіх осіб, то особиста незалежність «[...] не є особистим привілеєм судді [...]»<sup>118</sup>. Це дає можливість зрозуміти, що йдеться про мету, яка виходить за рамки особистості відповідного судді.

Як випливає з дослівного формулювання ст. 97 Основного закону, особиста захисна сфера його речення 1 абз. 2 охоплює лише штатних та безстроково призначених на планові посади суддів. Однак безстроковість у цьому сенсі не обов'язково слід розуміти як довічну посаду, це поняття також включає й тих суддів, які працюють лише на певний період часу<sup>119</sup>, але не охоплює тих, хто займає посаду за сумісництвом<sup>120</sup> або лише тимчасово<sup>121</sup>. Останній статус, зокрема, стосується суддів у випробувальному терміні, які до їх призначення на суддівську посаду довічно не мають повного захисту відповідно до абз. 2 ст. 97 Основного закону, і тому їх не вважають суддями на певний термін<sup>122</sup>. Однак, оскільки їм таки надається предметна / сутнісна незалежність відповідно до абз. 1 ст. 97 Основного закону, а ефективність їхньої праці вимагає певного рівня особистої незалежності<sup>123</sup>, її гарантія принципово реалізується згідно з абз. 5 ст. 33 Основного закону, де конституційний ранг надано частині «[...] традиційних принципів, характерних для посадового статусу суддів за законом [...]»<sup>124</sup> з відповідною гарантією<sup>125, 126</sup>. Цей висновок переконує, що судді, які особисто не підпадають під чинність речення 1 абз. 2 ст. 97 Основного закону, також приймають предметні / сутнісні рішення, і цим в принципі не відрізняються від суддів, захищених реченням 1 абз. 2 ст. 97 Основного закону. Відтак усім суддям, незалежно від

---

Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 54; *H. Sodan*, in: in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 70.

<sup>118</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 41.

*Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 51; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42.

<sup>119</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 51; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42.

<sup>120</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42; розрізняючи між видами основного місця роботи: *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 24 und *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 50.

<sup>121</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 26 f.

<sup>122</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42.

<sup>123</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43.

<sup>124</sup> BVerfGE 12, 81 (88).

<sup>125</sup> BVerfGE 12, 81 (88).

<sup>126</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 31 f.; порівн. також загалом: BVerfGE 55, 372 (391 f.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10a; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 48, 60; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 73; інший засадничий підхід: *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43, що бачить персональну незалежність судді, який не підпадає під дію абзацу 2 статті 97 Основного закону як також охоплену гарантіями юридичного складу абзацу 1 статті 97 Основного закону.

виду й умов їхнього призначення на посаду, повинен бути гарантований мінімум особистої незалежності згідно з конституційними вимогами<sup>127</sup>. Обсяг такої особистої незалежності судді повинен сягати принаймні наскільки ж далеко, як цього вимагає предметна / сутнісна незалежність<sup>128</sup>.

З погляду свого змісту речення 1 абз. 2 ст. 97 Основного закону постулює як застереження судді («лише в силу судового рішення»), так і юридичне застереження за законом («лише з причин та за формами, визначеними законом») щодо персональних заходів проти судді<sup>129</sup>. Тому недостатньо того, що певний захід призначений суддею, якщо для нього немає правової підстави. Так само й вимогам речення 1 абз. 2 ст. 97 Основного закону не буде відповідати лише наявність правової основи того чи іншого заходу, якщо його застосування відбувається не за рішенням судді. Крім того, у цьому абзаці дано конституційну оцінку звільнення та переведення як надзвичайного крайнього заходу щодо судді<sup>130</sup>.

Хоча речення 1 абз. 2 ст. 97 Основного закону формально містить поняття, властиві законодавству про публічну службу (звільнення, постійне або тимчасове відсторонення від посади, переведення на іншу посаду або вихід у відставку), воно захищає окремого суддю не тільки від явно і формально визначених законодавством заходів службового характеру з боку начальника по службі, а й від усіх і будь-яких заходів, матеріальний зміст яких відповідає формальним заходам службового права<sup>131</sup>. Інакше ж особисту незалежність судді можна було б обходити відповідними формальними конструкціями<sup>132</sup>. Цей висновок має вирішальні наслідки для охоронної сфери суддівської особистої незалежності. Речення 1 абз. 2 ст. 97 Основного закону забороняє будь-який інший захід, який зачіпає суддю в його суддівської діяльності, поряд з перерахованими в самій нормі формальними заходами службового права, адже лише їх може бути вжито і тільки через рішення суду на таких підставах в такому порядку, які передбачені законом<sup>133</sup>. Це призводить до того, що призначений довічно суддя, який займає відповідну штатну посаду у відповідному суду, навіть якщо він виявиться непридатним для покладеного на нього завдання, не може бути відхилений судом, якщо і доки він не дає згоду на своє переведення і таке переведення не здійснено у передбаченій законом

<sup>127</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43; BVerfGE 26, 186 (198 f.) і BVerfGE 14, 56 (70) стосовно суддів на почесних (неоплачуваних) посадах; порівн. також: BVerfGE 42, 206 (209); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10a.  
<sup>128</sup> BVerfGE 14, 56 (70). *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 44.

<sup>129</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 44.

<sup>130</sup> Порівн.: *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 44.

<sup>131</sup> BVerfGE 17, 252 (259).

<sup>132</sup> Порівн.: BVerfGE 17, 252 (259).

<sup>133</sup> BVerfGE 17, 252 (259); див. також: *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 45.

формі<sup>134</sup>. Відтак і будь-які конкретні заходи службового нагляду, вжиті проти судді, не можуть неприпустимо втручатися в його суддівську посаду, а отже, і в його особисту незалежність<sup>135</sup>.

Додатково речення 2 абз. 2 ст. 97 Основного закону надає законодавцю можливість простим законом встановлювати вікові обмеження, після досягнення яких судді, призначені довічно, виходять у відставку. Відповідно до речення 2 абз. 1 § 48 Німецького закону про суддів (DRiG) це зазвичай стається з досягненням 67-річного віку (регулярний граничний вік)<sup>136</sup>. Відповідні норми містять і закони про суддів німецьких земель, наприклад § 11 Закону про суддів Нижньої Саксонії (NRiG)<sup>137</sup>.

Виняток з принципової незмінюваності суддів передбачає речення 3 абз. 2 ст. 97 Основного закону в разі зміни в структурі судів або суддівських округів. У цьому випадку суддів можна як перевести до іншого суду, так і звільнити з посади, але лише за умови збереження виплати повного грошового утримання. Однак такі зміни в організаційній структурі судової влади вимагають законодавчого регулювання<sup>138</sup>. Абзаци 2 і 5 ст. 98 Основного закону містять додаткові винятки<sup>139</sup>, якщо суддя, на посаді чи поза нею, порушує принципи Основного закону чи конституційного ладу певної землі.

## 4 Конституційна гарантія правового захисту

Як вже зазначалося на початку<sup>140</sup>, гарантована Конституцією незалежність судді повинна розглядатись у поєднанні з конституційно-правовою гарантією ефективного правового захисту.

Закріплена конституційно-правовими нормами гарантія ефективного правового захисту є важливою частиною правової держави<sup>141</sup>. Змістовно вона охоплює «[...] доступ до судів, перевірку предмета спору в межах формального провадження, а також обов'язкове судове рішення»<sup>142</sup>. При цьому гарантується не тільки сама можливість звернення до суду, натомість громадянину надається предметна претензія, право на ефективний судовий контроль, як

<sup>134</sup> BVerfGE 17, 252 (260).

<sup>135</sup> Порівн.: BVerfGE 38, 139 (151 f.).

<sup>136</sup> Відмінні вікові межі залежно від року народження відповідного судді встановлюються в абз. 3 і 4 § 48 Німецького закону про суддів (DRiG).

<sup>137</sup> Niedersächsisches Richtergesetz (NRiG), v. 21.01.2010, zuletzt geändert d. Gesetz v. 11.12.2018 (Nds. GVBl. S. 307).

<sup>138</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 49; BVerfGE 2, 307 (319) стосовно змін судових округів; BVerfGE 27, 18 (34).

<sup>139</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12.

<sup>140</sup> Див. з цього приводу вище п. I).

<sup>141</sup> BVerfGE 107, 395 (401) з посиланням на: BVerfGE 88, 118 (123); 96, 27 (39 f.).

BVerfG NJW 1976, 141; порівн. також: BVerfGE 88, 118 (123).

<sup>142</sup> BVerfGE 107, 395 (401).

цього вимагає гарантія ефективного правового захисту<sup>143</sup>. Це засновано на ідеї про те, що ефективність використовуваного правового захисту вимагає здійснення ефективної процедури судового захисту, а не тільки доступу до суду як такого. Тим не менше, обидва напрями гарантування є невіддільними один від одного, оскільки без доступу до суду використання правового захисту важко й уявити. Однак конституційні норми не гарантують права на перевірку судового рішення першої інстанції<sup>144</sup>, адже гарантується лише одноразове судове рішення, натомість подальший судовий перегляд гарантованого рішення першої судової інстанції конституційними нормами не вимагається<sup>145</sup>.

Гарантія ефективного правового захисту прямо гарантуються не тільки абз. 4 ст. 19 Основного закону, а й загальним правом, що гарантує правосуддя<sup>146</sup>, яке випливає з принципу правової держави у зв'язку з основними правами, особливо з абз. 1 ст. 2 Основного закону<sup>147</sup>.

Основною передумовою гарантування ефективного правового захисту є предметна / сутнісна та особиста незалежність суддів<sup>148</sup>. Лише суддя, який є незалежним у прийнятті рішень, може задовольнити ці вимоги щодо ефективного правового захисту<sup>149</sup>. Ефективний судовий контроль, при абстрактному його розгляді, може бути всебічно забезпечено тільки тоді, коли суддя при його здійсненні є вільним від наказів, вказівок та інструкцій. Для того, щоб зрозуміло це проілюструвати, тут слід повернутись до прикладу адміністративно-судового правового захисту, наведеного на початку цього тексту. Ефективний судовий нагляд, контроль і захист від заходів держави вимагає, щоб суддя як сторонній спостерігач, третя сторона «поза межами справи» здійснив свою перевірку, але його спроможність залишилась би сумнівною, якщо б він, хай навіть лише абстрактно, перебував під впливом державного органу, що здійснює спірний захід, або був би зв'язаний його вимогами.

Зі взаємного зв'язку між гарантією ефективного правового захисту та суддівською незалежністю випливає принципове значення і вага незалежності судді, яка, відтак, перетворюється на гарантію того, що використання державних судів матиме дієві наслідки.

---

<sup>143</sup> BVerfG NJW 1976, 141; порівн. також: BVerfGE 88, 118 (123).

<sup>144</sup> BVerfGE 96, 27 (39) з подальшими посиланнями.

<sup>145</sup> BVerfGE 107, 395 (402).

<sup>146</sup> *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 143.

<sup>147</sup> BVerfGE 107, 395 (401) з посиланням на: BVerfGE 93, 99 (107).

<sup>148</sup> *Heusch*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 16; див. також: *Papier*, NJW 1990, 8 (9) bezüglich der staatlichen Justizgewähr.

<sup>149</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1089); *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 2 з посиланням на: *Papier*, NJW 1990, 8 (9 f.).

## 5 Підсумкове зауваження

Гарантована конституційно-правовими нормами незалежність суддів є однією з основних складових правової держави. Хоча, згідно з формулюванням ст. 97 Основного закону, на перший погляд вона видається спрямованою на особу окремого судді-адресата гарантії, проте її дія поширюється за межі внутрішньосудової чинності і сягає кожного закутку, в якому відбувається державне співіснування і відповідна взаємодія. Тому нею наділяються не тільки самі судді при здійсненні своїх повноважень, натомість вона служить інтересам кожної особи, яка шукає правового захисту, і гарантує судовий розгляд їхнього клопотання без втручання жодних вказівок, наказів чи розпоряджень з будь-якого боку. Відтак, вона має вирішальне значення. Отже, суддівська незалежність в конституційній структурі є не просто наслідком певних державних принципів, а однією з найважливіших сполучних шестерень між правовою державою, поділом влади та правовим захистом. Її існування гарантує, що ці три складові частини конституції можуть ефективно діяти і взаємодіяти між собою. Вона є зв'язковою ланкою, яка об'єднує в собі дотримання всіх цих основних вимог правової держави та структурних принципів у абстрактній особі посади судді. Гарантована конституційно-правовими нормами суддівська незалежність є не тільки функцією суддівської посади, її існування є іманентною, внутрішньо властивою ознакою останньої.





## Основні вимоги щодо незалежності суддів у правовій державі

*Др. Ольга Косилова / Катя Кравченко / Проф. д-р Роман Мельник*

Україна є демократичною, правовою державою. Саме так зазначається у ст. 1 Конституції України (далі – КУ)<sup>1</sup>. Однією з фундаментальних засад демократичного суспільства є незалежність судів і суддів. Загальновизнано, що вказана засада є передумовою верховенства права та основоположною гарантією справедливого суду. Виконавча й законодавча гілки влади повинні гарантувати незалежність суддів і утримуватися від кроків, які б могли поставити її під загрозу<sup>2</sup>.

Незалежність суддів є основною передумовою функціонування самостійної та авторитетної судової влади, здатної забезпечити об'єктивне правосуддя, ефективно захистити права та свободи людини і громадянина<sup>3</sup>. Незалежність судової влади має два рівні – зовнішній (об'єктивний) і внутрішній (особистий).

---

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>2</sup> Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>3</sup> Рачинський А. П., Огілько А. В. Незалежність суддів як передумова функціонування самостійної й авторитетної судової влади, що відповідає європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини. Вісник НАДУ при Президентові України. 2016. № 1. С. 72.

## 1 Зовнішня незалежність

це не прерогатива чи привілей, що надані для задоволення власних інтересів суддів. Вона надається в інтересах верховенства права для здійснення неупередженого правосуддя. Незалежність суддів слід розуміти як гарантію свободи, поваги до прав людини та неупередженого застосування права. Неупередженість та незалежність суддів є необхідними для гарантування рівності сторін перед судом<sup>4</sup>.

### 1.1 Зовнішній рівень

Зовнішній рівень, у свою чергу, диференціюється на політичну та соціально-економічну (матеріальну) незалежність.

Рівень політичної незалежності зумовлений суспільно-політичними умовами, у яких здійснюється діяльність суду. При цьому важливо наголосити, що реальна незалежність суду абсолютно виключає будь-який вплив політичних партій, громадських рухів та їх лідерів на судову владу. Політична незалежність суддів закріплена в ст. 126, 127 Конституції України, п. 2 ч. 1 ст. 6, та ч. 1 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>5</sup>. У даних законодавчих актах встановлено: «Суддя не може належати до політичних партій, профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької чи творчої»<sup>6</sup>.

Соціально-економічна (матеріальна) незалежність полягає у забезпеченні державою фінансування та належних умов для функціонування судів і діяльності суддів.

### 1.2 Внутрішній рівень незалежності

Внутрішній рівень незалежності судової влади зумовлює, з одного боку, власне діяльність суду щодо здійснення правосуддя, а з другого – статутні гарантії суддів. Незалежність судді гарантується Конституцією України та законами України. Зокрема, Законом України «Про судоустрій і статус суддів», чинним цивільним процесуальним, кримінальним процесуальним та іншим законодавством, яке передбачає відповідальність за втручання у діяльність суду, таємницю наради суддів і заборону вимагати її розголошення. Суддя, крім того,

---

<sup>4</sup> Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>5</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545 (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>6</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. Ст. 127. Ч. 1.

не зобов'язаний давати жодних пояснень щодо суті справ, які перебувають у його провадженні, крім випадків, установлених законом (ч. 3 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>7</sup>).

Питання організації й реалізації судової влади в Україні регулюють закони, прийняті відповідно та у розвиток конституційних положень. До них належать Закони України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р., «Про доступ до судових рішень» від 22 грудня 2005 р.<sup>8</sup>; «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р.<sup>9</sup>; «Про Вищий антикорупційний суд» від 7 червня 2018 р.<sup>10</sup>; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження» від 13 травня 2010 р.<sup>11</sup>; «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» від 5 червня 2012 р.<sup>12</sup>; «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р.<sup>13</sup>; «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р.<sup>14</sup> тощо.

Принцип незалежності суду закріпленій у міжнародно-правових документах, зокрема таких, як: Загальна декларація прав людини (ст. 10)<sup>15</sup>, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 6)<sup>16</sup>, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ст. 14)<sup>17</sup>, Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя<sup>18</sup>,

---

<sup>7</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545 (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>8</sup> Про доступ до судових рішень: Закон України від 22 грудня 2005 р. № 3262-IV. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 15. Ст. 128.

<sup>9</sup> Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21 грудня 2016 р. № 1798-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 7-8. Ст. 50.

<sup>10</sup> Про Вищий антикорупційний суд: Закон України від 7 червня 2018 р. № 2447-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2018. № 24. Ст. 212.

<sup>11</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження: Закон України від 13 травня 2010 р. № 2181-VI. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 26. Ст. 272.

<sup>12</sup> Про гарантії держави щодо виконання судових рішень: Закон України від 5 червня 2012 р. № 4901-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 17. Ст. 158.

<sup>13</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 30. Ст. 260.

<sup>14</sup> Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3781-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3781-12#Text> (дата звернення: 05.04.2020).

<sup>15</sup> Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>16</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 04.04.2020).

<sup>17</sup> Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 19 жовтня 1973 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>18</sup> Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя від 1 січня 1983 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/mu83323?an=2> (дата звернення: 03.03.2020).

Основні принципи незалежності судових органів<sup>19</sup>, Європейська хартія про закон «Про статус суддів»<sup>20</sup>, Пояснювальна записка до Європейської хартії про закон «Про статус суддів»<sup>21</sup>, Загальна (універсальна) хартія судді<sup>22</sup>, Пекінські тези щодо принципів незалежності суддів юридичної асоціації країн азійського та тихоокеанського регіону (LAWASIA)<sup>23</sup>, Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів для Комітету Міністрів ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів<sup>24</sup>, Бангалорські принципи діяльності судді<sup>25</sup>, Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки<sup>26</sup> та інші.

Вироблені міжнародною практикою засади, на яких ґрунтується незалежність судової системи, є такими: 1) судді мають бути незалежними (це означає, що їх рішення можуть переглядатися лише шляхом застосування спеціальних судових процедур, передбачених законом, а суддям гарантується перебування на посаді до досягнення певного віку або до закінчення встановленого строку перебування на посаді); 2) судді повинні мати достатні повноваження для виконання своїх обов'язків; 3) суддя повинен приймати рішення без будь-яких прямих або непрямих обмежень, впливу, тиску, погроз чи втручання; 4) судді не зобов'язані доповідати про обставини справ особам, які не мають відношення до судочинства; 5) судді повинні робити фактичні висновки з наявних доказів, дотримуватись процедури ведення засідання й заслуховування свідків, правильно застосовувати закон і виносити остаточне рішення; 6) справу не можна відкликати від певного судді, не маючи на те достатніх підстав, таких, як хвороба або конфлікт інтересів; 7) розподіл справ між суддями не повинен відбуватися за бажанням осіб, які можуть бути

---

<sup>19</sup> Основні принципи незалежності судових органів від 13 грудня 1985 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_201#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>20</sup> Європейська хартія про закон «Про статус суддів» від 10 липня 1998 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_236#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>21</sup> Пояснювальна записка до Європейської хартії про закон «Про статус суддів» від 10 липня 1998 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a46#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a46#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>22</sup> Загальна (Універсальна) хартія судді від 17 листопада 1999 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j63#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j63#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>23</sup> Пекінські тези щодо принципів незалежності суддів юридичної асоціації країн азійського та тихоокеанського регіону (LAWASIA) від 1 січня 1995 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j78#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j78#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>24</sup> Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів для Комітету Міністрів ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів від 1 січня 2001 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a52#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a52#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>25</sup> Бангалорські принципи діяльності судді від 19 травня 2006 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67#Text) (дата звернення: 03.03.2020).

<sup>26</sup> Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo\\_/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo_/1474611184/s-3) (дата звернення: 30.03.2020).

заінтересованими у вирішенні справи; 8) критеріями призначення суддів мають бути висока кваліфікація, бездоганна репутація, відданість ідеалам правосуддя, а порядок добору суддів – чітко визначений; 9) повинен існувати справедливий порядок розгляду дисциплінарних справ щодо суддів<sup>27</sup>.

## 2 Матеріальна (службова) незалежність судді

Незалежність судді означає право та обов'язок судді вільно, законно й справедливо забезпечувати розгляд справи за внутрішнім переконанням і на підставі закону без будь-якого неправомірного впливу і забезпечення ефективного захисту прав людини та інтересів держави<sup>28</sup>. Іншими словами, незалежність суддів полягає в їхньому праві при здійсненні правосуддя бути вільними від будь-якого обмеження, впливу, тиску, погроз, втручання, зокрема, з боку посадових осіб органів державної влади<sup>29</sup>.

Проаналізуємо нормативні засади незалежності суддів в Україні. Незалежність та недоторканність суддів гарантують ст. ст. 126 і 129 Конституції України, якими встановлено, що судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону<sup>30</sup>. Важливим елементом незалежності судді особисто є безстроковість обіймання посади та заборона впливу на суддю у будь-який спосіб<sup>31</sup>.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» визначено умови виконання професійних обов'язків суддів та правові засоби, за допомогою яких забезпечується реалізація конституційних гарантій самостійності судів та незалежності суддів. Зокрема, п. 1 ст. 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» закріплено принцип незалежності суддів від третіх осіб: «Здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Суди здійснюють правосуддя на основі Конституції і законів України та на засадах верховенства права»<sup>32</sup>.

Відповідно до п. 5 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» незалежність судді забезпечується: 1) особливим порядком його призначення, притягнення до відповідальності, звільнення та припинення повноважень; 2)

---

<sup>27</sup> Струс-Духнич Т. В. Роль і місце судової влади у правовій державі. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2011. Вип. 6. С. 172. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp\\_2011\\_6\\_40](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp_2011_6_40) (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>28</sup> Галайденко Т. В. Гарантії незалежності суддів та їх реалізація в сучасній Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Одеса, 2013. С. 15.

<sup>29</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В. В. Молодцова. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>30</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>31</sup> Там само.

<sup>32</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545 (із останніми змінами від 31.10.2019).

недоторканністю та імунітетом судді; 3) незмінюваністю судді; 4) порядком здійснення правосуддя, визначеним процесуальним законом, тасмницею ухвалення судового рішення; 5) заборонаю втручання у здійснення правосуддя; 6) відповідальністю за неповагу до суду чи судді; 7) окремим порядком фінансування та організаційного забезпечення діяльності судів, установленим законом; 8) належним матеріальним та соціальним забезпеченням судді; 9) функціонуванням органів суддівського врядування та самоврядування; 10) визначеними законом засобами забезпечення особистої безпеки судді, членів його сім'ї, майна, а також іншими засобами їх правового захисту; 11) правом судді на відставку<sup>33</sup>.

Це означає заборону будь-яких дій стосовно суддів незалежно від форми їх прояву з боку державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, установ, організацій, громадян та їх об'єднань, юридичних осіб з метою перешкодити виконанню суддями професійних обов'язків чи схилити їх до винесення неправосудного рішення. Заборона впливу на суддів у будь-який спосіб поширюється на весь час обіймання ними посади судді<sup>34</sup>.

Для виділення особистої сфери застосування гарантії незалежності необхідно звернутися до визначення поняття судді. Суддею є громадянин України, який відповідно до Конституції України та Закону України «Про судоустрій і статус суддів» призначений суддею, займає штатну суддівську посаду в одному із судів України і здійснює правосуддя на професійній основі (ст. 52 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>35</sup>).

Предметна сфера застосування гарантії незалежності судді стосується тільки здійснення професійних обов'язків судді. Для цього потрібно з'ясувати, що розуміють під професійною діяльністю судді. Вважається, що незалежність суддів легітимна лише при здійсненні професійної діяльності судді. Поняття незалежності при окресленні складових статусу суддів законодавець використовує лише при характеристиці повноважень судді при здійсненні судочинства, тобто коли йдеться про процесуальний аспект суддівської діяльності. Поза межами суду, судового розгляду справи принцип незалежності судді не діє<sup>36</sup>, хоча спроби посягнути на неї можуть здійснюватися і поза судовим розглядом<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Там само.

<sup>34</sup> Про незалежність судової влади : постанова Пленуму Верховного Суду України № 8 від 13 червня 2007 р. Вісник Верховного Суду України. 2007. № 6.

<sup>35</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545 (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>36</sup> Шульгач Н. М. Поняття та сутність принципу незалежності суддів. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2011. Вип. 6. С. 228. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp\\_2011\\_6\\_53](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp_2011_6_53) (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>37</sup> Галайденко Т. В. Гарантії незалежності суддів та їх реалізація в сучасній Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Одеса, 2013. С. 8.

Так, ст. 129 Конституції України<sup>38</sup> закріпила, що суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. Потрібно підкреслити, що у попередній редакції цієї статті Конституції було встановлено, що судді підкоряються лише закону. Вважаємо, що попереднє формулювання було цілком доцільним і відповідало формулюванню в німецькій Конституції.

Одну із найважливіших гарантій незалежності суддів закріплено в положенні ч. 2 ст. 126 Конституції України, яка передбачає, що вплив на суддю у будь-який спосіб забороняється. У частині першій ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» зазначається, що суддя у своїй діяльності щодо здійснення правосуддя є незалежним від будь-якого незаконного впливу, тиску або втручання. У ст. 6 вказаного Закону встановлено заборону втручання у здійснення правосуддя, впливу суддів у будь-який спосіб, неповагу до суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації в будь-якій формі з метою завдання шкоди авторитету суддів чи впливу на безсторонність суду.

Зазначені положення треба розуміти як забезпечення незалежності суддів у зв'язку із здійсненням ними правосуддя та заборону щодо суддів будь-яких дій незалежно від форми їх прояву з боку державних органів, установ та організацій, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, фізичних та юридичних осіб з метою перешкодити виконанню судьями професійних обов'язків або схилити їх до винесення неправосудного рішення тощо<sup>39</sup>.

Як роз'яснив Пленум Верховного Суду України у п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про незалежність судової влади» № 8 від 13 червня 2007 р., під втручанням у діяльність судових органів слід розуміти вплив на суддю у будь-якій формі (прохання, вимога, вказівка, погроза, підкуп, насильство, критика судді в засобах масової інформації тощо) з боку будь-якої особи з метою схилити його до вчинення чи невчинення певних процесуальних дій або ухвалення певного судового рішення. При цьому не має значення, за допомогою яких засобів, на якій стадії процесу та в діяльність суду якої інстанції здійснюється втручання<sup>40</sup>. Вплив на суддю може здійснюватися і через третіх осіб – близьких родичів, колег по роботі тощо. Заборона впливу на суддів у будь-який спосіб поширюється на весь час обіймання ними посади судді.

---

<sup>38</sup> Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141 (із останніми змінами від 03.09.2019).

<sup>39</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>40</sup> Про незалежність судової влади: постанова Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 р. № 8. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07> (дата звернення: 30.03.2020).

Суддя здійснює правосуддя на основі Конституції і законів України, керуючись при цьому принципом верховенства права. Як уже зазначалося, втручання у діяльність судді щодо здійснення правосуддя забороняється і має наслідком відповідальність, установлену законом (ч. 2 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>41</sup>). Така відповідальність, зокрема, передбачається Кримінальним кодексом України (далі – КК)<sup>42</sup>. Так, відповідно до ч. 1 ст. 376 КК України втручання в будь-якій формі в діяльність судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися винесення неправосудного рішення – карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців. А згідно з ч. 2 ст. 376 КК ті самі дії, якщо вони перешкодили запобіганню злочину чи затриманню особи, яка його вчинила, або вчинені особою з використанням свого службового становища, – караються позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років.

Статтею 377 КК передбачено кримінальну відповідальність за погрозу або насильство щодо судді, а саме, погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо судді, у зв'язку з його діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, – карається виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк. Частина 2 ст. 377 КК передбачає, що умисне заподіяння судді та/або його близьким родичам побоїв, легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, – карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк до шести років. Тоді як умисне заподіяння судді або їх близьким родичам тяжкого тілесного ушкодження у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, – карається позбавленням волі на строк від п'яти до дванадцяти років (ч. 3 ст. 377 КК)<sup>43</sup>.

Суддя та його діяльність мають бути незалежними від суспільства. Так, ч. 6 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи, а також фізичні і юридичні особи та їх об'єднання зобов'язані поважати незалежність судді і не посягати на неї. Водночас судді не можуть ефективно здійснювати правосуддя без довіри громадськості, адже вони є частиною суспільства, якому служать. Їм слід бути обізнаними щодо очікувань громадськості від судової системи та скарг на її функціонування. Цьому могла

<sup>41</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545 (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>42</sup> Кримінальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. Ст. 131 (із останніми змінами від 17.03.2020).

<sup>43</sup> Там само.



б сприяти наявність постійних механізмів отримання такої інформації, створених радами суддів чи іншими незалежними органами (п. 20 Рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи)<sup>44</sup>.

Складовими незалежності судді є недоторканність судді та імунітет судді. Недоторканність суддів – один із елементів їх статусу. Вона не є особистим привілеєм, а має публічно-правове призначення – забезпечити здійснення правосуддя неупередженим, безстороннім і справедливим судом<sup>45</sup>.

Недоторканність судді гарантується ст. 126 Конституції України, де зазначено, що без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. Важливою гарантією незалежності судді є закріплення положення, що суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судові рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку (ст. 126 КУ, абз. 2 ч. 1 ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Конкретизується недоторканність та імунітет судді у ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Так, суддя не може бути підданий приводу чи примусово доставлений до будь-якого органу чи установи, крім суду, за винятком випадків, зазначених у частині другій ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (ч. 3 ст. 49 Закону), а про підозру у вчиненні кримінального правопорушення судді може бути повідомлено лише Генеральним прокурором або його заступником (ч. 4 ст. 49 Закону)<sup>46</sup>. Суддя може бути тимчасово відсторонений від здійснення правосуддя на строк не більше двох місяців у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника в порядку, встановленому законом. Рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя ухвалюється Вищою радою правосуддя.

Також зазначається, що незалежність суддів при розгляді конкретних судових справ має забезпечуватись і в самому суді. У зв'язку з цим неприпустимими є:

- непроцесуальний вплив на суддю з боку інших суддів, у тому числі тих, що обіймають адміністративні посади в судах;

---

<sup>44</sup> Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>45</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>46</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545 (із останніми змінами від 31.10.2019).

- встановлення контролю за здійсненням судочинства суддею, виклик його до вищестоящих судів та вимагання звітів чи пояснень про розгляд конкретних справ;
- витребування від судді будь-якої інформації чи довідок про хід та перспективи розгляду справи, іншої інформації, яка може надаватися лише сторонам у справі та іншим особам, визначеним процесуальним законодавством, а також відомостей, які становлять таємницю нарадчої кімнати;
- прийняття суддею від будь-яких осіб та розгляд ним заяв, скарг, інших документів поза встановленим законом процесуальним порядком<sup>47</sup>.

Отже, виходячи з того, що незалежність суддів є основною передумовою їх об'єктивності та неупередженості, суддя при здійсненні правосуддя нікому не підзвітний<sup>48</sup>.

### 3 Особиста незалежність судді

Особиста незалежність судді також проявляється в незмінюваності судді. Це означає гарантію того, що суддя може бути звільнений або його повноваження можуть бути припинені виключно з підстав, передбачених законом. Відповідно до абз. 4 ст. 126 Конституції України суддя обіймає посаду безстроково. Це положення уточнюється в ч. 1 ст. 53 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>49</sup> від 2 червня 2016 р., а саме судді гарантується перебування на посаді судді до досягнення ним шістдесяти п'яти років. Винятки передбачені у випадках звільнення судді з посади або припинення його повноважень відповідно до законодавства.

Суддя може бути звільнений з посади виключно з підстав, визначених ч. 6 ст. 126 Конституції України. Такими підставами для звільнення судді є:

- неспроможність виконувати повноваження за станом здоров'я;
- порушення суддею вимог щодо несумісності;
- вчинення істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування обов'язками, що є несумісним зі статусом судді або виявило його невідповідність займаній посаді;
- подання заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням;

---

<sup>47</sup> Телітко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В. В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>48</sup> Там само.

<sup>49</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545 (із останніми змінами від 31.10.2019).

- незгода на переведення до іншого суду у разі ліквідації чи реорганізації суду, в якому суддя обіймає посаду;- порушення обов'язку підтвердити законність джерела походження майна.

Більш детально питання звільнення судді з посади регулюються розділом VII Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>50</sup>. Відповідно до ч. 2 ст. 112 цього Закону рішення про звільнення судді з посади ухвалює Вища рада правосуддя у порядку, встановленому Законом України «Про Вищу раду правосуддя».

Повноваження судді припиняються виключно з підстав, визначених ч. 7 ст. 126 Конституції України, а саме у разі:

- досягнення суддею шістдесяти п'яти років;
- припинення громадянства України або набуття суддею громадянства іншої держави;
- набрання законної сили рішенням суду про визнання судді безвісно відсутнім або оголошення померлим, визнання недієздатним або обмежено дієздатним;
- смерті судді;
- набрання законної сили обвинувальним вироком щодо судді за вчинення ним злочину.

Питання припинення повноважень судді деталізовано у главі 2 розділу VII Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Незмінюваність судді також ілюструється в ч. 2 ст. 53 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», в якій зазначено, що суддю не може бути переведено до іншого суду без його згоди. Винятками із цього правила є два випадки: 1) переведення у разі реорганізації, ліквідації або припинення роботи суду; 2) переведення у порядку дисциплінарного стягнення.

Особливості переведення судді до іншого суду розкрито у ст. 82 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Так, суддя може бути переведений, в тому числі тимчасово шляхом відрядження, на посаду судді до іншого суду Вищою радою правосуддя в порядку, передбаченому законом. Таке переведення здійснюється на підставі та в межах рекомендації Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, внесеної за результатами конкурсу на заміщення вакантної посади судді. Без конкурсу переведення судді на посаду судді до іншого суду того самого або нижчого рівня може здійснюватися тільки у випадках реорганізації, ліквідації або припинення роботи суду, в якому такий суддя обіймає посаду судді. У ч. 4 ст. 82 цього Закону окремо наголошується про можливість переведення судді до іншого суду в порядку дисциплінарної відповідальності, що здійснюється на підставі подання органу, який ухвалив рішення про притягнення судді до дисциплінарної відповідальності.

---

<sup>50</sup> Там само.

Однією з важливих ознак особистої незалежності суддів вважається фінансова незалежність – тобто матеріальне забезпечення судді.

Суддівська винагорода регулюється Законом України «Про судоустрій і статус суддів» та складається з посадового окладу і доплат за: 1) вислугу років; 2) перебування на адміністративній посаді в суді; 3) науковий ступінь; 4) роботу, що передбачає доступ до державної таємниці (ст. 135 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»)<sup>51</sup>.

Базовий розмір посадового окладу судді, передбачений ч. 3 ст. 135 зазначеного Закону, залежить від того, в суді якого рівня працює суддя та становить:

- 1) для судді місцевого суду – 30 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року<sup>52</sup>;
- 2) для судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду – 50 прожиткових мінімумів для працездатних осіб;
- 3) для судді Верховного Суду – 55 прожиткових мінімумів для працездатних осіб.

Додатково до базового розміру посадового окладу застосовуються регіональні коефіцієнти (ч. 4. ст. 135 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»), доплата за вислугу років (ч. 5 ст. 135 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») тощо.

Держава забезпечує соціальні гарантії суддям. Так, відповідно до ст. 136 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», суддям надається подовжена щорічна оплачувана відпустка тривалістю 30 робочих днів з виплатою, крім суддівської винагороди, допомоги на оздоровлення в розмірі посадового окладу. До того ж суддям, які мають стаж роботи більше 10 років, надається додаткова оплачувана відпустка тривалістю 15 календарних днів.

Після призначення на посаду суддя, який потребує поліпшення житлових умов, забезпечується службовим житлом за місцем знаходження суду органами місцевого самоврядування в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

Окрім цього, судді наділені пакетом соціальної допомоги, перебуваючи у відставці (ст. ст. 140, 142–145 Закону). Суддя і члени його сім'ї мають право на безкоштовне медичне обслуговування в державних установах охорони здоров'я, пенсію або грошове утримання судді у відставці.

У п. 13 постанови Пленуму Верховного Суду України зазначається, що важливими гарантіями незалежності суддів є забезпечення їх особистої безпеки та їх державний захист. У разі коли під час здійснення правосуддя чи

<sup>51</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545 (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>52</sup> Станом на 01.01.2021 прожитковий мінімум для працездатних осіб становить 2 102 грн (приблизно € 62).

у зв'язку з цим виникають обставини, що свідчать про наявність небезпеки для життя, здоров'я, житла чи майна судді або його близьких родичів, відповідно до Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» головам судів необхідно вживати заходів для безперешкодного здійснення правосуддя, контролювати виконання органами внутрішніх справ таких заходів безпеки, як здійснення особистої охорони цих осіб, їх житла, майна, видачі зброї або засобів індивідуального захисту тощо<sup>53</sup>.

Частина 7 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу визначених Конституцією України і законом гарантій незалежності судді (ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Тобто, не допускається зниження рівня гарантій суддів.

Але, як бачимо, не зважаючи на нормативно закріплені гарантії суддівської діяльності, мають місце обмеження права на матеріальне забезпечення суддів та суддівського апарату. 13 квітня 2020 р. Верховна Рада ухвалила закон № 553-IX, яким доповнила Закон «Про Державний бюджет України на 2020 рік»<sup>54</sup> ст. 29, а саме: «Установити, що у квітні 2020 року та на період до завершення місяця, в якому відміняється карантин, установлений Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, заробітна плата, грошове забезпечення працівників, службових і посадових осіб бюджетних установ (включаючи органи державної влади та інші державні органи, органи місцевого самоврядування) нараховуються у розмірі, що не перевищує 10 розмірів мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня 2020 року».

Судді Верховного Суду України звернулися до Конституційного Суду України (далі – КС) для перевірки законності встановлення обмежень на час карантину<sup>55</sup>. Відповідно до встановлених обмежень, розмір заробітної плати не може перевищувати 10 мінімальних зарплат (47 230 гривень). У своєму поданні судді наголошують, що серед усіх таких працівників саме судді зазнають найбільш істотного зниження рівня матеріального забезпечення. Водночас рівень зарплат представників органів законодавчої та виконавчої

<sup>53</sup> Про незалежність судової влади: постановва Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 р. № 8. *Адвокат*. 2007. № 6. С. 57.

<sup>54</sup> Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік»: Закон України від 13 квітня 2020 р. № 553-IX. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2020. № 19. Ст.126. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/553-20#Text> (дата звернення: 10.02.2021).

<sup>55</sup> Надійшло конституційне подання Верховного Суду щодо конституційності встановлених на час карантину обмежень прав і свобод громадян. Конституційний Суд України. URL:<http://www.ccu.gov.ua/novyna/nadiyshlo-konstytuciyne-podannya-verhovnogo-sudu-shchodo-konstytucynosti-vstanovlenyh-na> (дата звернення: 10.02.2021).

влади не зазнав істотних змін<sup>56</sup>. У той час як у більшості державних службовців зарплати через карантин були скорочені на 5–30 відсотків, у суддів – на 50–85 відсотків. Судді Верховного Суду вказали на те, що в 2019 р. з усього переліку держслужбовців лише один відсоток – 900 осіб – отримували зарплати вище 47 тисяч гривень. Тому запроваджене урядом скорочення зарплат торкнеться мало кого з держслужбовців. Водночас на рівні окремо взятих областей обмеження стосуватиметься всіх без винятку суддів.

Також судді Верховного Суду зазначили, що попри те, що рівень їхніх зарплат був зменшений законом, його відновлення поставлено в залежність від дій уряду<sup>57</sup>.

Конституційний Суд 28 серпня визнав, що обмеження заробітних плат державних службовців і суддів у період карантину є незаконним<sup>58</sup>. Зокрема, рішенням Конституційного Суду України визнано такими, що не відповідають Конституції, положення: частин першої ст. 29 закону № 294; а також частини третьої ст. 29.

#### 4 **Обмеження діяльності судді за конституційним законодавством (включаючи дотримання Конституції, підкорення закону)**

У правовій державі звернення до суду є універсальним механізмом захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб<sup>59</sup>. Метою забезпечення незалежності судової влади є гарантування кожній особі основоположного права на розгляд справи справедливим судом лише на законній підставі та без будь-якого стороннього впливу<sup>60</sup>. Реалізація правових гарантій здійснення правосуддя є необхідною передумовою належного виконання судом своїх конституційних функцій із забезпечення дії принципу верховенства права, захисту прав і свобод людини та громадянина, утвердження і забезпечення яких є головним обов'язком держави (ст. ст. 3, 8, 55 Конституції України).

Судова влада в Україні відповідно до конституційних засад поділу влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, утвореними законом. Відповідно до ст. ст. 1–2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» судову

<sup>56</sup> Думанська М. В Україні планують скоротити зарплати високопосадовцям. DW від 29.03.2020. URL: <https://www.dw.com/uk/> (дата звернення: 10.02.2021).

<sup>57</sup> Губар О. Судді Верховного суду просять КСУ перевірити законність карантинних обмежень. DW від 04.06.2020. URL: <https://www.dw.com/uk/> (дата звернення: 10.02.2021).

<sup>58</sup> Рішення Конституційного Суду України № 10-р/2020 від 28 серпня 2020 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/dokument/10-r2020> (дата звернення: 10.02.2021).

<sup>59</sup> Рішення Конституційного Суду України від 12 квітня 2012 р. № 9-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12> (дата звернення: 08.04.2020).

<sup>60</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 04.04.2020).

владу реалізують судді та, у визначених законом випадках, присяжні шляхом здійснення правосуддя у рамках відповідних судових процедур. Правосуддя в Україні відповідно до ст. 124 Конституції України здійснюють виключно суди. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються<sup>61</sup>.

Суд, здійснюючи правосуддя, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України<sup>62</sup>. Як зазначено вище, відповідно до ст. 129 Конституції України та ч. 1 ст. 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права.

Визначають наступні конституційно-правові гарантії реалізації принципу незалежності суддів: порядок обрання (призначення) і звільнення суддів; право судді на відставку; передбачена законом процедура здійснення правосуддя; заборона втручання у здійснення правосуддя; відповідальність за неповагу до суду; недоторканність суддів; наявність органів суддівського самоврядування; створення необхідних організаційно-технічних та інформаційних умов для діяльності судів; належне матеріальне та соціальне забезпечення суддів<sup>63</sup>.

Конституційні положення щодо правових гарантій суддів закріплені у п. 2 ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»: «суддя здійснює правосуддя на основі Конституції і законів України, керуючись при цьому принципом верховенства права. Втручання у діяльність судді щодо здійснення правосуддя забороняється і має наслідком відповідальність, установлену законом»<sup>64</sup>. Аналогічне положення відображено у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про незалежність судової влади» від 13 червня 2007 р. № 8, а саме, відповідно до Конституції України (ст. ст. 6, 126, 129) державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Судді при здійсненні правосуддя незалежні й підкоряються лише закону, а вплив на них у будь-який спосіб забороняється<sup>65</sup>.

Виходячи з того, що незалежність суддів є основною передумовою їх об'єктивності та неупередженості, суддя при здійсненні правосуддя підкоряється лише закону і нікому не підзвітний. Суддям забезпечується

---

<sup>61</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>62</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>63</sup> Конституція України. Науково-практичний коментар / за ред.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин, Ю. Г. Барабан та ін. Харків: Право, 2011. С. 875.

<sup>64</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>65</sup> Про незалежність судової влади: постанова Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 р. № 8. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07> (дата звернення: 30.03.2020).

свобода неупередженого вирішення судових справ відповідно до їх внутрішнього переконання, що ґрунтується на вимогах закону. Рішення в судовій справі має ґрунтуватися на всебічному, повному й об'єктивному дослідженні всіх обставин справи, під час якого не може надаватися перевага правовій позиції будь-якого учасника судового процесу, в тому числі прокурорів, захисників, представників юридичних чи фізичних осіб<sup>66</sup>.

У рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів наголошується на тому, що судді повинні мати необмежену свободу стосовно неупередженого розгляду справ відповідно до законодавства та власного розуміння фактів (п. 5)<sup>67</sup>. Водночас судді у своїй діяльності повинні діяти у правовому полі, з дотриманням всіх процесуальних форм здійснення правосуддя. Таким чином, вимога підзаконності судової влади полягає у відповідності закону судових структур та судових процедур.

При здійсненні правосуддя судді повинні утверджувати гарантовану Конституцією і законами України незалежність та самостійність судів, підвищувати авторитет судової влади, забезпечувати обов'язковість судових рішень шляхом справедливого, неупередженого й своєчасного розгляду та вирішення судових справ, дотримання присяги судді, належного правового реагування на факти тиску на них, втручання в судову діяльність та інші протиправні посягання на правосуддя. За наявності підстав вважати, що відбувається посягання на незалежність судді щодо неупередженого вирішення судових справ, він повинен вжити заходів для припинення такого посягання та притягнення винних осіб до встановленої законом відповідальності.

## 5 **Гарантія конституційно-правового захисту суддів у відносинах з іншими гілками влади та в середині судової системи**

Взаємодія судової влади з іншими гілками влади в Україні здійснюється на основі «механізму стримувань і противаг», що на практиці виглядає в такий спосіб. Відповідно до Конституції України (ст. ст. 6, 126, 129) державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову.

Судова влада покликана захищати свободи громадян, конституційний лад України, забезпечувати відповідність актів законодавчої та виконавчої влади Конституції України. Правосуддя в Україні здійснюється виключно судами та відповідно до визначених законом процедур судочинства (ч. 1 ст. 5 Закону

<sup>66</sup> Там само.

<sup>67</sup> Рекомендація CM/Res (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (дата звернення: 30.03.2020).



України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>68</sup>). Рішення, що виносяться органами судової влади, внаслідок зазначеної ознаки не потребують будь-якого затвердження іншими владами.

Відповідно до рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р. (п. п. 16, 17, 18), рішення суддів не можуть підлягати будь-якому перегляду поза межами апеляційних процедур, закладених у законодавстві. За винятком рішень про амністію, помилування або подібних заходів, виконавча та законодавча влада не повинні приймати рішення, які скасовують судові рішення. Коментуючи рішення суддів, виконавча та законодавча влада мають уникати критики, яка може підірвати незалежність судової влади або довіру суспільства до неї. Їм також слід уникати дій, які можуть поставити під сумнів їхнє бажання виконувати рішення суддів, за винятком випадків, коли вони мають намір подати апеляцію<sup>69</sup>.

## 5.1 Утворення судів

Судова система України сьогодні – це самостійна гілка влади в організаційному порядку. Взаємодія судової гілки влади з іншими державними органами та механізм стримування і протизваг проявляється також у процедурі створення судів. Відповідно до ст. 125 Конституції України та ст. 19 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суд утворюється і ліквідується законом. Проект закону про утворення чи ліквідацію суду вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя. Підставами для утворення чи ліквідації суду є зміна визначеної вищевказаним Законом системи судоустрою, необхідність забезпечення доступності правосуддя, оптимізації видатків державного бюджету або зміна адміністративно-територіального устрою.

## 5.2 Взаємодія органів судової влади з Президентом України та Верховною Радою України

Відповідно до ст. 128 Конституції України, призначення на посаду судді здійснюється Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя в порядку, встановленому законом. Призначення на посаду судді здійснюється за конкурсом, крім випадків, визначених законом. Слід зазначити, що до судової реформи 2016 р. призначення на посаду професійного судді здійснювалося Президентом України і лише терміном на п'ять років.

<sup>68</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>69</sup> Рекомендація CM/Res (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (дата звернення: 30.03.2020).

Верховна Рада України формує правове поле для діяльності судової влади шляхом прийняття законів, в яких регламентує організацію судової системи і порядок діяльності судів. Відповідно до п. 14 ст. 92 Конституції України винятково законами України, прийнятими Верховною Радою, визначаються судоустрій, судочинство, статус суддів, засади судової експертизи.

Необхідно звернути увагу, що трапляються випадки тиску на суддів Конституційного Суду України та втручання у їх діяльність, що є абсолютно неприпустимим у правовій державі. Зокрема, наприкінці 2020 р. Президент України В. Зеленський після тривалого скандалу усунув з посади голову Конституційного Суду України О. Тупицького для подолання конституційної кризи. Криза почалась у жовтні, коли Конституційний Суд України скасував покарання для чиновників та депутатів за неправдиві відомості у деклараціях та позбавив Національне антикорупційне бюро України низки повноважень.

Державне бюро розслідувань повідомило О. Тупицькому про підозру у завідомо неправдивих свідченнях, поєднаних зі штучним створенням доказів захисту, підкупі свідка з метою відмови від свідчень (злочини, передбачені ч. 2 ст. 384, ст. 386 Кримінального кодексу України). Наступного дня суддю президентським указом усунули з посади строком на два місяці.

У своєму Указі президент посилається на ст. 154 Кримінально-процесуального кодексу України. Ця стаття передбачає, що президент може відкликати чиновників, яких він призначив. Однак у ній не йдеться про суддів Конституційного Суду<sup>70</sup>.

Водночас зазначимо, що Конституція забороняє таким чином припиняти повноваження суддів Конституційного Суду України. У ст. 149-1 визначений чіткий перелік підстав для звільнення або припинення повноважень судді:

«Повноваження судді Конституційного Суду України припиняються у разі:

- закінчення строку його повноважень;
- досягнення ним сімдесяти років;
- припинення громадянства України або набуття ним громадянства іншої держави;
- набрання законної сили рішенням суду про визнання його безвісно відсутнім або оголошення померлим, визнання недієздатним або обмежено дієздатним;
- набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього за вчинення ним злочину;
- смерті судді Конституційного Суду України.

---

<sup>70</sup> Міняйло Н. Президент відсторонив суддю Тупицького «заради справедливості». Mediasapiens від 15 січня 2021 р. URL: <https://ms.detector.media/trendi/post/26480/2021-01-25-prezydent-vidstoronyv-suddyu-tupytskogo-zarady-vidnovlennya-spravedlyvosti-a-tak-mozhna-bulo/> (дата звернення: 11.02.2021).

Підставами для звільнення судді Конституційного Суду України з посади є:

- неспроможність виконувати свої повноваження за станом здоров'я;
- порушення ним вимог щодо несумісності;
- вчинення ним істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування своїми обов'язками, що є несумісним зі статусом судді Суду або виявило його невідповідність займаній посаді;
- подання ним заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням»<sup>71</sup>.

Окрім того, у відповідь на Рішення, яке було прийнято суддями Конституційного Суду, президент В. Зеленський 30 жовтня 2020 р. подав до Верховної Ради законопроект «Про відновлення суспільної довіри до конституційного судочинства», яким запропонував звільнити весь склад Конституційного суду України та почати відбір нових суддів<sup>72</sup>. Слід підкреслити, що у Конституції України немає пункту про звільнення суддів через рішення парламенту.

На сьогодні в Україні суддів Конституційного Суду призначають два політичні органи влади – президент і Верховна Рада. Також суддів призначає і з'їзд суддів. Однак їхній вплив на суддів Конституційного Суду закінчується після складання присяги суддею. Після того звільнити чи притягнути до відповідальності суддю Конституційного Суду можуть судді цього ж суду. Метою встановлення такого механізму призначення суддів є унезалежнення Конституційного Суду як найвищого органу конституційної юрисдикції від впливу інших політичних органів влади – президента і Верховної Ради, адже саме судді Конституційного Суду вирішують суперечності між Конституцією і законами, які приймає Верховна Рада, та іншими актами органів влади. Отже, маємо достатньо підстав стверджувати, що діючий Президент України перевищив свої повноваження щодо усунення О. Тупицького з посади.

З критикою дій чинного президента виступила й Рада Європи, яка не схвалила ідею Президента України В. Зеленського розпустити Конституційний Суд. У листі на адресу голови Верховної Ради Дмитра Разумкова від голів органів Ради Європи – Венеційської комісії та Групи держав проти корупції (GRECO), констатує «Радіо Свобода», підкреслюється, що: «Припинення повноважень суддів є грубим порушенням Конституції та фундаментального принципу поділу влади. Порушення Конституції, навіть

---

<sup>71</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141 (із останніми змінами від 03.09.2019).

<sup>72</sup> Коломієць В. Зеленський хоче розпустити КС і скасувати його рішення щодо антикорупційної реформи. 30.10.2020. URL: <https://hromadske.ua/posts/zelenskij-proponuye-povnistyu-zviliti-sklad-konstitucijnogo-sudu> (дата звернення: 11.02.2021).

якщо існує безперечно поважна причина, не може призвести до культури конституціоналізму та поваги верховенства права»<sup>73</sup>.

Для уникнення подібних ситуацій вважаємо за доцільне внести наступні зміни у нормативні акти:

По-перше, необхідно внести зміни в Закон «Про Конституційний Суд України». Суддів Конституційного Суду варто призначати за результатами конкурсу, як це відбувалося з суддями Антикорупційного суду. Це дозволить потрапити до КС України професійним та добросовісним суддям. Нинішнє законодавство не передбачає проведення такого конкурсу.

По-друге, необхідно внести правки у Кримінальний кодекс та інші законодавчі акти, які стосуються відповідальності за неправдиві відомості щодо декларування.

По-третє, необхідно переглянути норми щодо відповідальності суддів і чітко прописати, хто і за що може звільнити суддю Конституційного Суду України<sup>74</sup>. Зараз рішення про відсторонення судді приймають самі судді Конституційного Суду України. Для цього необхідно 12 голосів; також вони самостійно вирішують, що таке дисциплінарний проступок, що – бездоганна поведінка. Як показує випадок зі звільненням колишнього голови Конституційного Суду України С. Шевчука, це може призвести до зловживань<sup>75</sup>. Судді самостійно вирішили, що С. Шевчук зловживав службовим становищем і усунули його з посади.

### 5.3 Взаємовідносини з органами виконавчої влади

Згідно зі ст. 21 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» в Україні утворюються адміністративні суди, що розглядають адміністративні справи, пов'язані з правовідносинами в сфері державного управління і місцевого самоврядування (справи адміністративної юрисдикції), тобто вирішують питання законності дій і розпоряджень органів виконавчої влади на місцях та органів місцевого самоврядування.

Разом із тим не може бути ніякого контролю з боку виконавчої влади над органами, які вирішують справи про притягнення до дисциплінарної відповідальності та жодного політичного впливу на процес притягнення до дисциплінарної відповідальності. Необхідно уникати будь-якого контролю з

---

<sup>73</sup> Глава венеційської комісії не підтримав розпуск КСУ: коментар НАЗК. URL: <http://finbalance.com.ua/news/venetsiyska-komisija-rozpusk-ksu-hrubo-porushu-konstitutsiyu-navit-yakshcho-prichina-povazhna> (дата звернення: 11.02.2021).

<sup>74</sup> Мінйяло Н. Президент відсторонив суддю Тупицького «заради спораведливості». Mediasapiens від 15 січня 2021 р. URL: <https://ms.detector.media/trendi/post/26480/2021-01-25-prezydent-vidstoronuv-suddyu-tupytского-zarady-vidnovlennya-spravedlyvosti-a-tak-mozhna-bulo/>.

<sup>75</sup> Звільнення голови Конституційного суду України: Шевчук звинуватив Порошенка. DW від 14.05.2019. URL: <https://www.dw.com/uk/> (дата звернення: 30.03.2020).

боку виконавчої влади над радами суддів або органами, уповноваженими притягати до дисциплінарної відповідальності.<sup>76</sup>

#### 5.4 Державна судова адміністрація України.

Державна судова адміністрація України за погодженням з Вищою радою правосуддя визначає кількість суддів у суді з урахуванням судового навантаження та в межах видатків, передбачених у Державному бюджеті України на утримання судів та оплату праці суддів (ч. 6 ст. 19 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

#### 5.5 Вища рада правосуддя

Відповідно до ст. 131 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» в Україні діє Вища рада правосуддя, яка:

- вносить подання про призначення судді на посаду;
- ухвалює рішення стосовно порушення суддею чи прокурором вимог щодо несумісності;
- розглядає скарги на рішення відповідного органу про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора;
- ухвалює рішення про звільнення судді з посади;
- надає згоду на затримання судді чи утримання його під вартою;
- ухвалює рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя;
- вживає заходів щодо забезпечення незалежності суддів;
- ухвалює рішення про переведення судді з одного суду до іншого;
- здійснює інші повноваження, визначені Конституцією та законами України.

Як вже зазначалося вище, відповідно до ст. 126 Конституції України без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом.

Важливим суттєвим недоліком Закону України «Про Вищу раду правосуддя» є відсутність норми, яка визначає строки розгляду скарги. На практиці скарги можуть розглядатися рік, півтора, що зумовлює втрату актуальності для особи скаржника, при цьому порушені права не відновлюються, а суддя продовжує здійснювати правосуддя. Наразі ця

---

<sup>76</sup> Київські рекомендації щодо незалежності судочинства у Східній Європі, на Південному Кавказі та у Середній Азії. Адміністрування судівництва, добір та відповідальність суддів. Київ, 23–25 червня 2010 р. URL: <https://www.osce.org/uk/odihr/86319?download=true> (дата звернення: 30.03.2020).

проблема вирішена – законопроектом № 1008<sup>77</sup> було внесено зміни до Закону України «Про Вищу раду правосуддя», які визначають, що дисциплінарне провадження повинно здійснюватися в розумний строк, який не може становити більше ніж 60 днів з моменту отримання дисциплінарної скарги.

Вища рада правосуддя бере участь у визначенні фінансування діяльності судів та заробітної плати суддів: відповідно до ст. 130 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», держава забезпечує фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів. У Державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів з урахуванням пропозицій Вищої ради правосуддя.

Вища рада правосуддя складається з двадцяти одного члена, з яких десятих обирає з'їзд суддів України з числа суддів чи суддів у відставці, двох призначає Президент України, двох обирає Верховна Рада України, двох обирає з'їзд адвокатів України, двох обирає всеукраїнська конференція прокурорів, двох обирає з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ. Голова Верховного Суду входить до складу Вищої ради правосуддя за посадою.

У 2019 р. до Вищої ради правосуддя від суддів надійшло 335 повідомлень про втручання в їхню діяльність, що свідчить про активне користування суддями механізмом захисту своєї незалежності. Водночас такі показники свідчать про негативну тенденцію зростання кількості подібних випадків<sup>78</sup>.

Разом із тим багато суддів різко критикують діяльність Вищої ради правосуддя, зазначаючи про політичний вплив, пряму залежність від Офісу Президента, вибіркові та неоднакові підходи до вирішення аналогічних дисциплінарних справ тощо. Одна із основних гарантій незалежності судді – окремий порядок притягнення до кримінальної відповідальності. При цьому важливим є швидке та ефективне розслідування кримінальних проваджень щодо суддів, пов'язане з їхньою професійною діяльністю, жодним чином не може використовуватися як засіб впливу на суддю та спонукання його до вчинення конкретних дій<sup>79</sup>.

## 5.6 Незалежність від судів вищих інстанцій.

Принцип незалежності судової влади означає незалежність кожного судді при здійсненні ним функцій прийняття судових рішень. Система судоустрою в

---

<sup>77</sup> Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування: Закон України від 16 жовтня 2019 р. № 193-IX. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2019. № 50. Ст. 354. URL: [https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=66251](https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66251).

<sup>78</sup> Горещький О. Незалежність суддів vs безкарність суддів: як знайти баланс. *Юридична газета*. № 49 (703). URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/nezalezhnist-suddiv-vs-bezkarnist-suddiv-yak-znayti-balans.html> (дата звернення: 07.02.2021).

<sup>79</sup> Там само.

Україні відповідно до п. п. 1–3 ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» будується за принципами територіальності, спеціалізації та інстанційності. Найвищим судом у системі судоустрою є Верховний Суд, а систему судоустрою становлять місцеві суди, апеляційні суди, Верховний Суд. Для розгляду окремих категорій справ відповідно до цього Закону в системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди.

У процесі прийняття рішень судді мають бути незалежними та неупередженими, а також мати можливість діяти без будь-яких обмежень, впливу, тиску, погроз або прямого чи непрямого втручання будь-яких органів влади, зокрема внутрішніх органів судової влади. Ієрархічна організація судової влади не повинна підривати незалежність суддів. Незалежність судді передбачає незалежність як від зовнішнього (від факторів, що містяться за межами судової системи), так і внутрішнього (від факторів усередині самої судової системи) впливу на процес прийняття суддею рішення.

Вищі суди не повинні давати суддям вказівок щодо того, які рішення потрібно приймати в конкретних справах, за винятком попередньої ухвали або при вирішенні питання про обрання засобів правового захисту відповідно до закону. Розподіл справ серед суддів суду має здійснюватися на основі об'єктивних попередньо встановлених критеріїв для забезпечення права на незалежність та неупередженість суддів. На такий розподіл справ не повинні впливати сторони у справі чи інші особи, заінтересовані в результатах розгляду справи. Судді повинні мати можливість створювати професійні організації, метою яких є захист їхньої незалежності, інтересів та сприяння утвердженню верховенства права, чи приєднуватися до них<sup>80</sup>.

Вищі суди повинні відмовитися від практики видання директив, роз'яснень чи постанов, та доки вони існують, то не можуть мати обов'язкової сили для суддів судів нижчих інстанцій. Інакше такі директиви, роз'яснення та постанови є втручанням в індивідуальну свободу суддів. Окрім цього, рішення-зразки вищих судів та рішення спеціально означені цими судами як прецеденти, повинні мати статус рекомендацій та не бути обов'язковими для застосування суддями судів нижчих інстанцій у інших справах. Вони також не можуть бути використаними для обмеження свободи суддів нижчих інстанцій у процесі прийняття ними рішень, а також для притягнення їх до відповідальності. Єдність тлумачення законів повинна заохочуватися шляхом вивчення судової практики, яка при цьому також не повинна мати обов'язкової сили<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Рекомендація CM/Res (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>81</sup> Київські рекомендації щодо незалежності судочинства у Східній Європі, на Південному Кавказі та у Середній Азії. Адміністрування судівництва, добір та відповідальність суддів. Київ,

Як спробу тиску на суддів слід розцінювати законопроект № 2271 від 16 жовтня 2019 р., який було подано на розгляд Верховної Ради, відповідно до якого пропонувалося внести зміни до Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>82</sup> щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів, рішення яких були скасовані або змінені в порядку апеляційного оскарження. Законопроектом пропонувалося «вдосконалити» порядок притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів за винесення неправосудних рішень, скасованих судами вищої інстанції або Європейським судом з прав людини проти України.

У пояснювальній записці до законопроекту було визначено наступні санкції щодо судді: «скасування або зміна судового рішення має наслідком притягнення судді, який брав участь у його ухваленні до дисциплінарної відповідальності у вигляді накладення такого дисциплінарне стягнення:

- у випадку ухвалення такого рішення Європейським судом з прав людини проти України – внесення подання про звільнення всіх суддів всіх інстанцій, які брали участь у його ухваленні;
- у випадку ухвалення такого рішення Верховним судом – внесення подання про звільнення всіх суддів першої та апеляційної інстанцій, які брали участь у його ухваленні;
- у випадку ухвалення такого рішення судом апеляційної інстанції – внесення попередження щодо суддів першої інстанції, які брали участь у його ухваленні.

При повторному ухваленні такого рішення протягом року щодо одного і того ж судді – внесення подання про тимчасове (від одного до шести місяців) відсторонення його від здійснення правосуддя...»<sup>83</sup>.

## 6 Висновок

На нашу думку, проєкт становить загрозу незалежності суддів та авторитету правосуддя загалом. Окрім того, проєктом не передбачено відповідальності суддів апеляційної інстанції у разі скасування чи зміни рішення в порядку касаційного оскарження.

---

23–25 червня 2010 р. URL: <https://www.osce.org/uk/odihr/86319?download=true> (дата звернення: 30.03.2020).

<sup>82</sup> Проєкт Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо вдосконалення порядку притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів від 16 жовтня 2019 р. № 2271. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=67098](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67098) (дата звернення: 10.02.2021).

<sup>83</sup> Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо вдосконалення порядку притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів: пояснювальна записка. URL: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/GI00629A.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI00629A.html) (дата звернення: 10.02.2021).



# Демократичний контроль за судовою владою

*Др. Сіна Фонтана, MLE.*

## 1 Демократична легітимація правосуддя

Відповідно до речення 1 абз. 2 ст. 20 Основного закону вся державна влада походить від народу. Звідси випливає необхідність демократичної легітимації всієї державної влади, включаючи правосуддя (пор.: речення 2 абз. 2 ст. 20 Основного закону) в тому сенсі, що всі дії повинні спиратися на волю народу і до неї зводиться<sup>1</sup>. Функціонально-інституційна легітимація правосуддя гарантується безпосередньо конституційними положенням ст. 92 і наступних Основного закону<sup>2</sup>, тоді як особиста легітимація відбувається шляхом призначення або виборів<sup>3</sup>. До цього додається і юридична кваліфікація, яка сприяє адекватному виконанню завдань<sup>4</sup>. Предметно-змістова легітимація відбувається переважно через зв'язаність законом (порівн. абз. 3 ст. 20, абз. 1 ст. 97 Основного закону)<sup>5</sup>, і знаходить свої межі у незалежності судової влади (абз. 1 ст. 97 Основного закону). На відміну від виконавчої, судова влада не

---

<sup>1</sup> BVerfGE 83, 60 (72); 107, 59 (77); 136, 194 (261).

<sup>2</sup> Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20 Rn. 139.

<sup>3</sup> Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 24.

<sup>4</sup> Voskuhle/Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680).

<sup>5</sup> Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 24; Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (118).

пов'язана вказівками / інструкціями<sup>6</sup>. Ця незалежність правосуддя вимагає, щоб зв'язаність законом забезпечувалась альтернативними інструментами<sup>7</sup>. До них належить принцип публічності, який дозволяє загалу, громадськості її контролювати, а також обґрунтування судових рішень і вироків<sup>8</sup>, які розкривають тлумачення та застосування закону і забезпечують можливість їхньої перевірки. Це слушно тим більше через те, що судові вирокі і рішення оприлюднюються як самими судами, так і через засоби масової інформації, а відтак є доступними для оцінки публіки.

## 2 Публічність судових слухань

«Всі дії стосовно прав інших людей, максима яких не сумісна з публічністю, є протиправними»<sup>9</sup>. Цими словами Еммануїл Кант описує принцип публічності і таким чином формулює фундаментальну вимогу публічності. Таке безкомпромісне розуміння в сучасному суспільстві, що все більше покладається на мережі, складніше і диверсифікується, постає перед новими викликами. Зокрема, повсюдне поширення соціальних мереж і медіа, а також безперешкодний доступ до звуку, тексту і образів вимагає реакції правової держави. Масштабом реагування тут є принцип публічності, як це закріплено в Конституції і відтворено й облаштовано в простих законах.

### 2.1 Доступ громадськості / публічність

Публічність судових проваджень регулюється простим законом, зокрема реченням 1 абз. 1 § 169 Німецького закону про судоустрій (GVG), § 55 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини (VwGO). Ці норми регулюють лише публічність зали засідань, яка дозволяє кожному доступ до неї як відвідувачу, за умови, що місця достатньо<sup>10</sup>. Таке право на доступ належить однаково кожному, незалежно від того, має він певний інтерес або ж ті чи інші особисті ознаки<sup>11</sup>. З огляду на це публічність захищена, якщо існує абстрактна можливість доступу незалежно від фактичного доступу<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> BVerfGE 87, 68 (85); 148, 69 (90); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage 2020, Art. 97 Rn. 3.

<sup>7</sup> *Dreier*, in: *Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20 Rn. 141

<sup>8</sup> *Vofskuhle/Sydom*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680 f.).

<sup>9</sup> *Kant*, Zum ewigen Frieden, Anhang, II. S. 50 (Reclam).

<sup>10</sup> *Gierhake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031); BVerfGE 103, 44 (65).

<sup>11</sup> BVerfGE 103, 44 (65); *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 1.

<sup>12</sup> BGHSt 21, 72 (73); 27, 13 (14); *Diemer*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 169 GVG Rn. 8.

## 2.2 Засади принципу публічності

Чітке регулювання принципу публічності міститься в реченні 1 абз. 1 § 169 Німецького закону про судоустрій (GVG), § 55 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини (VwGO) і в п. 6 § 338 Кримінально-процесуального кодексу Німеччини, де його порушення є абсолютною підставою для перегляду відповідного рішення. Його також можна вивести з речення 1 абз. 1 ст. 6 ЄКПЛ. Принцип публічності не має явного закріплення серед конституційних приписів. Однак Федеральний верховний суд (BGH) та Федеральний конституційний суд Німеччини, тим не менше, виводять його як «давню демократичну вимогу» з принципу правової держави і демократії<sup>13</sup>.

### 2.2.1 Контроль

Насамперед завдяки своїй наявності публічність повинна контролювати судову владу при здійсненні нею верховної влади<sup>14</sup>. Цим гарантується влада народу, власне носія фактичної влади, від імені якого чиниться правосуддя<sup>15</sup>. Це приводить до інтеграції і прийняття рішення, яке, водночас, сприяє формуванню демократичного волевиявлення за допомогою інформування громадськості<sup>16</sup>. Зокрема, необхідність доступу до судових слухань / засідань випливає і з фундаментального права свободи інформації, оскільки судові слухання / засідання в цілому є загальнодоступним джерелом інформації у розумінні цівречення 2 речення 1 абз. 1 ст. 5 Основного закону<sup>17</sup>. Принцип публічності разом з тим набуває, крім своєї функції у питанні демократичного контролю, конституційно-правового виміру.

### 2.2.2 Відкритість

Такий підхід дає змогу запобігти загрозі таємного правосуддя з його підпорядкуванням державному і політичному впливу<sup>18</sup>. Ця загроза юстиції «за закритими дверима» повинна бути розвіяна загальною відкритістю зали

<sup>13</sup> BGH, NJW 1953, 1442 (1443).

<sup>14</sup> *Gierbake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031); *Stürner*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (700); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 41; *KulbANEK*, in: MüKoStPO, 1. Aufl. 2018, § 169 GVG Rn. 1.

<sup>15</sup> «Іменем народу» визначене законом як загальна вступна формула для всякого роду судових вироків і рішень; порівн.: § 25 Abs. 4 BVerfGG, 311 Abs.1 ZPO, 268 Abs. 1 StPO, 117 Abs. 1 S. 1 VwGO, 105 Abs. 1 S. 1 FGO, 132 Abs. 1 S. 1 SSG.

<sup>16</sup> BVerfGE 103, 44 (59, 65); *Stürner*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (700); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42; *KulbANEK*, in: MüKoStPO, 1. Aufl. 2018, § 169 GVG Rn. 9.

<sup>17</sup> BVerfGE 103, 44 (59).

<sup>18</sup> BVerfGE 103, 44 (63 f.); EGMR NJW 1986, 2177 (2178); *Gierbake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031).

судових засідань, гарантуючи учасникам впевненість у процесуальній справедливості<sup>19</sup>. Це сприяє загальній зрозумілості рішення, а отже, також служить правому миру і спокою<sup>20</sup>. Рішення, що є незрозумілим, хай там через брак обґрунтування або через таємність процедури, розхитує довіру до функціонування правової держави та призводить до правової непевності серед підпорядкованих державній владі<sup>21</sup>, які і є, власне, носіями верховної влади<sup>22</sup>.

### 2.2.3 Публічність ЗМІ

При реалізації цих цілей ЗМІ зараз виступають каталізатором, документуючи й поширюючи і відомості про перебіг, і саме рішення, інформуючи громадськість про зазначене<sup>23</sup>. Відповідний суд також повинен враховувати особливі інтереси, зокрема іноземних ЗМІ, якщо вони особливо пов'язані з предметом розгляду і змістом рішення, як це було, наприклад, у так званому «судовому процесі Націонал-соціалістичного підпілля (НСУ/NSU)»<sup>24</sup>.

## 2.3 Обмеження принципу публічності

Публічність слухань у суді, незважаючи на ці принципові речі, не гарантується беззастережно. Вона, наприклад, обмежується заборонаю запису слухань, встановленою в реченні 2 абз. 1 § 169 Німецького закону про судоустрій (GVG), а також загальним виключенням публічності у кримінальних справах щодо неповнолітніх відповідно до § 48 Закону про захист неповнолітніх від загроз (JGG).

### 2.3.1 Суперечливі інтереси

Ці обмеження випливають із суперечливих, конфліктуєчих інтересів, пов'язаних з протилежною до публічності стороною конституційних прав. У конфлікті такого роду сторонами є інтереси осіб, які беруть участь у розгляді справ, і, з протилежного боку, інтерес загалу встановити всі обставини справи і дійти істини, що є сутнісною ознакою справедливого / чесного судового розгляду.

<sup>19</sup> BGHSt 7, 218, (221); BGH, NJW 1956, 1646 (1647).

<sup>20</sup> Kischel, Die Begründung, 2003, S. 55

<sup>21</sup> Порівн.: Degenhart, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 52.

<sup>22</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 5; Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 35; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 594.

<sup>23</sup> von Coelln, Der Zutritt von Journalisten zu öffentlichen Gerichtsverhandlungen, DÖV 2006, 804 (806); Degenhart, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42.

<sup>24</sup> З цього приводу: BVerfG, DVBl. 2013, 719.

### 2.3.1.1 *Суперечливі інтереси причетних до процесу*

Через присутність у суді громадськості і можливість поширення представниками ЗМІ, що в ньому перебувають, відомостей, які оголошуються в провадженні причетними до нього, ці відомості можуть стати відомими широкій публіці, причому далі ті, хто оголосив ті чи інші відомості, втрачають вплив на їх подальше поширення. Як при встановленні обставин / фактів справи, так і при правовій оцінці можуть стати загальновідомими обставини особистої життєвої сфери з потенційною здатністю значного впливу на приватну чи інтимну сферу. Це стосується насамперед кримінальних проваджень, а також тих причетних до них осіб, які не з власної волі опинились в емоційно напружених обставинах. Публічна увага і можливий негативний вплив, пов'язаний із публічним висвітленням в ЗМІ, посилюють такого роду ефекти<sup>25</sup>.

Ці інтереси причетних підлягають захисту загальним правом на власну особистість (абз. 1 ст. 2 в поєднанні з абз. 1 ст. 1 Основного закону) в спеціальній формі, у якій виражається право на інформаційне самовизначення<sup>26</sup>. Якщо контроль з боку громадськості вимагає передусім принципової присутності і простежуваності / осмисленості ходу провадження, не існує гідного захисту інтересу до ознайомлення з кожною інформацією, в тому числі й з тісно пов'язаною з особистістю<sup>27</sup>. Процес не обов'язково має відбуватись з максимальною публічністю<sup>28</sup>. Запобіжником загроз шкідливої публічності, серед іншого, є можливість повного виключення участі загалу відповідно до §171b Німецького закону про судоустрій (GVG), за умови, що гідні захисту інтереси заінтересованої особи переважають широкі суспільні інтереси. Вже саме дослівне формулювання цього положення виражає інструмент пошуку рівноваги, якого вимагають конституційні приписи.

Крім того, було обґрунтовано встановлення вимоги анонімізації з метою протидії порушенням загального права на власну особистість<sup>29</sup>. Поряд існує й інтерес реабілітації та ресоціалізації обвинуваченого у кримінальному провадженні, який відбув покарання і більше не хоче носити тавро публічного осуду<sup>30</sup>. Ця проблема загострюється в епоху диджиталізації настільки, що кожна замітка чи допис – у тому числі й засобів масової інформації – залишається в постійному доступі для великої кількості адресатів, і тому забуття здається просто неможливим. Однак Федеральний конституційний суд Німеччини бачить необхідність за таких обставин дати можливість нового

<sup>25</sup> BVerfGE 103, 44 (68); BVerfG, NJW 2009, 350 (351).

<sup>26</sup> BVerfGE 35, 202 (220); 103, 44 (64 f.); BVerfG, NJW 2017, 798 (798); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 43.

<sup>27</sup> BVerfGE 35, 202 (220); 103, 44 (64 f.); BVerfG NJW 2017, 798 (799); *Gierhake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1036).

<sup>28</sup> BVerfGE 103, 44 (64).

<sup>29</sup> З цього приводу всебічно: BVerfG, NJW 2017, 798; BGH, NStZ-RR 2018, 257.

<sup>30</sup> BVerfGE 35, 202 (233f.); 36, 174 (188); BVerfG, NJW-RR 2007, 1191 (1191).

старту без необхідності змушувати засудженого повторно пережити свої попередні дії<sup>31</sup>. У цій ситуації теж постає потреба відповідного балансу<sup>32</sup> між поширенням інформації, що становить суспільний інтерес, і правом на інформаційне самовизначення – тобто «правом на забуття», яке належить заінтересованій особі – що може призвести до обмеження принципу публічності.

Хоча злочинець, засуджений вироком, що набув законної сили, повинен певною мірою поступитись перед інтересом громадськості до інформації, такий тягар не може бути перекладений на плечі обвинуваченої, але ще не засудженої особи<sup>33</sup>. Презумпція невинуватості, що існує до винесення вироку, вимагає відповідних обмежень при інформуванні загалу до того, як вирок буде ухвалено<sup>34</sup>, зокрема для того, щоб у випадку виправдувального вироку не ускладнювати наступну можливість реінтеграції<sup>35</sup>.

### 2.3.1.2 *Пошук істини як суперечливий / протилежний інтерес*

Як протилежний / суперечливий інтерес можна згадати небезпеку впливу громадської думки на процес і на безперешкодне встановлення обставин справи. Формуючи громадську думку, що значною мірою забезпечується засобами масової інформації, можна породити небезпеку того, що суди вирішуватимуть більше у дусі «загальноновизнаної думки» і, відтак, не керуватимуться виключно потребами встановлення об'єктивних фактів / істини<sup>36</sup>. Це особливо слушно, коли висвітлення в ЗМІ формує упередження і необ'єктивність.

### 2.3.2 *Диференційоване порівняння («зважування») інтересів*

Для досягнення мети публічності та водночас уникнення непропорційного обтяження суперечливих інтересів заінтересованих сторін та зацікавленості загалу в об'єктивності рішення потрібен диференційований та справедливий баланс інтересів.

#### 2.3.2.1 *Публічність залу судових засідань та засоби масової інформації*

Хоча в абз. 1 § 169 Німецького закону про судоустрій (GVG) законодавець і наділяє принцип публічності певним пріоритетом, але тут же у свою чергу й обмежує сферу його дії подальшими положеннями § 169 і наступних

<sup>31</sup> BVerfG, NJW 2020, 300 (309).

<sup>32</sup> BVerfG, NJW 2020, 300 (306).

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2009, 350 (351).

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2009, 350 (351); *Franke*, Öffentlichkeit im Strafverfahren, NJW 2016, 2618 (2618); *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 44.

<sup>35</sup> Порівн. BVerfGE 103, 44 (68).

<sup>36</sup> *Gierhake*, Zur Begründung der Öffentlichkeit im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1034).

Німецького закону про судоустрій (GVG), спеціально регламентуючи підстави для виключення дії цього принципу<sup>37</sup>. По суті, суд сам, маючи в залі судових засідань поліційну владу згідно з § 176 Німецького закону про судоустрій (GVG), повинен забезпечити безперешкодне з'ясування обставин справи та обмежити тягар, який у зв'язку з цим лягає на сторони, якщо втручання публіки, зокрема представників засобів масової інформації, відбувається поза законними межами<sup>38</sup>.

Ситуація посиленого тиску на сторін та свідків через присутність публіки / громадськості повинна бути сприйнята в постійному самоствердженні, оскільки, особливо у кримінальному провадженні, це не в останню чергу служить для захисту обвинуваченого від свавільних рішень судової влади<sup>39</sup>. Крім того, загроза стати жертвою «народного гніву» тощо має швидше абстрактний характер. Суд, як правило, складається з професійних суддів, що провели багато років у навчанні й набули професійного досвіду, і за ними можна припустити наявність певного ступеня самостійності і стійкості до критики<sup>40</sup>. Отже, лише існування можливості впливу не може виправдати обмеження принципу публічності. Однак інша ситуація складається, якщо встановлення обставин справи перебуває під латентним тиском з боку громадськості і представників засобів масової інформації, наприклад, з огляду на їхній вплив на свідків<sup>41</sup>.

Загроза часткової упередженості і скандали в ЗМІ, зрештою, вимагають лише запобігати цьому, встановлюючи відповідні передумови і правила висвітлення. Адже засоби масової інформації слугують сьогодні оповідачами складних процесів, які індивід самостійно охопити нездатний, також ЗМІ переважно найбільшою мірою визначають зміст правової комунікації індивіда-неспеціаліста<sup>42</sup>. Зачепленим особам тут залишається ще можливість звертатись до цивільних судів, опираючись тим заявами, які виходять за межі допустимого рівня, а при порушеннях приписів кримінального права, як-от § 33 Закону про авторське право на твори образотворчого мистецтва та фотографії (KunstUrhG) або § 185 і далі Кримінального кодексу – до правоохоронних органів.

<sup>37</sup> Наприклад: § 48 JGG.

<sup>38</sup> BVerfG, NJW 1995, 184 (185); порівн.: BT-Drucks. IV/178, S. 45 f.

<sup>39</sup> Порівн. *Gierhake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1034).

<sup>40</sup> У цьому розумінні також: *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 44.

<sup>41</sup> BVerfGE 103, 44 (68 f.).

<sup>42</sup> *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42; BT-Drucks. 18/10144. S. 14.

### 2.3.2.2 Особливий розклад інтересів при звуко- та кінозаписах

Спеціальне обмеження публікації передбачає речення 2 абз. 1 § 169 Німецького закону про судоустрій (GVG), що забороняє записи у вигляді аудіо- та телевізійних записів, а також аудіо- та відеозаписів після початку судового засідання, якщо вони здійснюються з метою публічної презентації або публікації. Хоча цю заборону іноді підважують винятки, передбачені абз. 2 та абз. 3 § 169 Німецького закону про судоустрій (GVG) або § 17а Закону про Федеральний конституційний суд Німеччини (BVerfGG), вона залишається в принципі чинною з огляду на обмежену сферу їхнього застосування. Крім того, конституційні правила не передбачають права на звуко- та відеозаписи<sup>43</sup>.

Водночас унікальна вага засобів масової інформації як посередника для загалу дає підстави перевірити, чи не було б більш слушним призначити до ЗМІ задоволення конфліктуючих інтересів. До того ж, з погляду демократичного контролю простий показ фільмів та прослухування звукозаписів допомагають сформувати у загалу чітке уявлення про судовий процес. Як корисне супутнє явище слід сприймати і зростання розуміння громадськістю німецького права, адже досі уявлення про судовий процес формується радше американськими серіалами та фільмами як продукт поп-культури.

Разом із тим у повідомленнях ЗМІ, незалежно від того, в якого типу виданні, дописи чи передачі, існуватиме ризик спотворення заради особливої сенсаційності в умовах конкуренції на ринку розваг<sup>44</sup>. Однак простого ризику спотворення недостатньо для обов'язкової їй всезагальної заборони. Індивідуальне, наступне застосування санкцій до засобів масової інформації, що поширюють відомості, обсяг яких перевищує межі допустимості, стане менш обтяжливим заходом, і таким чином сформує більш розумний баланс інтересів. Однак такі санкції, з огляду на захищені правові цінності носіїв відповідних прав, розгортають неоднакову захисту дію. Адже руйнування / деградація / приниження особи та її репутації в очах загалу, що може стати наслідком відповідних повідомлень, вже не може бути надійно виправлене, як тільки з'явиться відповідний образ. Як показує досвід, часто навіть виправдувальний судовий вирок, ухвалений потім, не гарантує відновлення репутації тих, чий образ зазнав публічної шкоди.

І в аудіозаписах, і у відеозйомці особлива небезпека випливає з перетворення постраждалих на об'єкт для споглядання, виставковий екземпляр, що і принижує людську гідність, і суперечить принципу справедливого судового провадження<sup>45</sup>. Адже саме через відеозаписи індивіди стануть впізнаваними, завдяки чому відбувається концентрація уваги на окремих

<sup>43</sup> BVerfG, NJW 1993, 915 (915).

<sup>44</sup> BVerfGE 103, 44 (67); *Stürmer*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (701).

<sup>45</sup> *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 23; *Kaulbach*, Moderne Medien in der Gerichtsverhandlung, ZRP 2009, 236 (238).



людині. Таке пов'язування певного предмета (спору – *прим. перекл.*) до конкретної людини є набагато інтенсивнішим втручанням в інформаційне самовизначення сторін, ніж у разі – зрозумілого для Суду<sup>46</sup> – звичного висвітлення подій у залі судових засідань та у ЗМІ. Це значно підсилює необмежена повторюваність і достовірність, що досягається передачею зображення<sup>47</sup>.

Інформаційна цінність звуко- та відеозаписів є, до того ж, досить низькою<sup>48</sup>, і може навіть поставити під загрозу мету – демократичний контроль з боку громадськості. При цьому слід завжди брати до уваги, що образи швидко породжують симпатію, яка, разом з іншими судженнями про особу, не має стосунку до об'єктивності рішення суду<sup>49</sup>. Крім того, постає загроза, що вимовлені в слуханнях слова і створений монтажем контекстний відеозвіт про процес здатні спотворити сформульоване процесом обґрунтування причини, зайнявши поверховими судженнями місце власне обставин і висновків суду в рішенні<sup>50</sup>.

Тим не менше законодавчий орган, прийнявши «Закон про розширення медійної присутності в судових провадженнях і поліпшення допомоги в комунікації людям з порушеннями слуху та мови» від 8 жовтня 2017 р., децю пом'якшив загальну заборону запису засідань, щоб пристосуватися до зростання інтересу до судів з боку ЗМІ. Нове регулювання, щоправда, не потягнуло за собою загальної лібералізації, призвівши лише до дозволу на запис звуку й зображення при оголошенні рішень у федеральних судах (абз. 3 § 169 Німецького закону про судоустрій (GVG)), а також запису звуку і відео з науковими та історичними цілями (абз. 2 § 169 Німецького закону про судоустрій (GVG)). Але це дозволяє визнати – з урахуванням протилежно спрямованих інтересів<sup>51</sup> – готовність до більш поглибленої модернізації процедур, враховуючи зміни в середовищі ЗМІ щодо публічності.

### 3 Обґрунтування рішень суду і публічність

Поряд з принципом публічності демократичну легітиміацію судової влади забезпечують обґрунтування та публікація судових рішень. Адже громадськість і, зрештою, носій влади має таким чином можливість здобути відомості про

<sup>46</sup> Zimmermann, in: MüKoZPO, 5. Auflage 2017, § 169 Rn. 33; Allgayer, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 23.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 1995, 185 (185).

<sup>48</sup> Eckertz-Höfer, Fernsehöffentlichkeit im Gerichtssaal, DVBl. 2012, 389 (390).

<sup>49</sup> Stürner, Gerichtsoffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (703).

<sup>50</sup> Franke, Öffentlichkeit im Strafverfahren, NJW 2016, 2618 (2620); Allgayer, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 29.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 18/10144, S. 15.

тлумачення й застосування закону, увійти з цього приводу в дискурс і ініціювати, за необхідності, зміни в законодавстві.

### 3.1 Обов'язок мотивувати / обґрунтувати рішення

Обов'язок мотивувати причини може бути виведений як із простого закону, так і з конституції. Насамперед зобов'язання обґрунтувати рішення передбачають процесуальні норми<sup>52</sup>. Це також впливає з принципу правової держави<sup>53</sup>, а також із абз. 1 ст. 6 ЄКПЛ<sup>54</sup>. Сенс та мета мотивації рішення, з одного боку, полягає в інформуванні причетних про фактичні та правові міркування, на яких базується рішення, а з другого, – в забезпеченні можливості апеляційного суду переглянути це рішення<sup>55</sup>. Водночас рішення суду чинить ефект легітимізації, якщо його приймають сторони та інші причетні особи<sup>56</sup>. Основна передумова цього полягає в тому, що причетні – і зокрема сторона, що програла в спорі – вважають рішення правильним<sup>57</sup>. Прийняття рішення тісно пов'язане з його зрозумілістю і можливістю перевірки<sup>58</sup>. З цієї причини рішення має бути обґрунтоване, тобто викладене таким чином, що міркування та висновки суду стають зрозумілими і відтворюваними для сторін<sup>59</sup>. Разом із тим простежуваність / відтворюваність рішення, знову ж, використовується для контролю з боку загалу<sup>60</sup> і, отже, для демократичної підзвітності судової влади.

### 3.2 Публічність судового рішення / вироку

Лише з публікацією рішення може контролювати загал і, зокрема, фахова публіка, крім тих, хто безпосередньо бере участь у рамках конкретної процедури<sup>61</sup>. Отже, гласності, публічності рішення надається особливе значення як інструменту демократичного контролю.

#### 3.2.1 Широкий загал

Широка громадськість може, зокрема, знайомитись із судовими рішеннями через доступ до баз даних, публічних вебсайтів судів, журналів і преси в цілому.

<sup>52</sup> Наприклад: § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 117 Abs. 2 Nr. 5 VwGO; порівн.: § 338 Abs. 1 Nr. 7 StPO.

<sup>53</sup> *Vofskuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680); порівн.: OLG Saarbrücken, FamRZ 1993, 1098 (1099); *Musielak*, MüKoZPO, 6. Auflage 2020, § 313 Rn. 16.

<sup>54</sup> EGMR, NJW 1999, 2429 (2429).

<sup>55</sup> BVerwG, NJW 1998, 3290 (3290).

<sup>56</sup> *Vofskuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (681).

<sup>57</sup> *Saenger*, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 313 Rn. 26.

<sup>58</sup> З цього приводу всебічно: *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 52 ff.

<sup>59</sup> Порівн. *Musielak*, MüKoZPO, 6. Auflage 2020, § 313 Rn. 4.

<sup>60</sup> *Saenger*, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 313 Rn. 2.

<sup>61</sup> *Vofskuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680).

Цифровий доступ значно спростив ознайомлення і посприяв підвищенню обізнаності публіки. Однак доставка сторонам процесу судових документів передбачена процедурними правилами<sup>62</sup>, чого, натомість, немає для публікації судових рішень. Суд, натомість, вирішує, в якій формі і чи взагалі будуть опубліковані судові рішення. Однак із принципу правової держави в поєднанні з обов'язком держави забезпечити правосуддя, з вимоги панування демократії, а також із принципу розподілу влади впливає обов'язок публікувати судові рішення, принаймні ті, які гідні публікації<sup>63</sup>. Адаже з погляду демократичного контролю публікація рішення є необхідною умовою для того, щоб за потреби вдатись до зміни закону<sup>64</sup>. Мірилом того, чи є рішення гідним публікації, служить фактичний чи імовірний суспільний інтерес та заінтересованість тих, хто шукає правового захисту в таких питаннях, незалежно від того, про який конкретно суд йдеться і яка інстанція відповідне рішення прийняла<sup>65</sup>.

З огляду на потреби демократичного контролю широке оприлюднення судових рішень можна тільки вітати, навіть понад передбачену конституційними приписами міру. На додаток до обов'язку публікувати судові рішення, гідні оприлюднення, Федеральний верховний суд у цивільних справах підтвердив у рішенні за відповідним позовом право заінтересованих третіх осіб у доступі до анонімізованих судових рішень<sup>66</sup>, але у кримінальних справах у такому доступі відмовлено<sup>67</sup>. І як свідчать ці рішення, слід зважати на суперечливі правові цінності – як-от загального права на власну особистість причетної особи – на належний захист цих цінностей. Переважно вже анонімізації рішення для цього буде достатньо. А демократичному контролю, на який слід завжди зважати і належно враховувати проти суперечливих інтересів<sup>68</sup>, це, як правило, не заважає, оскільки застосування та тлумачення права можна простежити незалежно від ідентифікації заінтересованої особи.

### 3.2.2 *Правовий статус преси*

Особливе значення при доступі загалу до судових рішень має преса, яка своїм інформуванням доводить до широкої громадськості і ті рішення, що не були опубліковані – доводячи суть рішення до переважно юридично некваліфікованих суспільних кіл. Тому преса має підстави заявляти більш далекосяжні претензії на доступ до судових рішень. У цьому стосунку закони федеральних земель про пресу породжують претензію на інформацію від

<sup>62</sup> BVerfG, NJW 2015, 3708 (3079).

<sup>63</sup> BVerfG NJW 1997, 2694 (2694 f.); 2015, 3708 (3079); OLG München, OLGZ 84, 477 (479); OVG Bremen, JZ 1989, 633 (635); *Hirte*, Mitteilung und Publikation von Gerichtsentscheidungen, NJW 1988, 1698 (1700).

<sup>64</sup> BVerfG, NJW 1997, 2694 (2695).

<sup>65</sup> BVerfG, NJW 1997, 2694 (2695).

<sup>66</sup> BGH, NJW 2017, 1819 (1820).

<sup>67</sup> BGH, NJW 2018, 3124 (3123).

<sup>68</sup> Порівн.: BVerfG, NJW 2015, 3708 (3709); BVerfGE 35, 202 (233).

органів влади<sup>69</sup>, що стосується в тому числі й судів<sup>70</sup>. З конституційно-правового погляду розгортає чинність свобода преси, передбачена реченням 2 абз. 1 ст. 5 Основного закону, разом із закріпленням у ній правом на інформацію<sup>71</sup>, адже лише безперешкодний доступ до інформації як принцип дозволяє пресі ефективно виконувати ті функції, які належать їй в умовах вільної демократії<sup>72</sup>. Таким чином, реалізуючи свою посередницьку функцію, преса сприяє демократичному контролю над судовою системою. Але й право на інформацію, яке належить пресі, не може, однак, обходитись без меж в умовах суперечливості протилежно спрямованих правових інтересів. Тут, зокрема, знову ж нагадує про себе загальне право на власну особистість зачепленої особи, так що за певних обставин – особливо у випадку судових рішень у кримінальних провадженнях – після зважування суперечливих інтересів може постати необхідність анонімізації судового рішення<sup>73</sup>.

#### 4 Висновок

Демократичний контроль над судовою системою відбувається передусім завдяки тому, що громадськості забезпечено доступ до дій судів та їхніх рішень. Спочатку це стосується публічності судових засідань. Однак його також забезпечує обов'язок суду мотивувати / обґрунтовувати, а також публікувати судові рішення. Суперечливі/протилежні інтереси, зокрема загальне право на власну особистість причетних та конституційний інтерес у встановленні дійних обставин справи можуть вимагати обмежень публічності як засідань, так і рішень. Незважаючи на те, що засобам масової інформації належить особлива позиція опосередкування / поширення відомостей, широку підтримку має погляд, що звуко- і відеозапис у судовому провадженні допускаться не повинні. Попри це, зміни в середовищі ЗМІ сприяють ширшому розповсюдженню судових рішень, одночасно посилюючи можливості демократичного контролю.

---

<sup>69</sup> Наприклад: § 4 Abs. 1 S. 1 BayPrG, § 4 Abs. 1 PresseG NRW, § 4 Abs. 1 Nds. PresseG.

<sup>70</sup> *Söder*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 30. Edition, Stand: 01.11.2020, § 4 BayPrG Rn. 10; *Engel*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 30. Edition, Stand: 01.08.2019, § 4 Rn. 9.

<sup>71</sup> Стала судова практика, порівн.: BVerfG, NVwZ 2020, 1360 (1361); NVwZ 2013, 1006 (1007); *Starck/Paulus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 5 Rn. 149.

<sup>72</sup> BVerfGE 50, 234 (240).

<sup>73</sup> BVerfG, NJW 2015, 3708 (3710).

# Демократичний контроль за судовою владою

*Анна Юшак / проф. д-р Валерія Погодинок / Проф. д-р Роман Мельник*

## 1 Належне обґрунтування судового рішення як основа демократичного контролю

Утвердження правової держави, полягає, зокрема, у гарантуванні кожному судового захисту прав і свобод, а також у запровадженні механізму такого захисту.

### 1.1 Судовий контроль в демократичній Україні: конституційні положення.

Частина 1 ст. 55 Конституції України встановлює, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Як визначив Конституційний Суд України, це положення треба розуміти так, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод (рішення № 9-зп від 25 грудня 1997 р.<sup>1</sup>).

Згідно з ч. 2 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Конституційний Суд

---

<sup>1</sup> *Офіційний вісник України*. 1998. № 1. Ст. 25.

роз'яснив, що зазначене конституційне право стосується *будь-яких* рішень, дій чи бездіяльності *всіх* суб'єктів владних повноважень (рішення № 19-рп/2011 від 14 грудня 2011 р.<sup>2</sup>).

У Рішенні від 25 листопада 1997 р. №6-зп Конституційним Судом України сформульовано правову позицію, за якою удосконалення законодавства в контексті ст. 55 Конституції України має бути поступовою тенденцією, спрямованою на розширення судового захисту прав і свобод людини, зокрема *судового контролю* за правомірністю і обґрунтованістю рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень (п. 2 мотивувальної частини)<sup>3</sup> Ця правова позиція кореспондується з положеннями ст. 13 Європейської конвенції про права людини щодо ефективного засобу правового захисту від порушень, вчинених особами, які здійснюють свої офіційні повноваження.

Тут слід згадати про те, що Україна є пострадянською державою. В умовах радянського тоталітарного ладу законодавство про судову систему будувалося на ідеологічній догмі П. Стучки про те, що «...радянська влада ...є одночасно владою законодавчою, виконавчою і судовою. Вона не заперечує технічного розподілу праці, але відмовляється від лицемірної теорії розподілу влад»<sup>4</sup>. Суди повинні були виконувати соціально-політичне замовлення державних та партійних органів влади, а система радянського правосуддя перебувала у залежності від політичних та виконавчих структур<sup>5</sup>. За таких обставин про здійснення судами функції демократичного контролю не могло і йтися. З огляду на радянське минуле, Україна не мала змоги сформувати глибоку національну традицію судового контролю і досі перебуває у пошуку власного шляху в цій царині. Важливими орієнтирами тут виступають конвенції, резолюції та рекомендації стосовно шляхів покращення доступу до правосуддя та вимог до його якості, прийняті під егідою Ради Європи (відповідно, і у цьому дослідженні право Ради Європи відіграє провідну роль).

## 1.2 Умотивованість судових рішень та право на справедливий суд

Стаття 6 Європейської конвенції з прав людини (далі – Конвенція) встановлює, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом (*право на справедливий суд*). Важливим елементом права на справедливий суд є чіткі вмотивованість та обґрунтування судових рішень.

Як визначила Консультативна рада європейських суддів (далі – КРЕС) у Висновку № 11 (2008) про якість судових рішень, судові рішення високої

<sup>2</sup> Офіційний вісник України. 2012. № 101. Ст. 3724.

<sup>3</sup> Офіційний вісник України. 2003. № 28. Ст. 1377.

<sup>4</sup> Стучка П. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латгосиздат, 1964. С. 264.

<sup>5</sup> Суд радянської доби. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. 2012. № 2 (6) (Серія «Право»). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12hvorsrd.pdf>.

якості – це рішення, яке досягає правильного результату, наскільки це дозволяють надані судді матеріали, у справедливий, швидкий, зрозумілий та однозначний спосіб (п. 3 Висновку № 11 (2008))<sup>6</sup>.

У свою чергу, якість судового рішення залежить головним чином від якості його вмотивованості. Виклад мотивів прийняття рішення не лише полегшує розуміння судового рішення та сприяє визнанню сторонами його суті, а й насамперед являє собою гарантію проти нелегітимних рішень. По-перше, виклад мотивів зобов'язує суддю дати відповідь на аргументи сторін та вказати на доводи, що лежать в основі рішення й забезпечують його законність; по-друге, це дає можливість суспільству зрозуміти, яким чином функціонує судова система (п. п. 34–35 Висновку №11 (2008)).

Право сторони на вмотивоване судове рішення, а відтак і обов'язок суду мотивувати судові рішення, визнані у практиці Європейського суду з прав людини. Так, у справі «Проніна проти України» (заява № 63566/00) йшлося про таке. Пенсіонерка Світлана Проніна звернулася до міського суду з позовом до пенсійного органу у зв'язку з відмовою нарахувати їй більшу пенсію. У своєму позові вона стверджувала, що відповідно до ст. 46 Конституції України пенсія не може бути нижчою за прожитковий мінімум, тимчасом як призначена їй пенсія є нижчою. Міський суд, пославшись на Закон України «Про пенсійне забезпечення», у задоволенні позову відмовив. Суд вищої інстанції залишив це рішення в силі, жодним чином не відреагувавши на аргумент позивачки щодо вимоги Конституції.

ЄСПЛ вказав, що «... У цій справі заявниця зверталась до національних судів з вимогою вирішити її спір щодо пенсії з органами соціального забезпечення. Заявниця посилалася, зокрема, на положення статті 46 Конституції, заявляючи, що її пенсія не повинна бути нижчою за прожитковий мінімум. Однак національні суди не вчинили жодної спроби проаналізувати позов заявниці під цим кутом зору, попри пряме посилання у кожній судовій інстанції. Не у компетенції Суду вирішувати, який шлях міг би бути найадекватнішим для національних судів при розгляді цього аргументу. Однак, на думку Суду, національні суди, цілком ігноруючи цей момент, хоча він був специфічним, доречним та важливим, не виконали свої зобов'язання щодо пункту 1 статті 6 Конвенції» (п. п. 23, 25)<sup>7</sup>.

Як зазначила КРЕС, «мотиви прийняття рішення повинні бути узгодженими, зрозумілими, недвозначними й несуперечливими. Вони повинні давати можливість читачеві простежити логіку мотивації, яка привела суддю до ухвалення рішення... При викладенні мотивів прийняття рішення слід відповісти на аргументи сторін, тобто на кожен окремих пункт вимог та аргументи захисту. Це є важливою гарантією, яка дає можливість сторонам переконатися в тому, що їхні доводи були вивчені, а отже, суддя взяв їх до уваги.

<sup>6</sup> Висновок №11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про якість судових рішень. URL: <https://rm.coe.int/opinion-n-11-2008-on-the-quality-of-judicial-decisions-/16806a1fbc>.

<sup>7</sup> *Офіційний вісник України*. 2006. № 47. Ст. 3182.

Обґрунтування не повинно містити жодних образливих або критичних зауважень щодо сторін (п. п. 36, 38 Висновку № 11 (2008)).

### 1.3 Сторона, що програла спір – ключовий адресат судового рішення!

В Україні форма текстуальної презентації судового рішення відрізняється від прийнятої в Німеччині. У Німеччині власне рішення у справі подається *на початку* процесуального документа. Це визначає характеристику судового стилю в німецькій літературі: «Відмітною рисою судового стилю є висунення на перший план єдиного і остаточного, завершеного рішення, яке надалі підлягає детальному і логічному обґрунтуванню. «А. має право вимагати у В. передачі речі на підставі ст. 985 BGB», – зазначається як доконаний факт, оскільки перевірку того, чи справді А. належить право вимоги до В. вже в деталях здійснено і на вихідне питання отримано ствердну відповідь. Міркування, які привели до вказаного результату, викладаються в суворій відповідності до правил субсумції і, по можливості, у «проблемоорієнтований» спосіб<sup>8</sup>.

В Україні ж резолютивна частина розташовується наприкінці судового рішення. Втім, у будь-якому випадку мотивувальна частина слугує меті обґрунтування резолютивної частини, передусім в очах сторони, яка програла спір.

Зазвичай сторона, яка виграла справу, задоволена результатом. Уже сам факт перемоги її тішить. Так, їй приємно знайти у судовому рішенні аргументи на користь своєї позиції, але визнати сторону-переможця прискіпливим і вимогливим читачем не можна. Її не потрібно переконувати у тому, що вона має рацію, вона й так у цьому впевнена.

У разі часткового задоволення вимог сторона потребуватиме аргументів, що стали основою для відхилення інших її вимог. Така сторона потенційно заінтересована в оскарженні судового рішення, якщо вимоги, які не було задоволено, мають для неї важливе значення. Тому вона буде більш прискіплива до змісту судового рішення.

І, звичайно ж, сторона, яка програла справу, – це найбільш уважний читач. Такій стороні важливо зрозуміти, чому вона програла<sup>9</sup>.

На необхідність приділення першочергової уваги стороні, яка програла справу, влучно звернули увагу автори посібника для суддів з написання судових рішень, виданого в рамках Проекту USAID «Україна: верховенство права»: «Часто у текстах судових рішень кілька сторінок відводиться на аналіз позицій як сторони, що виграла, так і тієї, що програла. Нерідко увага приділяється головним чином позиції чи аргументам сторони-переможниці. Однак

<sup>8</sup> Bringewat P. Methodik der juristischen Fallbearbeitung. 3. Auflage. Kohlhammer, 2016. S. 58.

<sup>9</sup> Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. Київ: Дрім Арт, 2013. С. 14–15.



докладний розгляд позицій обох сторін часто веде до повторення сказаного раніше і не є необхідним. У багатьох випадках відхилення чи спростування позиції сторони, що програла, означає визнання правильності позиції сторони, що виграла. Іншими словами, у багатьох справах, розглянутих судами першої та апеляційної інстанцій, одна сторона обстоює твердження «Х», тимчасом як інша наполягає на твердженні «не-Х». У таких випадках аналітичне спростування «не-Х» фактично означає підтвердження «Х». У такому разі особа, що пише текст рішення, повинна усвідомлювати занепокоєність сторони, що програла, питанням справедливості і присвятити аналітичну частину рішення спростуванню позиції цієї сторони, а не підтвердженню позиції сторони-переможниці<sup>10</sup>.

Р. Куйбіда та О. Сироїд звертають увагу на те, що контраргументи суду мають давати чітке уявлення про те, *чому* суд відхиляє аргументи сторони. Тут недостатньо сказати щось на зразок «позиція відповідача є більш переконливою, ніж позиція позивача» або «твердження відповідача є неправильним, оскільки позивач діяв правомірно». Це, швидше, висновок із аналізу, який провів суд. Але цей аналіз доцільно відтворити у судовому рішенні<sup>11</sup>. При цьому виклад мотивів прийняття рішення не повинен неодмінно бути довгим, оскільки слід знайти відповідний баланс між стислістю та належним розумінням ухваленого рішення (п. 40 Висновку № 11 (2008)).

Аналіз текстів рішень українських судів, зокрема, адміністративних судів, свідчить, що ці рекомендації виконуються далеко не завжди. Справедливості заради слід зазначити, що з плином часу якість вітчизняних судових рішень покращується. Так, адміністративні суди як спеціалізовані суди, що розглядають скарги фізичних та юридичних осіб на дії або бездіяльність суб'єктів владних повноважень в Україні, було створено після набрання чинності Кодексом адміністративного судочинства України 2005 р. Якщо ранній етап діяльності таких судів характеризувався надміру лаконічними шаблонними рішеннями (особливо це стосувалося рішень за скаргами на рішення податкових органів про застосування фінансових санкцій), то наразі рішення суттєво «виросли» з точки зору як їх обсягу, так і глибини деталізації. Втім, і зараз у переважній більшості рішень краще представлена позиція сторони, яка *виграла* спір (адже саме вона збігається з позицією самого суду!).

Крім того, суди в Україні зловживають цитуванням законодавства. Велике за обсягом (і, напевно, якісне з точки зору суду) рішення зазвичай містить посилання на усі релевантні з точки зору суду норми з *дослівним відтворенням тексту таких норм*. Тобто, має місце механічне копіювання відповідних статей (частин статей) з електронних текстів актів законодавства в текст судового

<sup>10</sup> Хоффер Р., Нетесаїм Н. Написання судових рішень. Посібник для суддів. Київ: Проект USAID «Україна: верховенство права», 2010. С. 11–12.

<sup>11</sup> Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. Київ: Дрім Арт, 2013. С.16.

рішення<sup>12</sup>. Проблема полягає у тому, що суд не намагається пояснити, яким саме чином та чи інша норма конкретно впливає на вирішення спору (а часто насправді й не впливає взагалі, тобто норма не є релевантною). Внаслідок нагромадження в судовому рішенні цитат із законодавства трапляється, що аргументи сторін у спорі просто важко відшукати, а саме рішення є вкрай складним для прочитання й розуміння.

#### 1.4 Практика ЄСПЛ: несподіванки в застосуванні

Інша, специфічна саме для України проблема якості судових рішень в аспекті їх обґрунтування пов'язана з використанням практики ЄСПЛ. Стаття 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. встановлює, що українські суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. У свою чергу, судова реформа в Україні проходить під гаслом якнайбільш повного застосування практики ЄСПЛ при здійсненні правосуддя. Окрім очевидних позитивів, це принесло й несподівані наслідки швидше негативного забарвлення.

Насамперед слід згадати проблему із релевантним застосуванням практики ЄСПЛ. Ця проблема виявляється у тому, що в українських судових рішеннях цитуються рішення ЄСПЛ, які, просто кажучи, «не про те». За твердженням начальника відділу Департаменту виконання рішень ЄСПЛ Генерального директорату з прав людини та верховенства права Ради Європи Павла Пушкаря та керівника Департаменту аналітичної та правової роботи Верховного Суду Расіма Бабанлі: «Іноколи недоречно застосування практики ЄСПЛ виявляється у використанні цитат із рішень, які були сформульовані Судом за принципово інших обставин або таких, які обґрунтовують інші правові висновки, яких досяг Суд. Часто можна побачити посилання на рішення ЄСПЛ без контексту самої норми Конвенції, яка має застосовуватися, або без самого фактичного контексту рішення. Довільне трактування таких цитат, які іноді не відображають саму правову позицію ЄСПЛ, закріплену у справі, досить часто має місце навіть без ознайомлення з повним текстом рішення ЄСПЛ. Таке застосування практики ЄСПЛ може призводити до того, що певна правова проблема хоча наче й вирішується відповідно до загальновизнаних стандартів практики ЄСПЛ, однак насправді не враховуватиме цілком протилежну ситуацію»<sup>13</sup>.

Ще більш парадоксальною і гострою проблемою є використання рішень ЄСПЛ... з метою обстоювання прямо протилежних ідей! Особливо

<sup>12</sup> Див. напр. рішення Чернівецького окружного адміністративного суду від 25 березня 2020 р. у справі № 824/29/20-а. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88428433>.

<sup>13</sup> Бабанлі Р., Пушкарь П. До питання про (не)релевантне застосування практики Європейського суду з прав людини: практичні поради. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/140972-do-pitannya-pro-ne-relevantne-zastosuvannya-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-praktichni-poradi>.

прикметним у цьому плані є рішення від 10 травня 2010 р. у справі «Серявін та інші проти України» (заява № 4909/04). Усього в Єдиному державному реєстрі судових рішень налічується понад 15 тисяч актів правосуддя, в яких згадується наведене рішення ЄСПЛ. Найчастіше трапляються випадки цитування п. 58 рішення: *«Хоч пункт 1 частини 6 Конвенції зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, його не можна тлумачити як такий, що вимагає детальної відповіді на кожен аргумент. Міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною залежно від характеру рішення»*<sup>14</sup>. При цьому зазвичай це посилання слугує меті відхилення аргументів сторін без зазначення жодних мотивів такого відхилення.

Так, у справі про відвід судді в кримінальному провадженні суд процитував вищезазначений пункт рішення у справі «Серявін та інші проти України», а також і п. 41 Висновку № 11 (2008), згідно з яким «обов'язок суддів викладати мотиви рішень не означає необхідності відповідати на кожен аргумент захисту на підтримку кожної позиції захисту. Обсяг цього обов'язку може змінюватися залежно від характеру рішення. Згідно з практикою ЄСПЛ очікуваний обсяг мотивації рішення залежить від різних доводів, наведених кожною зі сторін, а також від різних правових положень, звичаїв та доктринальних принципів, а крім того, ще й від неоднакових практик підготовки та ухвалення рішень у різних країнах». Лише на підставі цього суд ухвалив рішення відмовити у клопотанні про відвід головуючого в провадженні<sup>15</sup>.

В іншій справі адміністративний суд зазначив, що право на вмотивованість судового рішення є складовою права на справедливий суд, гарантованого ст. 6 Конвенції. Це не завадило йому далі сказати, що «доводи скаржника, зазначені в апеляційній скарзі, ґрунтуються на довільному трактуванні фактичних обставин і норм матеріального права, а тому не вимагають детальної відповіді, оскільки, оцінюючи наведені сторонами доводи, апеляційний суд виходить з того, що всі конкретні, доречні та важливі доводи сторін були перевірені та проаналізовані судом першої інстанції, та їм було надано належну правову оцінку»<sup>16</sup>.

Тут було розглянуто лише частину проблем, які стосуються обґрунтування судових рішень в Україні і стоять на заваді ефективному здійсненню судами демократичного контролю. Підсумовуючи, можна сказати, що в обґрунтуванні судового рішення повинна виявляти себе завершена й зрозуміла догматика, яка в Україні дотепер не сформована.

Коріння таких проблем лежить в площині української юридичної освіти, здобувачі якої здебільшого елементарно не отримують навичок письмової юридичної аргументації. Традиційний для України абстрактно-описовий

<sup>14</sup> *Офіційний вісник України*. 2011. № 67. Ст. 2833.

<sup>15</sup> Ухвала Малиновського районного суду м. Одеси від 5 листопада 2018 р. у справі № 521/21817/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81831948/>.

<sup>16</sup> Постанова Восьмого адміністративного апеляційного суду від 17 березня 2020 р. у справі № 500/1971/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88273495>.

спосіб викладання не дає студентам змоги підготуватися до практичної юридичної діяльності, зокрема, до діяльності судді та помічника судді. Велику допомогу в цьому плані може надати досвід Німеччини, де в основі юридичної освіти лежить відпліфрована упродовж багатьох десятиліть методика вирішення юридичних казусів. Першим в Україні практичним керівництвом з повноцінного запровадження методики вирішення казусів як основоположної методики викладання правничих дисциплін є навчальний посібник «Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти»<sup>17</sup>. Окрему увагу у ньому приділено і судовому стилю.

## 2 Гласність судового процесу у сучасній медіакультурі

Гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами є основними засадами судочинства в Україні, що прямо визначено в п. 6 ст. 129 Конституції України<sup>18</sup>. Уже цей факт вказує на взаємопов'язаність основних складових понять даного розділу: «гласність» та «медіа», адже саме у медіа, як у частині публічного простору, може використовуватися зафіксована технічними засобами інформація про судовий процес та його результати.

### 2.1 Принцип гласності судочинства в законодавстві України.

Принцип гласності означає відкритість розгляду справ у судах, а саме: забезпечення можливості бути присутній на слуханні справи будь-якій особі, вільний доступ в зал судового засідання не тільки осіб, які беруть участь у справі, а й усіх інших осіб, що виявили бажання бути присутніми при вирішенні спору. До числа вказаних осіб належать також представники засобів масової інформації (далі – «ЗМІ»).

Відкритий розгляд справ, у свою чергу, відкриває дорогу до визнання й належного виконання міжнародних стандартів у сфері прав людини і справедливого суду шляхом надання можливості різним особам, в тому числі представникам моніторингових місій, безпосередньо ознайомитися з роботою суду, підвищуючи його відповідальність за законне і правильне вирішення справ, сприяючи зниженню суб'єктивізму суддів і дозволяючи всім бажаючим переконатися в дотриманні встановлених процесуальним законом правових процедур розгляду справи<sup>19</sup>. Разом із тим сама судова влада як інститут та судді, які відправляють правосуддя, можуть бути заінтересовані у гласності судового

<sup>17</sup> Шлоер Б., Посидинок В., Лукач І., Косілова. О. Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти / за заг. ред. Р. Мельника. Київ: Видавничий дім «Гельветика», 2020. 160 с.

<sup>18</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>19</sup> Моніторинг судових процесів: посібник для практиків. URL: <https://www.osce.org/uk/odihr/233511?download=true>.

розгляду, оскільки вона може запобігти втручанню у їхню роботу з боку виконавчої та законодавчої гілок влади або будь-яких інших неналежних джерел та зміцнює довіру до судової системи.

Основними міжнародно-правовими актами з прав людини, у яких передбачена гласність (публічність) судового розгляду, є Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р., Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1959 р., Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. Вказані міжнародно-правові акти є чинними для України, а тому вона має міжнародно-правові зобов'язання забезпечення гарантій гласності судового розгляду у своєму національному законодавстві.

Окрім Конституції України, джерелами національного права, якими регулюється гласність судового процесу в країні, є: Закон України «Про судоустрій та статус суддів»<sup>20</sup> від 2 червня 2016 р., Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд»<sup>21</sup> від 12 лютого 2015 р., Закон України «Про доступ до судових рішень»<sup>22</sup> від 22 грудня 2005 р., Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р.<sup>23</sup> (далі – ЦПК), Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р.<sup>24</sup> (далі – ГПК), Кримінальний процесуальний кодекс України<sup>25</sup> від 13 квітня 2012 р. (далі – КПК), Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р.<sup>26</sup> (далі – КАСУ).

## 2.2 Гласність судового засідання та відкритість інформації щодо судових справ

Норми наведених положень національного законодавства України регулюють питання вільного доступу до судового засідання, містять положення, які розширюють або обмежують право відвідування відкритого засідання у господарських, кримінальних, цивільних справах, справах, що розглядаються в порядку адміністративного судочинства, або тих, що регулюють доступ до

---

<sup>20</sup> Про судоустрій та статус суддів: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>21</sup> Про забезпечення права на справедливий суд: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2015. № 18, 19–20. Ст. 132.

<sup>22</sup> Про доступ до судових рішень: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2006. № 15. Ст. 128.

<sup>23</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

<sup>24</sup> Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

<sup>25</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10, 11–12, № 13. Ст. 88.

<sup>26</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, 37. Ст. 446.

обвинувальних актів, вироків, рішень, постанов, ухвал, інших подібних судових документів.

Спільним для процесуальних кодексів України є такий підхід до закріплення принципів гласності та відкритості судового процесу:

- будь-яка особа має право бути присутньою у відкритому судовому засіданні. Від особи, яка бажає бути присутньою у судовому засіданні, забороняється вимагати будь-які документи, крім документа, що посвідчує особу;
- особи, присутні в залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити фотозйомку, відео- та аудіозапис з використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду, але з урахуванням обмежень, встановлених законом;
- судові рішення (повне або скорочене), ухвалені у відкритому судовому засіданні, оголошуються прилюдно;
- якщо судові рішення оголошуються прилюдно, учасники справи, інші особи, присутні у залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити в залі судового засідання фотозйомку, відеозапис, транслявання проголошення рішення по радіо і телебаченню, в мережі Інтернет.

Складовою частиною відкритості судового процесу є відкритість інформації щодо судових справ. У процесуальних кодексах України<sup>27</sup> знаходимо таке законодавче врегулювання даного питання:

- ніхто не може бути позбавлений права на інформацію про дату, час і місце розгляду своєї справи або обмежений у праві отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи. Будь-яка особа, яка не є учасником справи, має право на доступ до судових рішень у порядку, встановленому законом (ч. 1 ст. 8 ЦПК, ч. 1 ст. 9 ГПК, ч. 1 ст. 11 КАСУ);
- інформація щодо суду, який розглядає справу, учасників справи та предмета позову, дати надходження позовної заяви (скарги) або будь-якої іншої заяви або клопотання у справі, у тому числі особи, яка подала таку заяву, вжитих заходів забезпечення позову та (або) доказів, стадії розгляду справи, місця, дати і часу судового засідання, руху справи з одного суду до іншого, є відкритою та підлягає невідкладному оприлюдненню на офіційному вебпорталі судової влади України в порядку, визначеному Положенням про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему (ч. 3 ст. 8 ЦПК, ч. 3 ст. 9 ГПК, ч. 3 ст. 11 КАСУ);

---

<sup>27</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492; Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56; Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, 37. Ст. 446.

- у разі постановлення судом ухвали про розгляд справи у закритому судовому засіданні інформація щодо справи не розкривається, окрім відомостей про сторони, предмет позову, дату надходження позовної заяви, стадії розгляду справи, місце, дату і час судового засідання, рух справи з одного суду до іншого (ч. 4 ст. ; ЦПК, ч. 4 ст. 9 ГПК, ч. 4 ст. 11 КАСУ).

Водночас законом<sup>28</sup> (ч. 5 ст. 8 ЦПК, ч. 5 ст. 9 ГПК, ч. 5 ст. 11 КАСУ) забороняється оприлюднення інформації, віднесеної до категорії особистої:

- місце проживання або перебування фізичних осіб із зазначенням адреси, номери телефонів чи інших засобів зв'язку, адреси електронної пошти, реєстраційні номери облікової картки платника податків, реквізити документів, що посвідчують особу, унікальні номери запису в Єдиному державному демографічному реєстрі;
- реєстраційні номери транспортних засобів;
- номери банківських рахунків, номери платіжних карток;
- інформація, для забезпечення захисту якої розгляд справи або вчинення окремих процесуальних дій відбувалися в закритому судовому засіданні.

При оприлюдненні такої інформації на офіційному вебпорталі судової влади України вказані відомості замінюються літерними або цифровими позначеннями.

### 2.3 Обмеження гласності судових засідань

Разом із тим і міжнародні стандарти, і норми національного законодавства України передбачають можливість недопущення громадськості на судові засідання в особливих випадках. Наприклад, відповідно до ст. 14 (1) Міжнародного пакту про громадянські та політичні права недопущення преси та представників громадськості може бути виправдане «...в інтересах моралі, громадського порядку або національної безпеки в демократичному суспільстві, або коли цього вимагають інтереси приватного життя сторін, або... за особливих обставин, коли публічність порушувала б інтереси правосуддя». Вказані стандарти передбачають обов'язок дотримуватися конфіденційності з метою захисту інформації, яка викликає необхідність проведення закритих засідань.

Що стосується норм законодавства України, то обмеження в застосуванні принципу відкритості судового розгляду справи мають виключний перелік,

---

<sup>28</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492; Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56; Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446.

який не підлягає розширеному тлумаченню судом, суб'єктами владних повноважень чи іншими особами<sup>29</sup>. А саме:

– відповідно до ст. 3 ЦПК<sup>30</sup> закритий судовий розгляд допускається у разі, якщо відкритий розгляд може привести до розголошення державної або іншої таємниці, яка охороняється законом, а також за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, з метою забезпечення 1) таємниці усиновлення, 2) запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, які беруть участь у справі, або 3) відомостей, що принижують їх честь і гідність;

– відповідно до ст. 4-4 ГПК<sup>31</sup> закритий судовий розгляд допускається у разі, коли це суперечить вимогам щодо охорони: 1) державної; 2) комерційної або 3) банківської таємниці, або 4) коли сторони чи одна зі сторін обґрунтовано вимагають конфіденційного розгляду справи і подають відповідне клопотання до початку розгляду справи по суті. Про розгляд господарської справи у закритому засіданні або про відхилення клопотання з цього приводу виноситься ухвала;

– відповідно до ст. 12 КАСУ<sup>32</sup> суд ухвалою може оголосити судове засідання або його частину закритими з метою: 1) нерозголошення державної чи 2) іншої таємниці, що охороняється законом; 3) захисту особистого та 4) сімейного життя людини; 5) в інтересах малолітньої чи неповнолітньої особи, а також в інших випадках, установлених законом;

– відповідно до ст. 27 КПК<sup>33</sup> слідчий суддя, суд може прийняти рішення про здійснення кримінального провадження у закритому судовому засіданні впродовж усього судового провадження або його окремої частини лише у випадках: 1) якщо обвинуваченим є неповнолітній; 2) розгляду справи про злочин проти статеві свободи та статеві недоторканості особи; 3) необхідності запобігти розголошенню відомостей про особисте та сімейне життя чи обставин, які принижують гідність особи; 4) якщо здійснення провадження у відкритому судовому засіданні може призвести до розголошення таємниці, що охороняється законом; 5) необхідності забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні.

---

<sup>29</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення суддям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд». URL: [http://open-court.org/important/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/important/11512/?sphrase_id=23389).

<sup>30</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

<sup>31</sup> Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

<sup>32</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, 37. Ст. 446.

<sup>33</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10, 11–12, № 13. Ст. 88.



Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 27 Кримінального процесуального кодексу<sup>34</sup> передбачається, що особисті записи, листи, зміст особистих телефонних розмов, телеграфних та інших повідомлень можуть бути оголошені у відкритому судовому засіданні, якщо слідчий суддя, суд не прийме рішення про їх дослідження у закритому судовому засіданні на підставі п. 3 частини другої цієї статті.

Ухвала суду про проведення закритих засідань у справі має бути мотивована та повинна містити вичерпні підстави для прийняття відповідного обґрунтованого й правомірного рішення.

## 2.4 Здійснення фото-, відео-, аудіозапису судового засідання

Що стосується можливості здійснювати фотозйомку, відео- та аудіозапис судового процесу, то в результаті винесення судом ухвали про закриті судові засідання будь-яка особа, яка не є безпосереднім учасником справи, не матиме відповідного права, як і права бути присутньою під час судових засідань. Це пов'язано з необхідністю створення умов для нерозголошення відомостей та обставин, які стають предметом дослідження в залі судового засідання. Водночас суд не може обмежити право учасника справи на вчинення письмових записів, нотаток, ведення стенограми, здійснення фотозйомки, відео- та аудіозапису судового процесу. Проте можливості оприлюднювати вищевказану інформацію, яка стала відома в ході розгляду справи, учасники справи не мають.

Принцип гласності та відкритості судового процесу визнається також Законом України «Про судоустрій і статус суддів». Цей Закон<sup>35</sup> визначає організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні. У ч. 1 ст. 11 вказаного Закону визначено, що судові рішення, судові засідання та інформація щодо справ, які розглядаються судом, є відкритими, крім випадків, установлених законом. Також будь-яка особа має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, визначеному законом. У контексті досліджуваної теми про гласність судового процесу у медіакulturі України необхідно звернути увагу на п. 4 ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», де визначено, що особи, присутні в залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити в залі судового засідання фотозйомку, відео- та аудіозапис із використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду, але з урахуванням обмежень, встановлених законом. Трансляція судового засідання здійснюється з дозволу суду.

<sup>34</sup> Там само.

<sup>35</sup> Про судоустрій та статус суддів: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

Єдиним законодавчим обмеженням, окрім проведення закритого судового засідання, стосовно фотозйомки, відеозапису, а також трансляції судового засідання, передбаченим у вказаній статті, є посилання на те, що вони повинні здійснюватися без створення перешкод у веденні засідання і здійсненні учасниками судового процесу їхніх процесуальних прав. А саме: суд може визначити місце в залі судових засідань, з якого має проводитися фотозйомка, відеозапис.

Необхідно звернути увагу, що законодавство України розділяє поняття здійснення фотозйомки, відеозапису, а також трансляції судового засідання і поняття фіксації судового процесу технічними засобами. Останнє передбачено, зокрема, ч. 6 ст. 11 «Про судоустрій і статус судів»<sup>36</sup> і процесуальними кодексами: відповідно до п. 15 ст. 7, ст. 247 ЦПК<sup>37</sup>, ст. 222 ГПК<sup>38</sup>, ст. 229 КАСУ<sup>39</sup> офіційним записом судового засідання є лише технічний запис, здійснений судом.

Це справедливо, оскільки не зважаючи на конституційне правило про гласність судочинства, все, що відбувається в залі судового засідання, повинно здійснюватися під контролем судді, оскільки саме на нього покладений обов'язок з дотримання законності при здійсненні судочинства. Якщо суддя не надавав право робити відповідні записи, не брав участі в зроблених записах, то він не може гарантувати відповідності зробленого запису дійсним обставинам ходу судового процесу<sup>40</sup>.

Також суд під час судового розгляду справи здійснює повне фіксування судового засідання за допомогою відео- та (або) звукозаписувального технічного засобу в порядку, передбаченому Положенням про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему. Технічний запис судового засідання є додатком до протоколу судового засідання і після закінчення судового засідання приєднується до матеріалів справи. Відповідно до ст. 107 КПК<sup>41</sup> фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження під час розгляду питань слідчим суддею, крім вирішення питання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, та в суді під час судового провадження є обов'язковим.

<sup>36</sup> Про судоустрій та статус судів: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>37</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

<sup>38</sup> Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

<sup>39</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, 37. Ст. 446.

<sup>40</sup> Гласність і відкритість судового процесу. URL: [https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge\\_base/284885/](https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge_base/284885/).

<sup>41</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10, 11–12, № 13. Ст. 88.

## 2.5 Відкритість інформації про судові рішення в Україні

Окрему увагу в контексті досліджуваної теми заслуговують положення Закону України «Про доступ до судових рішень»<sup>42</sup>, прийнятий у 2005 р. з метою забезпечення відкритості діяльності судів загальної юрисдикції, прогнозованості судових рішень та сприяння однаковому застосуванню законодавства. Вказаним законом було створено Єдиний державний реєстр судових рішень (далі – «Реєстр») як автоматизованої системи збирання, зберігання, захисту, обліку, пошуку та надання електронних копій судових рішень. На суди загальної юрисдикції було покладено обов'язок вносити всі судові рішення та окремі думки суддів, викладені у письмовій формі до Реєстру.

Судові рішення, внесені до Реєстру, є відкритими для безоплатного цілодобового доступу на офіційному вебпорталі судової влади України. Таким чином, будь-яка особа може здійснювати пошук, перегляд, копіювання, роздрукування судових рішень або їхніх частин. Обмеження застосовуються лише щодо справ, розгляд яких здійснювався у закритому режимі.

Законодавство України розділяє поняття офіційного опублікування судових рішень від відтворення судових рішень у ЗМІ. Так, судові рішення вважаються офіційно опублікованими за умови посвідчення Державною судовою адміністрацією України, яка забезпечує ведення Реєстру, відповідності судових рішень оригіналам або електронним копіям судових рішень, внесених до Реєстру. Що стосується відтворення судових рішень у ЗМІ, то ст. 6 Закону України «Про доступ до судових рішень»<sup>43</sup> закріплює, що:

- Кожен має право повністю або частково відтворювати судові рішення, що проголошені судом прилюдно, у будь-який спосіб, у тому числі через оприлюднення в друкованих виданнях, у ЗМІ, створення електронних баз даних судових рішень.
- Будь-яке редагування тексту судового рішення не повинно спотворювати його зміст.
- Суд при здійсненні судочинства може використовувати лише текст судового рішення, який опубліковано офіційно або внесено до Реєстру.

Загалом, створення Реєстру слід розглядати як корисний ресурс в роботі як практикуючих юристів та науковців, так і усіх громадян, яким з будь-яких причин необхідне посилання на існуючу в Україні судову практику. Полегшений доступ до інформації про правові позиції вищих судових інстанцій сприяє уніфікації правозастосування.

---

<sup>42</sup> Про доступ до судових рішень: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2006. № 15. Ст. 128.

<sup>43</sup> Там само.

## 2.6 Види пристроїв для фіксації/зйомки судового процесу

Чимало дискусій<sup>44</sup> в Україні викликає питання про те, якими пристроями дозволяється проведення в залі судового засідання фотозйомки, відео- та аудіозапису, які не є офіційною технічною фіксацією судового процесу. Аналіз норм законодавства та публікацій у ЗМІ та на офіційних інтернет-сторінках органів державної влади<sup>45</sup> свідчить про те, що усі пристрої для здійснення фотозйомки, відео- та аудіозапису прийнято ділити на дві категорії:

- 1) стаціонарна апаратура;
- 2) портативні засоби (пристрої).

У ч. 8 ст. 6 ЦПК, ч. 8 ст. 12 КАСУ, ч. 6 ст. 27 КПК<sup>46</sup> регламентується порядок здійснення в залі судового засідання фото-, відео-, звукозапису із застосуванням стаціонарної апаратури (а також транслявання судового засідання по радіо і телебаченню), що допускається виключно на підставі ухвали суду за наявності згоди на це осіб, які беруть участь у справі. Таким чином, саме суд вирішує про надання дозволу на здійснення фото-, відео-, звукозапису засідання із застосуванням стаціонарної апаратури або ж відмову у наданні такого дозволу з наведенням мотивів рішення.

Натомість, здійснення в залі судового засідання фото-, відео-, звукозапису із застосуванням портативних пристроїв, яке гарантоване у всіх процесуальних кодексах, не залежить від дозволу суду та є правом особи, яка бере участь у справі або ж перебуває в залі судових засідань на інших підставах:

– відповідно до ч. 8 ст. 6 ЦПК<sup>47</sup> учасники цивільного процесу та інші особи, присутні на відкритому судовому засіданні, мають право робити письмові записи, а також використовувати портативні аудіотехнічні пристрої;

---

<sup>44</sup> Інтернет-сторінка Інституту масової інформації. URL: <https://imi.org.ua/advices/dozvil-na-zyomku-v-sudi-zalejit-vid-vidu-sudovogo-protsesu-rozuasnennya-yuristiv-imi-i2360>.

Інтернет-сторінка Української Гельсінської спілки з прав людини. URL: <https://hel-sinki.org.ua/articles/pravova-abetka-foto-ta-audio-video-zapys-pid-chas-sudovoho-zasidannya/>.

<sup>45</sup> Правила зйомки в суді. *Інтернет-сторінка Апеляційного суду Вінницької області*. URL: <https://court.gov.ua/sud0290/pres-centr/connect1/348352>.

Що таке відкритість адміністративного процесу і які права мають журналісти? *Інтернет-сторінка Одеського окружного адміністративного суду*. URL: <https://adm.od.court.gov.ua/sud1570/pres-centr/interview/352701>.

Правила знімання: коли потрібен дозвіл, а коли ні. *Інтернет-сторінка Міністерства юстиції України*. URL: <https://minjust.gov.ua/m/pravila-znimannya-koli-potriben-dozvil-a-koli-ni>.

<sup>46</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492; Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, 37. Ст. 446.

Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10, 1–12, 13. Ст. 88.

<sup>47</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

- відповідно до ч. 8 ст. 12 КАСУ<sup>48</sup> особи, присутні в залі судового засідання, можуть використовувати портативні аудіотехнічні засоби;
- відповідно до ч. 6 ст. 27 КПК<sup>49</sup> кожен, хто присутній в залі судового засідання, може вести стенограму, робити нотатки, використовувати портативні аудіозаписуючі пристрої.

При цьому право на вчинення письмових записів, нотаток, стенограм, та право на використання саме портативних пристроїв не потребує отримання додаткового дозволу суду, оскільки правова конструкція, яка застосовується у актах процесуального законодавства, передбачає гарантованість реалізації вказаних прав у ході судового розгляду<sup>50</sup>.

На додаток до перелічених норм із процесуальних кодексів, ч. 3 ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>51</sup> також передбачено, що учасники судового процесу, інші особи, присутні у залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити в залі судового засідання фотозйомку, відео- та аудіозапис з використанням *портативних* відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду, але з урахуванням обмежень, установлених законом.

Як бачимо, досліджуване питання є досить чітко врегульованим у законодавстві і відповідає конституційному принципу гласності судового процесу. Оскільки здійснення фотозйомки, відео- та аудіозапису судового процесу з використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів реалізується без отримання окремого дозволу суду, можна зробити висновок про те, що можливість постановлення судом ухвали про дозвіл або відмову в дозволі на реалізацію вищевказаного права у чинному законодавстві України не передбачена.

Натомість неврегульованим у законодавстві є визначення понять «стаціонарна апаратура» та «портативні пристрої». В українській мові термін «*портативний*» означає «зручний для носіння при собі, для перенесення з місця на місце, невеликий за розміром, не громіздкий»<sup>52</sup>. До технічних характеристик портативного пристрою можна віднести: здатність до роботи при переміщенні у просторі та можливість за своїми властивостями функціонувати

<sup>48</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, 37. Ст. 446.

<sup>49</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10, 11–12, 13. Ст. 88.

<sup>50</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення суддям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд». URL: [http://open-court.org/importants/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/importants/11512/?sphrase_id=23389).

<sup>51</sup> Про судоустрій та статус суддів: Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>52</sup> Тлумачний словник української мови. URL: <https://slovyk.ua/index.php?swrd=%D0%BF%D0%BE%D1%80%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D0%B9>.

без обов'язкового стаціонарного встановлення та без обов'язкового безперебійного живлення від мережі.

Водночас «стаціонарний» в українській мові – пов'язаний з постійним або довготривалим перебуванням на одному місці<sup>53</sup>. На практиці часто буває так, що віднесення пристрою до стаціонарної чи портативної апаратури пов'язується із використанням його за допомогою штативу чи іншого допоміжного обладнання. Але з технічної точки зору це не правильний підхід, оскільки функціонування портативного обладнання не залежить від застосування допоміжного обладнання.

### **3 Захист особистих немайнових прав учасників судового процесу та забезпечення принципу гласності судочинства**

Дискусія про забезпечення гласності судового процесу неможлива без оцінки ризику можливого порушення особистих немайнових прав учасників судової справи в результаті фотозйомки та/або відео- та аудіозапису в ході судового засідання. Дійсно, обґрунтованими є побоювання, що дозвіл на проведення фотозйомки, відео- та аудіозапису з використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду та без заслухання думки учасників процесу може відбуватися всупереч вимогам ст. 307 Цивільного кодексу України<sup>54</sup> (далі – ЦК), відповідно до якої фізична особа може бути знята на фото-, кіно-, теле- чи відеоплівку лише за її згодою. Як наслідок, порушуються права особи на приватність та конфіденційність інформації про фізичну особу, а саме: права на індивідуальність (ст. 300 ЦК), права на особисте життя (ст. 301 ЦК), права на повагу до гідності та честі (ст. 297 ЦК), права на недоторканність ділової репутації (ст. 299 ЦК) тощо.

Проте аналіз законодавства України свідчить, що в Україні прийнято підхід, відповідно до якого забезпечується пріоритет верховенства права та пріоритет конституційного принципу гласності судового процесу над названими особистими немайновими права учасників судового процесу. Так, вважається, що фотозйомка та/або відео- та аудіозапис в ході судового засідання є фото/відео фіксацією судового процесу, як процесу відправлення правосуддя, а не окремої фізичної особи. Цим самим будь-які посилення фізичної особи на порушення її особистих немайнових прав виключаються<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Там само.

<sup>54</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

<sup>55</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення судьям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд». URL: [http://open-court.org/important/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/important/11512/?sphrase_id=23389).

Найрозвиненіші демократичні країни все ж відмовляються від принципу гласності судового процесу на користь забезпечення особистих немайнових прав особи. Так, Верховний Суд США у 1965<sup>56</sup> та у 1981<sup>57</sup> роках виносив рішення про заборону зйомок під час здійснення правосуддя та розтлумачив, що така заборона не може розглядатися як порушення прав сторін процесу. В Німеччині діє дозвіл на відеозапис лише найрезонансніших справ, які мають найвищий суспільний інтерес, але загалом діє заборона здійснення фото або відео запису судового процесу<sup>58</sup>.

Поясненням особливості законодавчого регулювання даного питання в Україні є те, що фіксація судового процесу технічними засобами розглядається як спосіб забезпечення гласності судочинства<sup>59</sup>, спрямований на забезпечення прозорості діяльності судової гілки влади з метою підвищення рівня довіри суспільства до судової системи.

Таким чином, законодавство України передбачає широкий перелік прав учасників судового процесу та сторонніх осіб, включаючи представників ЗМІ, на присутність у судовому засіданні, ознайомлення з текстом судових рішень, здійснення фото-, відео-, аудіозйомки судочинства. Такий спосіб забезпечення принципу гласності судочинства є максимально розширеним і пріоритетним щодо захисту особистих немайнових прав учасників судового процесу.

#### 4 Протистояння свободи законотворчості та судового контролю

У Конституції України встановлено, що Україна є правовою державою (ст. 1); в Україні визнається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8). Враховуючи зміст ст. 8 Конституції України, верховенство права слід розуміти, зокрема, як механізм забезпечення контролю над використанням влади державою та захисту людини від свавільних дій державної влади (абз. 3 п. 3.1 рішення Конституційного Суду України від 23 січня 2020 р. № 1-р/2020)<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Сайт Верховного суду США.. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/532/>.

<sup>57</sup> Сайт Верховного суду США. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/560/>.

<sup>58</sup> Закон про розширення медіа публічності судового процесу ФРН від 8 жовтня 2017 р. URL: [https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGB1&jumpTo=bgb1117s3546.pdf#\\_\\_bgb1\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgb1117s3546.pdf%27%5D\\_\\_1588711182859](https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1117s3546.pdf#__bgb1__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1117s3546.pdf%27%5D__1588711182859).

<sup>59</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення судьям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд». URL: [http://open-court.org/importants/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/importants/11512/?sphrase_id=23389).

<sup>60</sup> *Офіційний вісник України*. 2020. № 16. Ст. 632.

#### 4.1 «Якість закону» як вимога до законодавця

Згідно з практикою Європейського суду з прав людини принцип верховенства права вимагає, поміж іншого, дотримання вимог «якості закону». Поняття «якість закону» означає, що національне законодавство повинне бути доступним для заінтересованої особи і передбачуваним, тобто визначати достатньо чіткі положення, аби дати людям адекватну вказівку щодо обставин і умов, за яких державні органи мають право вживати заходів, що вплинуть на їх конвенційні права (див., напр.: рішення у справі «Олександр Волков проти України» (заява № 21722/11), п.169-170)<sup>61</sup>.

Чи дотримуються вимоги щодо якості законів українським законодавцем? З очевидністю, далеко не завжди. Значна кількість порушень в цій царині є неминучим наслідком екстенсивного характеру розвитку українського законодавства та відсутності наступництва політики в умовах частой зміни складів уряду. Ситуація загострилася після парламентських виборів в Україні 2019 р., коли внаслідок формування парламентської більшості однією фракцією виникла практика прийняття законів у так званому «турборежимі», що не могло не позначитися на їх (законів) якості. На заваді застосуванню неякісних законів в демократичному суспільстві стоять суди.

Ведучи мову про судовий контроль як засіб забезпечення якості законів, слід розрізнити контроль, який здійснюється Конституційним Судом України, та контроль, який здійснюється судами загальної юрисдикції.

#### 4.2 Конституційний контроль за якістю законів

Контроль, який здійснюється Конституційним Судом України, поділяють на:

- *попередній (превентивний)* – ст. 159 Конституції України: законопроект про внесення змін до Конституції України розглядається Верховною Радою України за наявності висновку Конституційного Суду України щодо відповідності законопроекту вимогам ст. ст. 157 і 158 цієї Конституції;
- *наступний* – ч.1 ст. 150 Конституції України: Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність): законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Результати наступного конституційного контролю мають форму рішення, а превентивного контролю – форму висновку Конституційного Суду України. Незважаючи на відмінності за формою, рішення і висновки Конституційного Суду України є обов'язковими до виконання.

---

<sup>61</sup> *Офіційний вісник України*. 2013. № 89. Ст. 3307.



З-поміж рішень, прийнятих Конституційним Судом України, конкретно згадаємо лише одне, яке має безпосереднє відношення до теми проекту, – рішення № 4-р/2020 від 11 березня 2020 р.<sup>62</sup>, у якому визнано неконституційними зміни 2019 р. до Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Зазначеними змінами було зменшено максимальну кількість суддів Верховного Суду з 200 до 100 та загалом поставлено під сумнів результати реформування Верховного Суду в Україні, яке було здійснене в попередні роки. Прийняття згаданого рішення Конституційного Суду України вітала Венеційська комісія Ради Європи; за словами її Президента: «Комісія була глибоко стурбована тим, що ці зміни призведуть до серйозних змін у складі Верховного Суду, який вже був всебічно реформований на основі законодавства, прийнятого попередньою Верховною Радою. Якби це повторилося після виборів, і судді, і широка громадськість отримали б повідомлення про те, що від волі відповідної більшості в парламенті залежить, чи можуть судді вищого суду залишатися на посаді, чи ні. Тому я вітаю Конституційний Суд з його рішенням, яке зміцнює незалежність не лише Верховного Суду, але і української судової влади загалом»<sup>63</sup>.

Прийняття у 2017 р. концептуально нового Закону України «Про Конституційний Суд України», без сумніву, позитивно позначилося на діяльності цього органу. Це виявляє себе як у суттєвому збільшенні кількості справ, що розглядаються Конституційним Судом, так і в запровадженні нового для України інструменту захисту прав особи – конституційної скарги, на якій зупинимося детальніше.

Запроваджена в Україні у 2016 р. модель конституційної скарги передбачає обов'язкову наявність конкретної судової справи як передумови для звернення до Конституційного Суду України. Лише застосований в остаточному судовому рішенні у такій справі закон України може бути перевірений на відповідність Конституції України. За такої моделі особа, яка звертається до Конституційного Суду України, природно керується прагненням захистити власні права, отримати відшкодування та повернути відносини до попереднього стану, що передував застосуванню неконституційних положень закону. Втім, тут виникає низка проблем:

- Закон «Про Конституційний Суд України» передбачає можливість під час розгляду конституційної скарги зупинити виконання рішення суду у справі особи-заявника, однак домогтися такого рішення на практиці майже нереально. Забезпечувальний наказ може бути виданий виключно Великою палатою Конституційного Суду України (ч. 1 ст. 78 Закону). Водночас, згідно

<sup>62</sup> Рішення Конституційного Суду України № 4-р/2020 від 11 березня 2020 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/3050>.

<sup>63</sup> UKRAINE ґ The President of the Venice Commission Buquicchio welcomes the judgment of the Constitutional Court. URL: <https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2916>.

із загальним правилом, Велика палата Конституційного Суду України не розглядає конституційні скарги (ст. 68 Закону). Натомість Сенати Конституційного Суду України (органи Суду, спеціально утворені для розгляду конституційних скарг) не наділені таким повноваженням;

- на відповідність Конституції України за конституційною скаргою може бути перевірений виключно застосований в остаточному судовому рішенні закон України. Навіть якщо Конституційний Суд України виявить неконституційність інших правових актів, які пов'язані з оспорюваними нормами та впливають на вирішення справи по суті, він не має права вийти за межі предмета конституційної скарги та визнати їх такими, що не відповідають Конституції України;

- процесуальне законодавство України не зазнало необхідних змін задля належного забезпечення можливості відновити попередній юридичний стан, який передував застосуванню судом правового акта, надалі визнаного неконституційним. Відповідні положення українських процесуальних кодексів встановлюють, що судові рішення, яким закінчено розгляд справи та яке набрало чинності, може бути переглянуте за вказаної ситуації лише в тому випадку, якщо таке рішення суду ще не виконане (детальніше з цього приводу – нижче в цьому підрозділі);

- Конституційний Суд України за результатами розгляду конституційної скарги може зробити висновок про конституційність закону України, але водночас встановити, що суд застосував закон України, витлумачивши його у спосіб, що не відповідає Конституції України. У такому випадку Конституційний Суд України зазначає про це в резолютивній частині свого рішення. Однак такий випадок нічого не дає особі-заявнику, оскільки не є підставою для перегляду судового рішення згідно з процесуальними кодексами;

- згідно з ч. 3 ст. 152 Конституції України матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами та діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку. Тимчасом правові акти, що визнані неконституційними, відповідно до ч. 2 ст. 152 Конституції України, втрачають чинність не раніше дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. Суди, посилаючись на це положення, стверджують про безпідставність вимог щодо відшкодування завданої шкоди, оскільки рішення Конституційного Суду України не мають зворотної дії в часі<sup>64</sup>.

Немає сумнівів, що положення про конституційну скаргу в Україні потребують вдосконалення. Орієнтиром для такого вдосконалення, на нашу

---

<sup>64</sup> Терлецький Д. Навіщо нам конституційна скарга? URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/navishcho-nam-konstituciyna-skarga.html>.

думку, мав би стати насамперед досвід Німеччини, де конституційна скарга є надзвичайно впливовим інструментом захисту прав особи.

#### 4.3 Контроль за якістю законів, що здійснюється судами загальної юрисдикції

Такий контроль видається можливим поділити на: а) прямий та б) опосередкований.

*Прямий судовий контроль* передбачає можливість визнання судами актів законодавства протиправними та нечинними. Такий контроль здійснюється адміністративними судами шляхом розгляду адміністративних справ щодо:

- законності (крім конституційності) постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим;
- законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень (ч. 1 ст. 264 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС)). Нормативно-правовий акт втрачає чинність повністю або в окремій його частині з моменту набрання законної сили відповідним рішенням суду (ч. 2 ст. 265 КАС).

Щодо *опосередкованого судового контролю* за якістю законів, то ЄСПЛ неодноразово зазначав, що формулювання законів не завжди чіткі, тому їх тлумачення і застосування залежить від практики. Роль розгляду справ у судах полягає саме в тому, щоб позбутися таких інтерпретаційних сумнівів з урахуванням змін у повсякденній практиці (див., напр. рішення у справі «Веренцов проти України» (заява № 20372/11), п. 65)<sup>65</sup>.

В цій частині окремо хотілося б зупинитися на діяльності *Великої палати Верховного Суду*, з огляду на те, що реформування Верховного Суду належить до ключових здобутків судової реформи в Україні.

Відповідно до ч. ч. 3–5 ст. 346 КАС, передача справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду можлива, якщо Верховний Суд, який розглядає справу в касаційному порядку:

- вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні;
- дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики.

<sup>65</sup> *Офіційний вісник України*. 2013. № 89. Ст. 3106.

#### 4.3.1 Справа № 808/1628/18 (Чорнобильській)

Важливою справою, яка об'єднує як аспект відступу від висновку, сформульованого раніше, так і аспект виключної правової проблеми, є справа № 808/1628/18, передана на розгляд Великої Палати ухвалою колегії суддів Верховного Суду від 20 лютого 2020 року: у 1986 р. позивач як військовослужбовець брав участь у ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС та отримує пенсію з огляду на інвалідність в розмірі відшкодування фактичних збитків (II група інвалідності). У 2018 р. позивач звернувся до пенсійного органу з заявою, у якій просив здійснити йому перерахунок пенсії з 1 жовтня 2017 р. виходячи з п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня відповідного року. Пенсійний орган відмовив йому в перерахунку пенсії з тієї підстави, що він брав участь у ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС *не під час проходження дійсної строкової служби*. Відповідно, позивач не підпадав під дію ч. 3 ст. 59 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», що передбачала нарахування пенсії в зазначеному розмірі. Суд першої інстанції, з яким погодився суд апеляційної інстанції, відмовив позивачеві в задоволенні позову до пенсійного органу з тієї самої підстави.

У 2019 р. до суду першої інстанції надійшла заява позивача про перегляд судового рішення за виключними обставинами. Заяву обґрунтовано тим, що рішенням Конституційного Суду України № 1-р(П)/2019 від 25 квітня 2019 р. *було визнано неконституційним* правило ч. 3 ст. 59 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», за яким обчислення пенсії виходячи з п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня відповідного року, поширюється лише на військовослужбовців, які брали участь у ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи під час проходження дійсної строкової служби і внаслідок цього стали особами з інвалідністю.

Суд першої інстанції, з яким погодився суд апеляційної інстанції, відмовив позивачу в перегляді рішення за виключними обставинами. Суди посилалися на те, що відповідно до п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС підставою перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами є встановлення Конституційним Судом України неконституційності закону, застосованого судом при вирішенні справи, *якщо рішення суду ще не виконане*. Оскільки рішенням суду першої інстанції відмовлено у задоволенні позову, це судові рішення не підлягало виконанню, а тому перегляду не підлягає. Позивач подав касаційну скаргу до Верховного Суду.

Верховний Суд неодноразово розглядав справи, в яких вирішувалося це питання. Так, наприклад, в постанові від 17 грудня 2019 р. у справі № 808/2492/18 Верховний Суд зазначив, що наявність рішення Конституційного Суду України № 1-р(П)/2019 від 25 квітня 2019 р. не змінює правового

регулювання спірних правовідносин та не доводить факту допущення судом помилки під час вирішення спору. На час виникнення спірних правовідносин та на час ухвалення рішення судом закон був чинним та підлягав застосуванню. У цій же постанові Верховний Суд вказав, що рішення про відмову в позові не може вважатись невиконаним в контексті приписів п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС, оскільки рішення, що набрало законної сили, яким у задоволенні позову відмовлено, не передбачає примусового виконання<sup>66</sup>.

У постанові від 29 жовтня 2019 р. у справі № 922/1391/18 Верховний Суд дійшов висновків, що застереження щодо можливості перегляду судового рішення у зв'язку з виключними обставинами у разі, якщо воно ще не виконане, ґрунтуються на принципі *res judicata*, тобто поваги до остаточного рішення суду, що у повній формі розкривається у формулі «*res judicata pro veritate habetur!*» – «судове рішення визнається за істину». Суть цього принципу полягає у тому, що рішення суду, яке набрало законної сили, є обов'язковим, не може ставитися під сумнів та підлягає виконанню, тобто вирішення судом спірного питання визнається за істину<sup>67</sup>.

#### 4.3.2 *Позиція колегії суддів Касаційного адміністративного суду (ухвала від 20 лютого 2020 р.)*

Колегія суддів вважає, що застосування норми п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України у вищенаведений спосіб унеможливає ефективний захист та поновлення прав особи, якій відмовлено у задоволенні позову внаслідок застосування закону, визнаного згодом неконституційним.

З огляду на це колегія суддів вважає за необхідне відступити від правових висновків, викладених у попередніх судових рішеннях. Інститут виключних обставин має на меті забезпечення перегляду судових рішень, ухвалених з порушеннями, що мали суттєвий вплив на вирішення справи. Визнання закону неконституційним, не застосування судом конституційного закону, злочинні дії судді, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом – усе це свідчить про помилку з боку держави та підриває довіру до судового рішення (п. 40 ухвали від 20 лютого 2020 р.).

Щодо порушення принципу *res judicata*, то цей принцип спрямований насамперед на запобігання перегляду судових рішень, що набрали законної сили, з ініціативи держави. Натомість, немає релевантної практики, яка б обмежувала право людини ініціювати перегляд судового рішення, ухваленого внаслідок суттєвих помилок з боку держави, зокрема таких, як неконституційність закону (п. 42 ухвали від 20 лютого 2020 р.). Якщо у позові відмовлено, то таке рішення не виконується (і не може виконуватись з

<sup>66</sup> Постанова Верховного Суду від 17 грудня 2019 р. у справі № 808/2492/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86387767>.

<sup>67</sup> Постанова Верховного Суду від 29 жовтня 2019 р. у справі № 922/1391/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8532705>.

об'єктивних причин). Воно не може бути «ще не виконаним». Отже, до цього виду рішень не може бути застосовано таку умову перегляду як те, що рішення суду ще не виконане. З огляду на це, перегляд судових рішень, якими відмовлено у задоволенні позову, за виключними обставинами на підставі п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС України можливий в усіх випадках (п. 58 ухвали від 20 лютого 2020 р.).

Окрім незгоди з рішеннями судів та наміром відступити від їх висновків, колегія суддів вважає, що порушені питання мають ознаки виключної правової проблеми. Виключна правова проблема повинна оцінюватися з урахуванням кількісного та якісного вимірів. Щодо кількісного критерію, то після ухвалення рішення Конституційного Суду України № 1-р(П)/2019 від 25 квітня 2019 р. позивачі масово звертались до судів про перегляд подібних судових рішень за виключними обставинами. Щодо актуальності, то кожне наступне рішення Конституційного Суду України, особливо у справах, що стосуються соціальних прав, матиме наслідком виникнення подібних ситуацій. Крім того, проблема є «міжюрисдикційною», адже всі процесуальні кодекси містять інститут перегляду судових рішень за виключними обставинами внаслідок встановлення Конституційним Судом України неконституційності закону, застосованого судом при вирішенні справи. Натомість практика їх застосування відрізняється.

#### 4.3.3 *Позиція Великої Палати Верховного Суду (ухвала від 25 березня 2020 р.)*

З огляду на вищезазначене, колегія суддів Касаційного адміністративного суду ухвалила справу № 808/1628/18 передати на розгляд Великої Палати Верховного Суду<sup>68</sup>. У наведеному в ухвалі касаційного суду обґрунтуванні Велика Палата Верховного Суду не вбачає підстав, які в аспекті фактичних обставин справи дозволяють за кількісними і якісними критеріями побачити в них виключну правову проблему, вирішення якої необхідне для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики (п. 12 ухвали від 25 березня 2020 р.). Справу повернуто до Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду<sup>69</sup>.

На момент написання цієї роботи остаточне рішення у вищезазначеній справі ще не прийнято; попри сподівання на те, що Великою Палатою буде підтримано підхід колегії суддів Касаційного адміністративного суду, викладений в ухвалі від 20 лютого 2020 р., Велика Палата фактично самоусунулася від вирішення проблеми, не надавши жодного змістовного спростування наявності виключної правової проблеми.

<sup>68</sup> Ухвала Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 20 лютого 2020 р. у справі № 808/1628/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87758201>.

<sup>69</sup> Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 25 березня 2020 р. у справі № 808/1628/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88739736>.

#### 4.3.4 Підсумок

Розглянута справа свідчить про системну проблему на рівні законодавства. Як вже зазначалося, всі процесуальні кодекси (усього їх в Україні чотири) містять норму про перегляд судових рішень за виключними обставинами внаслідок встановлення Конституційним Судом України неконституційності закону, застосованого судом при вирішенні справи і, як виявляється, така норма є неякісною, при тому, що усі процесуальні кодекси в Україні було викладено в новій редакції в 2017 р. вже в контексті судової реформи. Так, позивач, якому у задоволенні позову відмовлено, фактично позбавляється права на перегляд рішення з підстав визнання неконституційним закону, застосованого в його справі. Це стосується навіть позивача, який пройшов усі інстанції в судах загальної юрисдикції, звернувся з конституційною скаргою до Конституційного Суду України і домогся визнання закону неконституційним – за такого підходу він не може розраховувати на перегляд рішення. Інститут перегляду справи за виключних обставин фактично перестає діяти і втрачає практичне значення<sup>70</sup>.

Діяльність Великої Палати Верховного Суду сигналізує ще про одну проблему в процесуальному законодавстві, специфічну саме для України. Справа підлягає передачі на розгляд Великої Палати Верховного Суду кожного разу, коли учасник справи оскаржує судові рішення з підстав порушення правил предметної юрисдикції, тобто розмежування компетенції цивільних, кримінальних, господарських та адміністративних судів. Як свідчать звіти розгляду справ Великою Палатою Верховного Суду, абсолютну більшість справ, що розглядаються Великою Палатою, становлять справи, у яких виникло питання щодо юрисдикції, тобто, у порядку якого судочинства повинен розглядатися спір:

- адміністративного чи цивільного/господарського;
- цивільного чи господарського;
- адміністративного чи кримінального і, навіть,
- кримінального чи цивільного/господарського<sup>71</sup>.

Проблема предметної юрисдикції судів є «хронічною» для України і пов'язана з паралельним існуванням цивільних та господарських судів, які вирішують приватноправові спори, та відносно нещодавньою появою в Україні адміністративних судів. Доктринальне коріння цієї проблеми лежить в радянському минулому України, коли правова доктрина відкидала поділ права на приватне й публічне (відповідно, не сформувалися чіткі й безспірні критерії розмежування публічно-правових і приватноправових спорів). Разом із тим

<sup>70</sup> Ухвала Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 14 травня 2020 р. у справі № 808/1628/18 (п. 59). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89251033>.

<sup>71</sup> Розгляд справ Великою Палатою Верховного Суду. URL: [https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud/rozgl\\_sprav\\_vp\\_vs/](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rozgl_sprav_vp_vs/).

слід знову наголосити, що усі чотири процесуальні кодекси в Україні (включаючи статті цих кодексів щодо юрисдикції!) було викладено в новій редакції в 2017 р., і все одно законодавець не спромігся виписати відповідні положення так, щоб усунути правову невизначеність в цій царині.



## Роль юридичної науки у сфері пошуку та обґрунтування судового рішення

*Проф. д-р Томас Манн / Доц. Юр. Шагхає Кіан*

Згідно з системно-теоретичним підходом, який запропонував Ніклас Луман, питання ролі науки права для судової практики, тобто для рішень судів, виглядає недопустимим. А вже виділення й диференціація окремих автопоетичних підсистем (функціональних систем) з тих системних середовищ, у яких вони існують, за допомогою бінарного кодування відбувається для суспільної функції «право» за допомогою двійкового коду «правомірно / протиправно»<sup>1</sup>, а в науковій системі відповідно до кодування «істинно / хибно»<sup>2</sup>. Суворе слідування цій диференціації вимагає від суддів як центральних акторів функціональної системи «право» неучасті в дискурсі інституцій науки (зокрема, університетів та наукових журналів), і навпаки, вченим, чия діяльність перебуває в іншому коді, слід не дозволяти впливати на судовий пошук і встановлення права. Але навіть сам Луман не слідує своєму суворому підходу, коли описує теорію науки як форму структурного з'єднання системи науки з теоріями відображення інших функціональних систем, розуміючи її як ідею контактної точки, не бажаючи піддати сумніву свій фундаментальний поділ, оперативну закритість і функціональну автономію окремих систем – тут: правової системи і системи науки: «Як завжди, правова система займається нормативними очікуваннями, а наукова система –

---

<sup>1</sup> *Luhmann*: Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 67, 147, 215 ff.

<sup>2</sup> *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft. 1990, S. 271 ff.

дослідженнями. Як і раніше, не можна виводити норми з фактів, і будь-якому прихованому шахрайству / обману з цього питання можна запобігти. Тим не менше, обравши відповідну термінологію, можна створити механізм їхнього структурного з'єднання. Тоді система науки постане перед постійним питанням, що робити із системами «самоописування», для яких вона сама є об'єктом дослідження. Зі свого боку, правова система могла б забезпечити власну саморефлексію понятійними здобутками, які пропонує теорія самореферентних систем, наскільки вона функціонує в нормативній науці<sup>3</sup>.

Ця соціологічна знахідка дістала вражаюче підтвердження в реальності німецької практики правосуддя, оскільки, на відміну від України, взаємозалежність юриспруденції та практики правосуддя має тут особливо виражений характер. Чому в Німеччині спостерігається саме цей шлях розвитку, звичайно, слід вивчити більш уважно. Робоча гіпотеза повинна відштовхуватись від емпіричних фактів юридичної освіти й підготовки. А вони вже з перших семестрів слідує моделі з'єднання наукового дискурсу з вирішенням практичних справ і спорів<sup>4</sup>. Перед тим як далі, в пункті V, досліджувати цю ідею більш широко, спочатку, розвернувшись назад, слід запитати, чи суди, які за чинним в Німеччині правом покликані ухвалювати обов'язкові рішення, не зобов'язані в своїх вироках розбиратися з правовими поглядами, принаймні тими, що можуть привести до альтернативних розв'язків переданих на їхній розгляд спорів.

## 1 Мінімальні вимоги до змісту судового рішення

Відповідь на поставлене вище питання слід шукати в окремих процесуальних законах різних юрисдикцій. Адже вони часом подають точні вказівки про абстрактне наповнення судових рішень.

Що стосується сфери адміністративного судочинства, то абз. 2 § 117 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини (VwGO) визначає необхідний зміст судового рішення. На додаток до так званого «рубруму», в якому мають бути названі імена сторін, їх законних представників та уповноважених представників, їхні професії, місця проживання та становища у процесі, назва суду та імена тих, хто входить до його складу при пошуку й ухваленні рішення (п. 1 і п. 2 абз. 2 § 117 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини (VwGO)), у встановленому там переліку також наводяться формула рішення (п. 3), юридичний склад (п. 4), мотиви рішення (п. 5) та вказівки щодо засобів правового захисту (п. 6). А місце, де може відбутися суперечка з відповідними різноспрямованими поглядами, представленими в юриспруденції, – це виключно частина для обґрунтування

<sup>3</sup> *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 543 f.

<sup>4</sup> З цього приводу: *Hundertmark*, Die Ausrichtung der juristischen Ausbildung (in diesem Band) unter C. I. 1.

/ мотивів рішення. Що саме повинно бути змістом обґрунтування / мотивів рішення, у свою чергу впливає із речення 2 абз. 1 § 108 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини (VwGO). Воно вимагає, щоб у судовому рішенні «були вказані підстави / мотиви, що керували переконаннями судді». Однаково зі вказаним<sup>5</sup> також звучить абз. 3 § 313 Цивільного процесуального кодексу Німеччини (ZPO), вимагаючи мотивування рішень у цивільних справах як «короткого підсумкового викладу міркувань, на яких фактично та юридично ґрунтується рішення»<sup>6</sup>.

Таким чином, з дослівного формулювання речення 2 абз. 1 § 108 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини (VwGO), абз. 3 § 313 Цивільного процесуального кодексу Німеччини (ZPO), не впливає чіткого зобов'язання враховувати дискурси правової науки, які мають значення для прийняття відповідного рішення. На противагу цьому, дослівне формулювання закону тільки підтверджує принциповий поділ, відомий з теорії систем: судові рішення зовсім не є науковими роботами, які містять код дійсно / хибно, натомість вони слугують лише практичній меті визначення того, що є правомірним, а що – протиправним<sup>7</sup>.

## 2 Різні функції обґрунтування рішень

Однак наведена вище оцінка виглядає інакше, якщо в розгляд включено *ratio legis* вимоги обґрунтування. Адже основа відповідних процесуальних норм як їхній масштаб виведена з припису абз. 1 ст. 3 Основного закону<sup>8</sup> – конституційної заборони свавілля, і претендує на чинність саме щодо третьої гілки влади<sup>9</sup>. З огляду на конституційну зв'язаність судді законом та правом (абз. 3 ст. 20 Основного закону), обґрунтування вимагається «принаймні тоді і тією мірою, якою слід відхилитися від однозначного дослівного формулювання правової норми, а причина цього ще не виявила себе з достатньою чіткістю сторонам з відомих їм або легко впізнаваних для них обставин і особливостей випадку»<sup>10</sup>.

Насамперед зрозуміло, що суддя, обґрутовуючи свої рішення, зобов'язаний цитувати юридичні підстави, на яких суд повинен засновувати своє рішення, однак він не повинен загроможувати свої доводи тими

<sup>5</sup> BeckOK VwGO/*Lambiris*, Stand 07/20, § 117 Rn. 18.

<sup>6</sup> Абзац 3 § 313 Цивільного процесуального кодексу Німеччини (ZPO) застосовується відповідно і в процесах з приводу спорів за трудовим правом, порівн.: § 46 П 1 Закон про трудові спори (ArbGG), а також у провадженнях в соціальних судах, порівн.: §§ 128 I 2, 202 SGG (Закон про соціальний суд (Sozialgerichtsgesetz)).

<sup>7</sup> Порівн.: Eyermann/*Kraft*, 15. Aufl. 2019, VwGO § 117 Rn. 19; Schoch/Schneider/*Clausing/Kimmel*, VwGO, 39. EL 2020, 117 Rn. 18.

<sup>8</sup> BVerfGE 58, 163 (167 f.).

<sup>9</sup> BVerwG, NVwZ 1993, 975 (976).

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 1987, 1619 (1620).

передумовами юридичного складу, що фактично або юридично є очевидними або з якими безумовно погоджуються сторони. Якщо ж між сторонами існує суперечка щодо існування окремих ознак юридичного складу, суду належить викласти своє обґрунтування в рішенні й пояснити причини, з яких він обстоює такий погляд. Розлогі цитати академічної літератури в основному тут зайві настільки ж, наскільки й посилання на інші судові рішення<sup>11</sup>. Якщо ж ті, хто бере участь у процесі, раніше обстоювали представлені в літературі меншістю авторів позиції, звертаючись до них у своїх письмових заявах і докладно їх розкриваючи, в мотивах рішення по суті також можна очікувати відповіді на них. Це особливо стосується випадків, коли йдеться про правове питання, з якого в літературі точаться суперечки і відсутня згода і яке стосується предмета поточного спору і відповідного рішення<sup>12</sup>, або якщо суд, що розглядає справу, відхиляється від раніше усталеної правової позиції і приєднується до представленого в літературі погляду меншості<sup>13</sup>. Саме тоді суд повинен довести, що його правова позиція не є беззаконним свавіллям, а що нова юридична позиція ґрунтується на переконливих наукових аргументах. Адже суди лише тоді можуть задовольнити раціональні очікування, які легітимно доносять у своїх заявах і клопотаннях сторони, якщо відхилення від загальновизнаних в судовій практиці позицій, як і рішення, прийняті з дискусійних наукових питань, вони мотивують солідними науковими аргументами<sup>14</sup>.

Різна інтенсивність обґрунтування / мотивації рішень, згадана вище, як і можливе звернення до літератури, пов'язані з функцією мотивації міркувань і вимогами, які висувуються з цього приводу. У цьому стосунку за всіх можливих видів юридичних процесів слід розрізняти<sup>15</sup> три важливих аспекти<sup>16</sup>:

- первинна функція обґрунтування судового рішення полягає в досягненні згоди сторін і причетних до спору з рішенням у справі, яка виходила б за просте визнання державної влади, іменем якої діє суд<sup>17</sup>. Ця функція

<sup>11</sup> MüKoZPO/*Musielak*, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 313 Rn. 15; *Musielak/Voit/Musielak*, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 313 Rn. 11; *Saenger/Saenger*, ZPO, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 33.

<sup>12</sup> BVerfG, NJW-RR 1995, 1033 (1034).

<sup>13</sup> MüKoZPO/*Musielak*, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 313 Rn. 15.

<sup>14</sup> Так про взаємозв'язок між державною владою та наукою при прийнятті рішень щодо ризиків: *Gårditz*, FAZ v. 18.03.2021, S. 11.

<sup>15</sup> У кримінальному провадженні у зв'язку з принципом «ne bis in idem» (не допускається покарання двічі за те саме), що юридичний склад в письмовому викладі судового рішення описує життєву ситуацію, що оцінена остаточним правовим рішенням, яке, таким чином, обмежує діапазон кримінального переслідування, див.: *Karlsruher Kommentar zur StPO/Kuckein/Bartel*, 8. Aufl. 2019, § 267 Rn. 1; *Münchener Kommentar zur StPO/Wenske*, 2016, § 267 Rn. 31.

<sup>16</sup> З цього приводу: *Kopp/Schenke*, VwGO, § 108 Rn. 30. Відповідно до § 267 StPO: *Karlsruher Kommentar zur StPO/Kuckein/Bartel*, 8. Aufl. 2019, § 267 Rn. ; MüKoStPO/*Wenske*, StPO, 2016, § 267 Rn. 32 ff.

<sup>17</sup> EGMR, NJW 1999, 2429; *Oswald*, NJW 2020, 3701 (3702); *Arz/Gemmer*, JA 2020, 608 (611).

інформування, яка належить мотивації / обґрунтуванню, зрештою, є необхідним корелятом оцінювальної прерогативи, яка належить судді;

- наступна, друга функція обґрунтування полягає в його важливості для гарантування і захисту прав. Це також входить до змісту вимог принципу правової держави. Тільки якщо сторони, що програла спір, буде наочно продемонстровано причини, з яких суд не задовольнив її вимоги, ця сторона зможе достовірно оцінити шанси на успіх продовження спору / апелювання тощо<sup>18</sup>;
- третій аспект стосується контрольної функції, тобто значення для апеляційної або касаційної інстанцій<sup>19</sup>. Лише якщо суд викладе свої основні міркування в мотивуванні, наступна інстанція зможе перевірити правильність прийнятого нижчою рішенням. Обґрунтування повинно продемонструвати, чи виконуються передумови і вимоги застосованих приписів права, на яких базується рішення, або, відповідно, чому це не так<sup>20</sup>.

З погляду права апеляційної / касаційної інстанції, в адміністративно-процесуальному праві<sup>21</sup> абсолютною причиною перегляду є брак мотивування у рішенні (п. 6 § 138 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини (VwGO)). Такий, навряд чи можливий на практиці, брак мотивування у рішенні, суд прирівняв до ситуації, коли рішення є настільки неякісним, що наведене у ньому мотивування неспроможне реалізувати згадану вище функцію обґрунтування. Це особливо слушно щодо випадків, коли аргументація «не дозволяє збагнути, які міркування були вирішальними для прийняття рішення, оскільки наведені причини не підлягають раціональному зрозумінню, є за своїм змістом безглуздими або іншим чином абсолютно незадовільними»<sup>22</sup>.

### 3 Зобов'язання включати висновки юридичної науки в судові рішення?

На цьому тлі виникає питання, чому німецький законодавець не передбачив принаймні у складних або нетипових випадках обов'язку судів розглянути думки або навіть врахувати наукові знання, представлені в юридичній літературі.

<sup>18</sup> Stein, JuS 2014, 320. Kurpat, Das Zivilurteil, 8. Aufl. 2017, Rn. 581; Balzer/Walther, Das Urteil im Zivilprozess, 3. Aufl. 2018, Rn. 311.

<sup>19</sup> BeckOK VwGO/Lambiris, Stand: 07/20, § 117 Rn. 18; Schoch/Schneider/Clausing/Kimmel, Stand 7/20, VwGO § 117 Rn. 18; Stein, JuS 2014, 320; Oswald, NJW 2020, 3701 (3702).

<sup>20</sup> Eyermann/Kraft, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 117 Rn. 18.

<sup>21</sup> Відповідні цим положення містяться в Цивільному процесуальному кодексі (п. 6 § 547) і в Кримінальному процесуальному кодексі (п. 7 § 338).

<sup>22</sup> BVerwG, NVwZ 2012, 52 (55); NJW 2003, 1753 (1753 f.).

### 3.1 Конкретний нормоконтроль як винятковий випадок

По суті у німецькому процесуальному праві існує лише одна ситуація, за якої на суди покладено обов'язок сумлінно оцінити юридичну літературу. Йдеться про так звані «подання суддів», які мають назву конкретного нормоконтролю відповідно до ст. 100 Основного закону. Але й тут цей обов'язок впливає не безпосередньо з дослівного формулювання Основного закону, де йдеться лише про те, суд «вважає» певний закон неконституційним (речення 1 абз. 1 ст. 100 Основного закону). Однак Федеральний конституційний суд Німеччини, звернувши свою увагу на рамки допустимості таких подань, встановив сувору вимогу, згідно з якою у рішенні «має бути детально розкрито переконання суду, який подав звернення, що норма, яка розглядається, є неконституційною. Рішення повинно детально розглянути правову ситуацію і врахувати ті юридичні погляди, напрацьовані літературою та судовою практикою, які є важливими для тлумачення норми, що перевіряється»<sup>23</sup>. Причина цих високих вимог полягає, мабуть, у тому, що, зупиняючи провадження з метою подання до Федерального конституційного суду Німеччини (BVerfG), суд цією своєю дією спочатку відмовляє сторонам процесу у вирішенні їхнього спору, хоча конституційна гарантія правосуддя й вимагає від судді уникати затримок провадженні, коли і наскільки це можливо<sup>24</sup>. Тільки шляхом запровадження суворих перешкод для прийнятності звернення, серед яких є навіть вимога звернутись до висновків юридичної літератури – так звучить відповідне *ratio* – можна запобігти легковажному затягуванню процесу тією чи іншою стороною відповідно з приписом ст. 100 Основного закону. Водночас з цим резонує ідея субсидіарності конституційного правосуддя<sup>25</sup>: суд в тій чи іншій інстанції звичайної юрисдикції має основним завданням пошук шляхів ухвалення остаточного і сутнісно переконливого рішення, замість пошуку такого, яке дозволило б звернутись до Конституційного суду.

### 3.2 Суддівська незалежність як конституційна межа

Поза цим особливим випадком закріплений законом обов'язок брати до уваги наукові знання потрапляв би в конфлікт з приписом статті 97 Основного закону, де конституційно закріплена суддівська незалежність<sup>26</sup>.

У зв'язку зі своєю предметною / матеріальною незалежністю суддя у власній судовій практиці є вільним у питанні того, як застосувати закон<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> BVerfGE 79, 240 (273 f.) – стала судова практика, див., наприклад: BVerfGE 76, 100 (104); 78, 1 (5); 86, 71 (77); 92, 277 (312); 97, 49 (60); 121, 108 (117).

<sup>24</sup> Порівн.: BVerfGE 78, 165 (178).

<sup>25</sup> Таким є підхід: *Schlaich/Korloth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 152.

<sup>26</sup> Докладно з цього приводу: *Bellroth* (in diesem Band).

<sup>27</sup> Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, Stand 08/20, Art. 97 Rn. 48.

Питання про те, чи суддя, покликаний ухвалити рішення, як і відповідний компетентний у справі суд, застосовують думки, висловлені в літературі щодо юридичного питання, яке їм належить вирішити, стосується конкретного випадку чинності закону, а відтак законодавець не може справляти на це жодного впливу, і для цього досить лише конституційних причин<sup>28</sup>. Федеральний конституційний суд Німеччини сформулював цю ідею наступним чином: «Обсяг і ступінь використання судом для прийняття рішення в конкретному спорі судової практики в принципі належить до предмета його службового розсуду як обов'язку в рамках незалежного ухвалення своїх рішень. Не є порушенням заборони свавілля вже те, що суд не вдається до глибшого вивчення рішення іншого суду, на яке посилається сторона у судовому провадженні, особливо коли воно опубліковане лише у формі одного лейтмотиву і заінтересована сторона, у свою чергу, не вважає за потрібне детальніше розібратися з його змістом»<sup>29</sup>. Висловлене у другому реченні виключно з огляду на цитати із судової практики міркування збігається із твердженням, зробленим вище в п. II. стосовно інтенсивності рекурсії до наукової літератури. Передусім основна функція мотивування рішення вимагає, щоб суд дав зрозуміти, що розібрався з доводами, представленими сторонами. Якщо документи причетні до спору стосуються напрацювань юридичної науки, то, як видно на прикладі керівних принципів, цитованих Федеральним конституційним судом (BVerfG), все залежить від того, чи посилання є лише випадковим і формальним, чи його детально розроблено і воно зачіпає суть спору. Лише в останньому випадку первинна функція обґрунтування рішення потребуватиме розгляду посилання на літературу по суті<sup>30</sup>.

Завдяки своїй незалежності, в тому числі від решти судової влади<sup>31</sup>, суд не зобов'язаний дотримуватися навіть усталеної судової практики підчас власного тлумачення права. Як вираз і продукт суддівської незалежності суд може формувати власну правову позицію / юридичну думку, навіть якщо вищі судові інстанції з того самого питання раніше дотримувались протилежних поглядів<sup>32</sup>. Колізія суддівської незалежності (ст. 97 Основного закону) з рівністю «перед законом» (абз. 1 ст. 3 Основного закону) тих, хто йому підпорядкований, яка коріниться в принципі правової держави як постулат справедливості у вигляді всезагальної рівності перед законом, є властивим

<sup>28</sup> Redeker, NVwZ 1992, 713 (715).

<sup>29</sup> BVerfG, NJW 1987, 2499.

<sup>30</sup> У цьому сенсі також: Oswald, NJW 2020, 3701 (3704): певна думка вимагає тим менших обґрунтувань, чим більш «панівною» вона є.

<sup>31</sup> Докладно з цього приводу: Bellroth, Rechtsstaatliche Grundanforderungen einer richterlichen Unabhängigkeit (in diesem Band) II. 2 d).

<sup>32</sup> Щодо особливого випадку зв'язаності рішеннями Федерального конституційного суду (BVerfG), які, однак, наразі не стосуються руху справи по інстанції, див.: § 31 Закону про Федеральний конституційний суд (BVerfGG).

конституційним «місцем злому»<sup>33</sup>. Практичне узгодження з конституційними правилами досягається шляхом інстанційної ієрархії<sup>34</sup>. У цьому сенсі процесуальні кодекси логічно й послідовно передбачають зв'язаність правовою оцінкою ревізійної інстанції для захисту єдності правопорядку в якості винятку (тільки) для конкретного випадку повернення справи до попередньої інстанції для подальшого розгляду і повторного прийняття судового рішення (див., наприклад, абзац 6 § 144 Кодексу адміністративного судочинства<sup>35</sup>)<sup>36</sup>.

Для поставленого вище питання це означає, у підсумку, що компетентний суд на свій вільний розсуд вирішує, чи слід звернутись до здобутків (і до яких) правової науки в межах пошуку вирішення тієї чи іншої поставленої перед ним юридичної проблеми.

## 4 Фактична практика німецьких судів

Сформульований вище проміжний висновок про відсутність юридичного зобов'язання враховувати висновки правової науки при обґрунтуванні рішення різко контрастує з фактичною поведінкою в судовій практиці німецьких судів. У цій частині можна бачити, що принаймні всі федеральні суди і, в нижчих інстанціях, насамперед адміністративні суди регулярно посилаються на висновки юридичної науки в мотивах своїх рішень для забезпечення їх від перегляду й скасування.

### 4.1 Практика Федерального конституційного суду Німеччини та федеральних судів

Погляд на практику федеральних судів може послужити первинним висновком. Вже вибір випадкових, нерепрезентативних зразків дає дивовижно чітку картину.

#### 4.1.1 Федеральний конституційний суд Німеччини

Для цілей цього дослідження насамперед була розглянута практика прийняття рішень Федеральним конституційним судом. Представлена позиція, яка

<sup>33</sup> Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, Stand 08/20, Art. 97 Rn. 49.

<sup>34</sup> Так само й порівняльно-правовий ефект руху по інстанціях також можна простежити до Основного закону – ст. ст. 96, 96, порівн.: Sachs/Detterbeck, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 95 Rn. 8 f.

<sup>35</sup> Паралельними нормами є §§ 563 II Цивільного процесуального кодексу Німеччини (ZPO); 126 V Закону про фінансові суди Німеччини (FGO); 358 I Кримінального процесуального кодексу Німеччини (StPO); 96 I 2 Закону про трудові суди Німеччини (ArbGG); 170 V Закону про соціальні суди Німеччини (SGG).

<sup>36</sup> Згідно з рішенням Федерального конституційного суду Німеччини: BVerfGE 4, 1 (5), це «загальний принцип німецького процесуального права».



належить Федеральному конституційному суду Німеччини відповідно до його місця в конституційному порядку, запровадженому Основним законом (див. ст. 93 і наступні Основного закону), а також висока професійна репутація та соціальне визнання, які суд здобув завдяки своїй практиці і прийнятним рішенням, дозволяють висунути робочу гіпотезу, що його висновки особливо характеризуються звертанням до здобутків юридичної науки. Зрештою, вирок і висновки Федерального конституційного суду Німеччини з особливою увагою сприймаються не лише в спеціалізованій пресі, але й широкою громадськістю і пресою, відтак викликаючи широкі й жваві обговорення. Ця особлива увага ЗМІ компенсує втрати згаданої вище<sup>37</sup> функції гарантування дотримання права та контролю, яку реалізують обґрунтування судових рішень, посилюючи їхню основну – інформаційну – функцію. Міркування в рішеннях Федерального конституційного суду Німеччини зовсім не спрямовані лише чи переважно у бік сторони конституційного провадження, яка прогала процес, натомість орієнтуючись на суспільний дискурс у цілому, адже покладені в їхню основу доводи завжди на виду при критичній рефлексії з боку ЗМІ та юридичної науки.

Для вибіркового аналізу було використано хронологічно упорядкований офіційний збірник рішень конституційного суду (відомий як «BVerfGE»). Було оцінено 10 послідовних томів оприлюднених рішень, а саме – томи «BVerfGE» 131–140, які охоплюють практику прийняття рішень у період з травня 2012 р. по липень 2015 року. З огляду на 122 рішення Федерального конституційного суду Німеччини, опублікованих в цих томах, можна стверджувати, що Федеральний конституційний суд Німеччини у 78 випадках, тобто в майже 2/3 своїх рішень здійснює звернення до (і часом дуже інтенсивне) поглядів, представлених у науковій літературі. Серед решти 44 рішень, які не посилаються на юридичну літературу, є низка простих ухвал виключно процесуального характеру. Оскільки серед них немає жодних висловлювань, що мали б матеріально-правовий характер, то вже з цієї причини немає необхідності в рамках мотивування вироку розбиратись з актуальними з наукового погляду питаннями. Слід, крім того, поміркувати, що обидва сенати Федерального конституційного суду Німеччини зі своєю роллю останньої інстанції в питаннях тлумачення конституційних положень тим часом (особливо в області основних прав) мають у своєму розпорядженні широкий арсенал власних висновків за весь період з моменту їхнього створення в 1951 р., до якого вони можуть за потреби звернутись, якщо бажать забезпечити певність своїх рішень і підкреслити спадкоємність їхніх мотивувань<sup>38</sup>. Сенати Федерального конституційного суду широко користуються можливістю самопосилань.

<sup>37</sup> Див. вище п. II.

<sup>38</sup> Матеріал в доступній формі пропонується в довіднику видання BVerfG (Hrsg)/Graßhof (редактор); Довідка судової практики Федерального конституційного суду (Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Stand 12/20).

#### 4.1.2 Федеральні суди

Подібним чином було проведено оцінку нерепрезентативної випадкової вибірки рішень з офіційного зібрання Федерального адміністративного суду (BVerwGE). Обрані для цього томи 143–152 охоплюють період публікації рішень суду з квітня 2012 р. по серпень 2015 року. Їхній обсяг загалом становить 100 рішень, з яких 73 містять посилання на позиції в наукових працях з правової тематики. Порівняно з рішеннями Федерального конституційного суду, згаданими вище, можна помітити, що серед рішень Федерального адміністративного суду також значна частина, яка становить 2/3 рішень, містить міркування, в яких відбувається звернення до і врахування наукових знань у тій чи іншій формі. В якості мислимий пояснювальної гіпотези можна припустити, що, на відміну від Федерального конституційного суду Німеччини, який обмежується вирішенням конституційно-правових питань, широта всього адміністративного права, дорученого Федеральному адміністративному суду, змушує його частіше приймати рішення з нових правових питань, у яких суду бракує власної усталеної практики. Використання при мотивації власних рішень зовнішніх аргументів, зміст яких породжують відносини поза межами суду, можливе лише шляхом звернення до поглядів, висловлених з відповідних питань наукою права.

Неочікувано, що оцінка десяти томів офіційного зібрання рішень Федерального суду з цивільних питань (BGHZ) показала ще вищу частку таких аргументів. Це дивує, оскільки середній обсяг надрукованих рішень відстає від адміністративного суду, а відтак статистично залишається менше місця для опрацювання позицій з наукової літератури. Тим не менше, випадково дібрана і, отже, нерепрезентативна вибірка Зібрання рішень Федерального суду в цивільних справах (BGHZ), томи 210–219 (вони охоплюють період з квітня 2016 р. по травень 2018 р.), показала, що 246 із загалом 256 рішень містять цитати з літератури. Тобто 96 % усіх опублікованих там рішень! Цей висновок приголомшує, оскільки переважно не цивільні, а адміністративні суди нижчих інстанцій мають через свій надмірно науковий підхід в роботі репутацію тих, хто не квапиться з наданням швидкого судового захисту.

#### 4.2 Практика адміністративного судочинства

Одним із найпомітніших критиків цієї практики адміністративних судів був адвокат Конрад *Редекер*, який помер 2013 року. До його перших висновків належить спостереження, що адміністративні суди нижчих інстанцій в рамках процесу правозастосування є особливо схильними до заглиблення в наявну літературу і опертя на її висновки. Причиною цього може бути окрім вже згаданої вище широти<sup>39</sup> адміністративного права далекоюжна

---

<sup>39</sup> Порівн.: вище IV. 1. b).

преюдиціальність, яку розгортають відповідні рішення, вимагаючи детального і ретельного вивчення правової ситуації, що в свою чергу часто імплікує наукове поглиблення<sup>40</sup>. Однак детальний розбір окремих юридичних питань в практичній справі веде до неухильного зростання тривалості судового процесу<sup>41</sup>. З цим *Redeker* пов'язує свою критику того, що адміністративні суди демонструють «інтелектуалізм» і скаржиться, що майже кожне юридичне питання «вважається апеляцією до інтелектуальної гостроти і з самого початку опрацьовується відповідним чином». Шляхом збагачення судових рішень цитатами і посиланнями на юридичну літературу відповіді на окремі процесуальні питання часто набувають рис наукових робіт. При цьому з поля зору випадає, що судові рішення в принципі слугують утвердженню правового миру серед учасників процесу і, отже, «не пишуться для гуртків вчених з конституційного й державного права»<sup>42</sup>.

Ця критика, безсумнівно, є надто перебільшеною, оскільки вона свідомо ігнорує інші можливі фактори надмірної тривалості проваджень (включаючи складність та часті інтервали змін норм матеріального права, надмірне розуміння правового захисту)<sup>43</sup>, але, незалежно від свого фактичного обґрунтування, ця критика є вагомим показником емпіричного факту, що суди адміністративної юрисдикції також значною мірою покладаються на висновки правової науки в мотивуванні своїх рішень.

## 5 Причини рецепції юридичних знань судовою практикою

Якщо відштовхуватись від цього висновку, нескладно виявити, що, з одного боку, в Німеччині не існує юридичного обов'язку покладатися на юридичну науку в мотивуванні судових рішень (див. вище III.), але, з другого, – принаймні у рішеннях Федерального конституційного суду, федеральних судів та всього адміністративного судочинства саме таке звернення до наукових дискурсів відбувається регулярно (див. вище IV). У такий спосіб наука права робить свій вагомий внесок у пошук рішень та їх обґрунтування судом. Якщо наважитись на спробу інтерпретації і запитати, які причини мають тут вирішальне значення, очікувано критичною виявиться тут роль двох аспектів: юридичної освіти, яка формується у душі науковості й певного фіксованого образу судді, а також розвиненої культури публікацій, яка властива юриспруденції в Німеччині.

<sup>40</sup> Redeker/v.Oertzen/M. Redeker, VwGO, 16. Aufl. 2014, VwGO § 117 Rn. 6.

<sup>41</sup> Про надмірну тривалість судового процесу в Німеччині як структурну проблему у світі ст. 6 ЄКПЛ, порівн. EGMR, NJW 2010, 3355 ff.

<sup>42</sup> K. Redeker, NVwZ 1992, 713, 715.

<sup>43</sup> З цього приводу: Mann, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6.

## 5.1 Широка культура науково-правових публікацій як передумова успіху

Почнемо з останнього: засадничою передумовою рецепції досягнень правової науки судами є достатня публікація наукових результатів. Цей бік правової культури, який стосується публікацій, порівняно з іншими країнами є в Німеччині особливо добре вираженим. Такий висновок стосується не лише кількісних показників – число юридичних журналів, що мають наукові амбіції і опрацьовують усі можливі галузі та підгалузі права, є неосяжним<sup>44</sup>, але це слушно і в стосунку до питань якості. У науці права в Німеччині утвердилася ціла низка літературних жанрів, яких немає в інших країнах, особливо помітним є їх брак в Україні.

Зокрема, вартий уваги у цьому відношенні літературний жанр коментаря, який також має поширення і в інших країнах романської правової традиції, але виконує там дещо інше завдання<sup>45</sup>. Коментарі, які в Німеччині укладаються не тільки для центральних законів, а й для не таких значних нормотворчих актів і відповідних областей права, виконують певну функцію в передачі правознавчих здобутків і висновків і впровадженні їх у практику. Особливо для нішевих галузей і периферійних сфер права «коментарі прозора показують часто не надто прозорий юридичний матеріал, вводять норми в систематичний контекст тлумачення, надають інформацію про їх генезис і шляхом відбору та догматичного проникнення сприяють практичному застосуванню законів»<sup>46</sup>. Особливе значення коментованої літератури в німецькій юриспруденції<sup>47</sup> також піднімає Наукова рада, визнаний і важливий науково-політичний консультативний орган, зазначаючи в своїй доповіді про стан судової практики в Німеччині: «коментарі, написані правознавцями для юридичної практики, мають різні рівні написання. [...] Щодо окремих об'ємних коментарів слід зауважити, що своєю широтою та аналітичною глибиною вони перевершують чимало монографій, включаючи кваліфікаційні праці, кандидатські й докторські. В коментованій літературі передусім в так званих «попередніх зауваженнях» до назв коментованого закону та його окремих розділів, часто на високому рівні описуються базова структура і принципи їх формування»<sup>48</sup>. Серед юридичної літератури формат коментаря,

<sup>44</sup> Огляд пропонується вже в розширених рекомендаціях щодо скорочень назв періодичних видань у: *Kirchner* (Begr.), *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 9. Aufl. 2018, unter 2. Teil Kap. 3.

<sup>45</sup> У Франції, Іспанії та в Італії коментарі здебільшого мають форму реєстрів судової практики, яка охоплює окремі нормативні акти, без того, щоб автори також прагнули запропонувати власну систему або подали власні доводи щодо суперечливих рішень, порівн.: *Wissenschaftsrat*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012, S. 67 Fn. 47.

<sup>46</sup> *Wissenschaftsrat*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012, S. 16.

<sup>47</sup> Про важливість коментованої літератури в навчанні див.: *Mann*, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, 5. Aufl. 2015, Rn. 120 ff.

<sup>48</sup> *Wissenschaftsrat*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012, S. 67.

зокрема, виконує функцію посередника в спілкуванні науки й практики, оскільки він постійно фіксує орієнтовані на користувача відомості про науковий прогрес, слідуючи за структурою та послідовністю положень закону.

І якщо в Німеччині є сучасна інфраструктура передачі наукових знань, яка здатна належно функціонувати на практиці і вирізняється достатньою помітністю і виразністю, цей факт сам по собі, тим не менше, не пояснює, чому суди особливо часто звертаються до цього інструменту. Причину цього варто шукати в підготовці юристів.

## 5.2 Науковість та зосередженість на образі судді в німецькій юридичній освіті

Вчені, які беруть участь у цьому інституційному партнерстві, вже виявили суттєві відмінності між юридичною підготовкою в Німеччині і в Україні в рамках попереднього спільного наукового проєкту<sup>49</sup>. Німецьку юридичну підготовку особливим чином характеризує наукове використання методу розв'язання конкретних спорів. Цим вона виділяється і в загальноєвропейському порівнянні. Студенти не просто засвоюють знання на основі правознавчих дискурсів, а й із самого початку свого навчання повинні опанувати вміння застосовувати здобуті знання на практиці. Їхнім завданням є при цьому методично впорядкованим шляхом шукати розв'язки спорів, як це відбувається в практичних справах. Відтак, правосуддя відрізняється від юридичної науки тим, що перше займається практикою права, користуючись тільки описовим підходом, тоді як юридична наука шукає інновації з метою розробки масштабів, відповідно до яких має функціонувати практика. Метод навчання, в основі якого лежать практичні справи, дає змогу студентам юридичних напрямів у Німеччині засвоювати методіку, яка завжди спрямована на вирішення реальних юридичних спорів і користуватись результатами наукових досліджень. Для опанування цієї навички важливим інструментом є домашні роботи, в яких від студентів вимагається розв'язок практичного юридичного спору, користуючись науковим методом, тобто в процесі розв'язання слід розбиратись з наявними правовими поглядами на проблему, враховувати її формулювання і обговорення в літературі, використовуючи як докази точні посилання на джерела, що вказуються в кожному відповідному випадку за наявними правилами<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Порівн. різні статті в: *Mann* (Hrsg.), *Europäisierung der ukrainischen Juristenausbildung*, 2016.

<sup>50</sup> Детально про науковий підхід у домашніх роботах: *Mann*, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, 5. Aufl. 2015, Rn. 292 ff.; *Th. M. Möllers*, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 10. Aufl. 2021, Rn. 486 ff.

### 5.2.1 Погляд на сприяння раціональності та легітимізаційний ефект юриспруденції

Ця взаємозалежність від науки та від зв'язку з практикою, якою постійно характеризується німецька юридична підготовка, має наслідком те, що зворотний зв'язок рішень з силою легітимації, яку розгортає наукова цінність отриманих результатів (особливо «панівна думка»), із самого початку навчання розглядається студентами як знак особливої правової сумлінності. Вони довідуються, що посилання на аргументи з «літератури» може генерувати більш високу гарантію точності їхніх розв'язків<sup>51</sup> і що завжди є вагомими аргументи на підтримку протилежного погляду. В юридичній підготовці прийнятним є певний «азор», широта правильної відповіді<sup>52</sup> студентів, при цьому винагороджується ретельне вивчення протилежних аргументів. У зв'язку з цим позиція Федерального конституційного суду, яка стосується юридичної підготовки, про те, що «прийнятний, розумно і логічно мотивований розв'язок, підкріплений вагомими аргументами [...] не може бути оцінений як неправильний»<sup>53</sup> особливим чином стосується підготовки юриста. Однак що є прийнятним, багато в чому визначається станом наукового дискурсу.

Це переконання про ефективне сприяння раціональності та легітимізації рішень через включення до них думок, представлених у науковій літературі, є водночас спільним надбанням всіх кваліфікованих юристів Німеччини. Адже через те, що мета підготовки орієнтується на так званого юриста повноцінної / всебічної кваліфікації, і цю мету завжди мають на увазі в німецькому юридичному навчанні, під однакові вимоги до підготовки підпадають всі, незалежно від того, яку професію вони пізніше оберуть. У цьому відношенні їх об'єднує розуміння того, що посилання на стан наукової думки в праві може бути як ефективним інструментом пізнання при прийнятті рішень, так і аргументом, що сприяє раціональному обґрунтуванню рішення. Тому нерідко не тільки судді в мотивуванні своїх процесуальних документів, а й адвокати в заявах, скаргах і клопотаннях посилаються на відповідні погляди в науковій літературі. Таким чином, особи, які беруть участь у провадженнях, надають судам допоміжну аргументацію, натомість очікуючи, залежно від інтенсивності свого викладу, пояснення позицій суду у відповідь на представлені тези (див. вище III. 2).

### 5.2.2 Право як внесок у раціональність і передбачуваність рішень суду

Далі слід звернути увагу на наступний, другий аспект: згаданий вище метод розв'язання спорів не є інтуїтивною технікою, він, скоріше, є технікою юридичної роботи, яка полягає в суворій формальній структуризації, так званій техніці експертного висновку. Її внутрішня логіка вимагає дотримання

<sup>51</sup>Така чітка позиція про мотивування рішень: *Oswald*, NJW 2020, 3701 (3704).

<sup>52</sup>BVerfGE 84, 34 (55); 84, 59 (79).

<sup>53</sup>BVerfGE 84, 34 (55).

методики, відомої як конструктивний метод<sup>54</sup>, який, відштовхуючись від ідентифікації нормативних стосунків спеціальності і виключності, а також логічних стосунків черговості відповідних елементів юридичного складу норми в жорсткому і такому, що не дозволяє відволікань, ході юридичних міркувань, у свою чергу, поділяє норму і за допомогою канонів тлумачення, визнаних і застосовуваних ще з часів Савінії (історичного, систематичного, телеологічного),<sup>55</sup> піддає її тлумаченню. При цьому можуть бути виокремлені проблемні моменти, які потребують поглибленого наукового опрацювання, з подальшою точною і остаточною субсумпцією за правилами висновку з силлогізму<sup>56</sup>.

Оскільки ця науково обґрунтована методологічна основа мислення всіх юристів, що здобули освіту в Німеччині, визначає їхню спільну професійну базу, вона є негласною основою їхнього професійного спілкування. У контексті так званої реляційної техніки ця методика становить перший крок на шляху до ухвалення судового рішення<sup>57</sup>. Вона проявляє себе, наприклад, у тому, що суди в своїх судових висновках про можливі суперечливі моменти щодо тих чи інших елементів застосовуваного юридичного складу «залишають поза увагою» або «залишають відкритим» те чи інше питання, якщо інші ознаки юридичного складу легко дозволяють ідентифікацію себе як кумулятивні елементи, які точно ідентифікуються як невиконані<sup>58</sup>. Таким чином, правова наука й тоді, коли немає явно цитованих наукових доктрин чи поглядів, займає важливе місце в процесі прийняття рішень і їхньої мотивації. Адже ідентична за методикою правнича підготовка всіх юристів дає змогу заздалегідь ідентифікувати і локалізувати больові точки в спорах щодо ухвалюваних рішень. Це, в свою чергу, дозволяє адвокатам, що беруть участь в справах, підходити до справ з проблемним спрямуванням і, таким чином, предметно представляти свою сторону перед судом. Окрім того, офіційне обґрунтування судових рішень стає прогнозованим, оскільки зазвичай заздалегідь чітко з'ясовується, які елементи в юридичному складі при здійсненні субсумпції є вирішальними і визначають результат судового спору.

Зрештою, юриспруденція таким чином опосередковано виконує всі вищезазначені функції обґрунтування рішення: обґрунтування рішення виступає результатом науково структурованої методології, засвоєної під час навчання, яка є спільною для суддів, прокурорів та адвокатів, які беруть участь у процесі. Професійне спілкування відповідно до правил цієї правової методики дає змогу кожному розуміти конкретне місце в її рамках, яке займає

<sup>54</sup> Докладно з цього приводу: *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 195 ff.

<sup>55</sup> Докладно з цього приводу: *Pöiters*, JA 2010, 566 (568 ff.); *Mann*, ebda. Rn. 230 ff.

<sup>56</sup> З цього приводу: *Bäcker*, JuS 2019, 321 f.; *Mann*, ebda. Rn. 248 ff.; *Jochum*, JuS 2013, 586 (589).

<sup>57</sup> Порівн. про реляційну техніку нещодавно: *Arx/Gemmer*, JA 2020, 608 ff.

<sup>58</sup> Про різницю між альтернативними і кумулятивними ознаками юридичного складу: *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 249 f.

запропонований судовій оцінці аргумент. Це слугує не лише системному розумінню мотивації рішення (інформативна функція), а й виявляє орієнтири, на які спиратимуться оскарження (захисна функція) або наступна інстанція (контрольна функція) при методичному опрацюванні справи, її критиці тощо.

## **6 Висновок**

«Механізм структурного зв'язку», який пронизує основні принципи теорії систем, опирається на добре опрацьоване поле відносин між юридичною наукою і правосуддям. Якщо гарантована конституцією незалежність суддів в принципі протистоїть обов'язку враховувати висновки юридичної науки, німецькі суди, проте, відносно часто звертаються до думок вчених-правників, щоб задовольнити адресовані судам очікування раціональності і надати своїм судовим рішенням більшої переконливості. Причина цієї особливої культурної ідентичності німецького права може лежати в потужній науковій літературі в Німеччині, а також у зосередженості на образі судді в німецькій юридичній освіті.



## Роль юридичної науки у сфері пошуку та обґрунтування судового рішення

*Проф. д-р Роман Мельник*

Право, як сказано у Дігестах Юстиніана, це мистецтво доброго і вміння віддати кожному належне<sup>1</sup>. Очевидно, що це завдання має виконуватися на усіх рівнях існування права, починаючи від творення права (правотворчості) і закінчуючи його застосуванням під час вирішення адміністративної або/та судової справи. Проте між цими рівнями існування права є принципові відмінності, на які варто звертати увагу. Результатом правотворення стає норма права, яка у момент її «народження» не має чіткого адресата, вона містить загальне правило поведінки (яке, очевидно, має бути справедливим і зваженим), що лише колись (у майбутньому), за певних умов буде застосовано до конкретної особи або конкретизованої групи осіб. Відповідно, виміряти рівень добропорядності та справедливості щойно створеної норми доволі проблематично, бо таке вимірювання може бути лише загальним та безособовим. З огляду на це про дійсну (реальну) дію права можна казати лише на рівні його застосування, коли перед ним виникає широка палітра завдань: «регулювати людську поведінку в такий спосіб, який потрібен для того, аби вигоди (цінності, переваги) та обтяження (витрати, зобов'язання) були розподілені справедливо; суперечливі інтереси були задоволені в порядку, відповідному до їх ваги і значущості; ті, хто чинять карані діяння, отримували за них належну відплату, – одне слово, аби при вирішенні конфліктів, що виникають у суспільстві, панувала

---

<sup>1</sup> Дігести Юстиніана. // [https://www.gumer.info/bibliotek\\_Buks/Pravo/digest/index.php](https://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/index.php).

справедливість... Поряд з вимогами творити і забезпечувати справедливість постають потреби правопевності і прагнення оптимального, адекватного потребам задоволення правомірних інтересів»<sup>2</sup>.

## 1 Юридичні наукові публікації як необхідна умова формування думки (позиції)

Перераховані вище завдання переважно виконуються на рівні застосування права судами (суддями), під час вирішення відповідних справ. У межах цього виду правозастосування суддя у загальних формулюваннях норми права має відшукати справедливе рішення. Принагідно зазначимо, що вимога прийняття суддями саме справедливого рішення сформульована і у низці міжнародних актів, які закладають засади організації та діяльності судової гілки влади, зокрема, у Бангалорських принципах поведінки суддів<sup>3</sup>, Основних принципах незалежності судових органів<sup>4</sup>, Висновку № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності<sup>5</sup> тощо. Проте іноді виконати завдання щодо прийняття справедливого рішення буває досить важко з огляду на таке:

- норма права, на підставі якої вирішується справа, може бути застарілою за своїм змістом, проте все одно чинною на момент розгляду справи. Так, наприклад, в Україні на сьогоднішній день залишається чинною низка кодексів, які були прийняті ще за часів існування СРСР, одним із яких є Кодекс України про адміністративні правопорушення<sup>6</sup> (1984 р. прийняття). До цього кодексу, звісно, були внесені зміни, окремі його норми втратили чинність, проте у цілому він продовжує бути чинним. Проблема однак полягає у тому, що ідеологія цього кодексу є застарілою, в ньому відсутні положення про принцип верховенства права; наявні положення, які спотворюють дію принципу рівності громадян перед законом; недосконало сформульовані окремі процедури діяльності адміністративних органів, що може стати причиною порушення прав громадян. З огляду на це виникає запитання, а чи

<sup>2</sup> Цшпеліус Р. Методика правозастосування. Київ: ТОВ «ВО «Юстініан», 2016. С. 25.

<sup>3</sup> Бангалорські принципи поведінки суддів від 19 травня 2006 р., схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 р. № 2006/23. // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67).

<sup>4</sup> Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_201](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201).

<sup>5</sup> Висновок № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності. // <http://www.arbitr.gov.ua>.

<sup>6</sup> Кодекс України про адміністративні проступки. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.

має (повинен) суддя застосовувати таку «ідеологічно застарілу» норму права і якщо так, то в яких межах і чи повинен він при цьому враховувати ті зміни, які мають місце у суспільстві на момент розгляду справи;

- українське законодавство характеризується високим рівнем нестабільності, що пов'язано, поміж іншим, з частими змінами політичних векторів функціонування держави. Українські «майдани», систематичні доповнення до Конституції України, які змінюють організацію державної влади, посилюють/послаблюють повноваження Президента України тощо. Сюди можна додати також і «турборежим» діяльності українського парламенту 9-го скликання, в якому лише за перші місяці роботи було зареєстровано 1 490 проєктів законів<sup>7</sup>. Як результат, українське законодавство у багатьох випадках є неузгодженим, тобто у ньому наявні численні випадки конкуренції правових норм, які мають вирішуватися судами у процесі прийняття рішень у справах;

- вітчизняні нормативні акти, а особливо ті, які приймалися у межах процесу адаптації українського законодавства до законодавства ЄС, відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»<sup>8</sup> та пізніше згідно з Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони<sup>9</sup> часто наповнювалися поняттями (термінами), які були, а подекуди й продовжують бути незрозумілими українським юристам. Така доля спіткала, наприклад, такі юридичні категорії, як «верховенство права», «адміністративний договір», «адміністративна процедура» тощо. Будучи запозиченими категоріями із західноєвропейського права, «народжуючись» внаслідок перекладу на українську мову французьких, англійських або німецьких понять, вони, з одного боку, суттєво розширили термінологічну палітру українського права, а з другого, – викликали необхідність їх детальної розробки та тлумачення, без яких судді навряд чи можуть їх правильно застосувати під час відправлення правосуддя;

- непоодинокими є й випадки, коли українське законодавство не містить усіх необхідних для вирішення тієї або іншої правової проблеми норм права, проте рішення у справі, навіть і за таких умов нормативного регулювання, має бути усе одно прийняте. Типовим прикладом може бути ситуація з відсутністю в Україні (станом на початок 2020 р.) закону «Про адміністративну процедуру», що, зрозуміло, суттєво ускладнює діяльність суддів адміністративних судів, які

---

<sup>7</sup> «Турборежим» закончилася: за время работы Рада приняла лишь 6 % от поданных законопроектов. // <https://delo.ua/economyandpoliticsinukraine/turborezhim-zakonchilsja-zavremja-raboty-rada-p-362577/>.

<sup>8</sup> Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України 18 березня 2004 р. № 1629-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 29. Ст. 367.

<sup>9</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Ст. 2125.

за позовами приватних осіб перевіряють законність прийнятих (або законність відмови у прийнятті) адміністративних актів. У таких ситуаціях, за словами Р. Циппеліуса, судді, з метою пошуку справедливого рішення, мають «добудувати право. Ця добудова розвиває й уточнює правову норму щодо тих її складових, до яких тлумачний, герменевтичний інструментарій пропонує кілька варіантів розуміння, або тих, які внаслідок прогалин у законодавстві потребують доповнення і уточнення»<sup>10</sup>;

- нерозробленість методики тлумачення права. «Терміни, використані у законах, мають певний обсяг значень, вони переважно не є однозначними. З огляду на багатозначність правової термінології виникає потреба визначити методику тлумачення, за допомогою якої можна з'ясувати і навіть більш чи менш звузити значення того або іншого терміна»<sup>11</sup>. Проте аналіз матеріалів судової практики показує, що у них надзвичайно рідко можна зустріти роздуми стосовно тлумачення права, вибору відповідних методів тлумачення та обґрунтуванням крізь призму проведеного тлумачення прийнятого рішення;

- відсутність загальновизнаної та такої, яка застосовувалася б усіма суб'єктами правозастосування, методики вирішення юридичних справ. За відсутності методики неможливо гарантувати «однакового вирішення однакових справ та різного ставлення до різного». «Юрист повинен мати чітку уяву про алгоритм юридичного аналізу практичної ситуації. Цей процес не може йти хаотично, оскільки у такому разі суттєво збільшується вірогідність помилкової оцінки як суті правового питання (спору), так і перспектив його позасудового або судового вирішення»<sup>12</sup>. Завдання щодо розроблення в Україні методики вирішення юридичних справ є одним із найбільш актуальних у сучасних умовах, на чому неодноразово наголошувалося у юридичній літературі<sup>13</sup>, і для вирішення якого вже зроблено певні кроки<sup>14</sup>. Проте, на наш погляд, у цій частині не вистачає загальнодержавного рішення, яким такій методиці

<sup>10</sup> Циппеліус Р. Методика правозастосування. Київ: ТОВ «ВО «Юстініан», 2016. С. 26–27.

<sup>11</sup> Там само. С. 28.

<sup>12</sup> Мельник Р., Шаблій О., Шлоер Б. Докорінна реформа юридичної освіти як основна умова утвердження правової державності в Україні. *Право України*. 2017. № 10. С. 56–65.

<sup>13</sup> Мельник Р.С. Українська юридична освіта як вона є: проблеми та шляхи вирішення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2013. Вип. 21. Ч. 1. Т. 2. С. 176–180 (Серія «Право»); Біла книга з реформування української юридичної освіти (за матеріалами міжнародної науково-практичної конференції «Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід». Київ, 21 і 22 листопада 2014; Федеральне міністерство освіти і науки Федеративної Республіки Німеччина; Університет імені Георга Августа м. Геттінгена, юридичний факультет; Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет; Центр німецького права; Німецько-український правознавчий діалог / упоряд.: Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. Київ: Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка»; Панов, 2015. С. 25, 290–291.

<sup>14</sup> Німецька методика права: навч. посіб. / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 136 с.; Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти: навч. посіб. / Б. Шлоер, В. Посидинок, І. Лукач, О. Косілова; за заг. ред. Р. Мельника. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2020. 152 с.

(насамперед на рівні університетів) було б надано офіційного та обов'язкового характеру.

Перелічені вище проблеми й виклики, які подекуди ускладнюють, а подекуди унеможливають прийняття суддями справедливого рішення у справі, у своїй переважній більшості, можуть бути вирішені на доктринальному (науковому) рівні. Інакше кажучи, їх вирішення перебуває у площині юридичної науки (доктрини), яка здатна значно підняти рівень ефективності судочинства взагалі та у частині прийняття суддями справедливого рішення зокрема. Тому потрібно особливо акцентувати увагу на думці про те, що юридичні наукові публікації закладають необхідну умову для формування думки (позиції) щодо юридичної справи, а тому вони мають належним чином і на системній основі опрацьовуватися суддями.

## 2 Дискусії навколо юридичних поглядів як основи судового рішення

Аналіз судової практики показує, що судді як судів першої інстанції, так і Верховного Суду все ще надзвичайно рідко кладуть юридичні погляди в основу своїх рішень. Показовими у цьому плані є рекомендації, сформульовані у посібнику для суддів, який присвячений питанням написання судового рішення. Його укладачі, зокрема, пишуть: «Відповіді щодо вирішення практичної проблеми дуже часто можна знайти у працях науковців. Не бійтеся їх використовувати і навіть посилатися у тексті рішення»<sup>15</sup>. Вислів «не бійтеся їх використовувати і навіть посилатися у тексті рішення», на наш погляд, наочно свідчить, по-перше, про негативне ставлення суддівської спільноти до юридичної доктрини (принаймні на рівні її використання під час формулювання та обґрунтування судового рішення) та, по-друге, що цитування наукових праць не є поширеною практикою, яку ще треба «прищеплювати» суддям.

Причин, що пояснюють подібний стан справ, чимало. Так, можна вести мову про: історичну правову спадщину, для якої (за радянських часів) було абсолютно нетиповим посилання на наукові доробки в офіційних документах; не завжди високу якість наукових праць, що викликає у суддів негативне ставлення до наукових результатів; відсутність єдиних стандартів та підходів до оформлення посилань у текстах судових рішень тощо. Проте вважаємо, головна проблема полягає у тому, що в Україні все ще не сформувалося правильне (сучасне) ставлення до наукової доктрини та її місця у системі джерел права. Зупинимося на цьому аспекті детальніше.

<sup>15</sup> Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. Київ: Дрім Арт, 2013. С. 189.

Як відомо, українська правова система багато чого успадкувала від радянської правової системи, зокрема і тяжіння (принаймні у перші десятиріччя після набуття незалежності) до нормативістського (або юридико-позитивістського) типу праворозуміння, в основу якого, як відомо, покладена ідея про те, що право являє собою сукупність загальнообов'язкових правил поведінки, встановлених або санкціонованих державою і забезпечених у разі необхідності, її примусом<sup>16</sup>. До характерних рис цього типу праворозуміння відносять:

- ототожнення права і закону;
- ігнорування змістовної сторони закону, його (чи окремих його положень) моральної оцінки;
- заперечення будь-якої творчої ролі судді, зведення його виключно до «вуст закону», тобто формально-догматичного його застосування;
- абсолютизація формально-логічних, догматичних методів у теоретичному правознавстві та в судовій аргументації<sup>17</sup>.

Подібне розуміння права, змісту і призначення правозастосовної діяльності вплинуло й на формулювання положень українських нормативних актів, зокрема, і Конституції України, яка була прийнята у 1996 році. У даному випадку йдеться, наприклад, про формулювання ч. 2 ст. 6: «Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України» та положення ч. 2 ст. 19: «Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»<sup>18</sup>. Як бачимо лише закон визнано законодавцем регулятором суспільних відносин.

Поряд із тим варто звернути увагу й на ст. 6 Закону України «Про статус суддів», який було прийнято у 1992 р., і який залишався чинним до 2010 р. де, зокрема, було сказано: «Судді зобов'язані при здійсненні правосуддя дотримувати Конституції та законів України, забезпечувати повний, всебічний та об'єктивний розгляд судових справ з дотриманням встановлених законом строків...»<sup>19</sup>.

Отже, з викладеного стає очевидним, що законодавець вимагав, а подекуди і продовжує вимагати, аби органи державної влади під час виконання

---

<sup>16</sup> Луцький Р.П. Основні типи праворозуміння. *Науковий вісник Ужгородського університету*. 2011. Вип. 15. С. 54 (Серія «Право»).

<sup>17</sup> Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 35.

<sup>18</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>19</sup> Про статус суддів : Закон України від 15 грудня 1992 р. № 2862-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 8. Ст. 56.

покладених на них обов'язків керувалися виключно нормативними актами (Конституцією та законами), виданими державою.

Одним із перших месенджерів, який показав, що в Україні на рівні професійної юридичної спільноти почалися зміни, спрямовані на відхід від позитивістського та перехід до природно-правового типу праворозуміння, стало рішення Конституційного Суду України у справі про призначення більш м'якого покарання, в якому суд чи не найперше в українській юридичній (правовій) історії вказав на те, що «право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства».

З викладеного випливає, що поряд з нормами моралі, традиціями та звичаями можуть існувати й інші прояви права. Про це свідчить, зокрема, слово «тощо», яке було використано судом під час формулювання переліку можливих форм існування (прояву) права. Очевидно, що на такий статус може претендувати і юридична доктрина, про що в останні роки доволі голосно почали казати колеги, у тому числі і автор цих рядків<sup>20</sup>.

З огляду на викладене, категорично не можемо погодитися з думкою Є. Євграфової (яка, до речі, є суддею на час написання цієї роботи), яка пише, що віднесення доктрини до кола джерел права є очевидним перебільшенням і відображає романтизм авторів щодо ролі правової науки. «За їх логікою, усвідомлюють вони це чи ні, але наука, юристи самі по собі є правом, а не його суб'єктами і користувачами. Без сумніву, правова наука має певний вплив, який мав бути значно більшим, на законотворення, виступає одним із факторів удосконалення державного механізму і правової системи. У цьому сенсі наукова правова доктрина є джерелом законотворення»<sup>21</sup>. В якості коментарю варто лише зазначити, що авторка цих слів продовжує перебувати на рейках нормативістського типу праворозуміння, не бажаючи звертати увагу на те, що життя права вже давно змінилося.

З урахуванням викладеного, а також того факту, що на сьогодні принцип верховенства права визначається майже у всіх нормативних актах в якості чи найголовнішої засади функціонування будь-якого органу публічної влади, орієнтуючи усіх суб'єктів правозастосовної діяльності на необхідність безумовної поваги до прав людини і потребу пошуку й прийняття справедливого рішення у будь-якій справі, слід внести, на наш погляд, зміни до Конституції України, зокрема, названих вище ч. 2 ст. 6 та ч. 2 ст. 19, де має бути зазначено, що органи влади керуються у своїй діяльності не лише

---

<sup>20</sup> Карамаліта М. В. Правова доктрина – джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2011. С. 182; Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 165–166; Мельник Р. С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях : навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2018. С. 136 та ін.

<sup>21</sup> Євграфова Є. Доктрина у правовій науці і юридичній практиці. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2. С. 60.

законом, а й правом. Такий крок приведе до офіційного розширення кола джерел права в Україні, одним із яких є, відповідно, і юридична доктрина.

### **3 Зобов'язання та можливості включення до судового рішення юридико-доктринальних висновків**

Позиції науковців щодо ролі та статусу юридичної доктрини, підкріплені названим вище рішенням Конституційного Суду України, очевидно, здійснили вплив і на законодавця, який протягом останніх років, і насамперед у сфері організації та здійснення судочинства, почав згадувати про науковців та юридичну доктрину. Зупинимось на цьому аспекті детальніше.

Відповідно до ст. 47 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>22</sup> при Верховному Суді утворена Науково-консультативна рада (далі – НКР), до якої входять висококваліфіковані фахівці у сфері права, покликані готувати наукові висновки з питань діяльності Верховного Суду, що потребують наукового забезпечення. У розвиток цього положення Постановою Пленуму Верховного Суду від 2 лютого 2018 р. № 1 затверджено Положення про Науково-консультативну раду при Верховному Суді та її членів. Так, до їх повноважень належать:

- підготовка наукових висновків щодо тлумачення та застосування норм права;
- участь у підготовці проєктів узагальнень практики застосування судами норм матеріального і процесуального права з метою забезпечення їх однакового застосування під час розгляду справ;
- попередній розгляд проєктів постанов Пленуму Верховного Суду щодо надання рекомендаційних роз'яснень з питань застосування судами законодавства України під час розгляду справ;
- попередній розгляд проєктів висновків Пленуму Верховного Суду щодо проєктів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою України тощо<sup>23</sup>.

За «науковою допомогою» до членів НКР можуть звертатися і окремі судді. Так, згідно з ч. 7 ст. 347 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС) після передачі справи на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду визначений у ній суддя-доповідач у разі необхідності звертається до відповідних фахівців Науково-консультативної ради при Верховному Суді стосовно підготовки наукового висновку щодо застосування

<sup>22</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>23</sup> Положення про Науково-консультативну раду при Верховному Суді. // [https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud/ppn\\_kr/](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/ppn_kr/).



норми права, питання щодо якого стало підставою для передачі справи на розгляд Великої Палати, крім випадків, коли висновок щодо застосування цієї норми у подібних правовідносинах був раніше отриманий Верховним Судом<sup>24</sup>.

Разом із тим члени НКР можуть брати участь і у засіданнях Пленуму Верховного Суду, долучаючись, поміж іншим, і до обговорення питань узагальнення практики застосування матеріального і процесуального законів.

З викладеного стає очевидним, що Верховний Суд зорієнтований на постійну співпрацю з вченими у питаннях пошуку відповідей на складні питання у сфері відправлення судочинства як в окремих справах, у яких здійснюється перегляд рішень у касаційному порядку, так і у межах узагальнень судової практики. Будучи членом НКР відзначаю також, що наукові висновки, які готуються її членами, беруться до уваги також і суддями першої та апеляційної інстанцій, у разі, якщо вони стосуються предмета спору, і це наглядно можна побачити у рішеннях з таких справ<sup>25</sup>. Чи не є це яскравим прикладом того, як наукова позиція, висловлена щодо норми права, яка позбавлена конкретності та чіткості, дозволяє судді знайти справедливе рішення у справі?

Згадавши про НКР при Верховному Суді, варто сказати також і про те, що подібна рада утворена також і при Конституційному Суді України, який, на наш погляд, ще більше, порівняно з Верховним Судом, у своїх справах орієнтується на юридичну доктрину, вирішуючи справи конституційної юрисдикції. Правовою основою для створення цієї ради є ст. 41 Закону України «Про Конституційний Суд України»<sup>26</sup> та Положення про Науково-консультативну раду Конституційного Суду України, згідно з яким члени ради, поміж іншим, надають за зверненнями суддів Суду наукові висновки з питань, порушених у конституційних поданнях, конституційних зверненнях та конституційних скаргах<sup>27</sup>.

На підтвердження висловленої вище думки про те, що Конституційний Суд України у своїх рішеннях спирається на юридичну доктрину, процитуємо одне з них. Так, наприклад, у ч. 2 п. 4.3 Рішення Конституційного Суду України від 22 грудня 2010 р. № 23-рп/2010 зазначено: «Словосполучення «власник (співвласник) транспортного засобу», використане у статті 14-1 Кодексу, означає, що таким власником (співвласником) може бути як фізична, так і юридична особа (статті 2, 318 Цивільного кодексу України). Конституційний

<sup>24</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446.

<sup>25</sup> Справа про адміністративне правопорушення № 448/1231/17, розглянута 13 грудня 2017 р. суддею Мостиського районного суду Львівської області Білоусом Ю. Б.

<sup>26</sup> Про Конституційний Суд України : Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 35. Ст. 376.

<sup>27</sup> Положення про Науково-консультативну раду Конституційного Суду України. // <http://www.ccu.gov.ua/storinka/polozhennya-pro-naukovo-konsultativnu-radu-konstytutyynogo-sudu-ukrayiny>.

Суд України виходячи з конституційного принципу індивідуалізації юридичної відповідальності (частина друга статті 61 Конституції України), **правової доктрини** (виділено мною – Р.М.)...»<sup>28</sup>. Як бачимо, Конституційний Суд розглядає правову доктрину поряд з конституційними принципами, в якості однієї із підстав для прийняття рішення.

Науковою допомогою у межах судових справ можуть скористатися і учасники судового, яким це право надано процесуальними кодексами. Так, згідно зі ст. 73 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 69 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 70 Господарського процесуального кодексу України до справи може бути залучений експерт з питань права. «Як експерт з питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права. Рішення про допуск до участі в справі експерта з питань права та долучення його висновку до матеріалів справи ухвалюється судом. Експерт з питань права зобов'язаний з'явитися до суду за його викликом, відповідати на поставлені судом питання, надавати роз'яснення. За відсутності заперечень учасників справи експерт з питань права може брати участь в судовому засіданні в режимі відеоконференції. Експерт з питань права має право знати мету свого виклику до суду, відмовитися від участі у судовому процесі, якщо він не володіє відповідними знаннями, а також право на оплату послуг та компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду»<sup>29</sup>.

Разом із тим учасники справи мають право подати до суду висновок експерта у галузі права щодо: 1) застосування аналогії закону чи аналогії права; 2) змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. Висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, вказівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути прийнято за результатами розгляду справи. Висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду. Суд може посилатися в рішенні на висновок експерта у галузі права як на джерело відомостей, які в ньому містяться, та має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) від 22 грудня 2010 р. № 23-рп/2010. *Офіційний вісник України*. 2010. № 101. Ст. 3639.

<sup>29</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492; Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. № 35–36. № 37. Ст. 446; Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

<sup>30</sup> Цивільний процесуальний кодекс України (ст. ст. 114, 155). *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492; Кодекс адміністративного судочинства України (ст. ст. 112, 113).

Аналізуючи процитовані положення процесуальних кодексів, варто звернути увагу на декілька аспектів:

– по-перше, незрозуміло, чому законодавець вирішив, що експерти у галузі права можуть давати висновки лише з двох визначених вище груп питань. Очевидно, що застосування права, пошук норми або принципів, які допустимо покласти у підґрунтя судового рішення, не можуть зводитися лише до проблеми «застосування аналогії закону чи аналогії права». Експерт може надавати суду пояснення щодо змісту тих або інших юридичних категорій, пояснювати історичні особливості формування певних концепцій (що є важливим, наприклад, у контексті історичного тлумачення), висловлювати свою точку зору щодо обсягу правового регулювання того або іншого нормативного акта тощо.

- У зв'язку з цим процитоване положення процесуальних кодексів, на наше переконання, має бути сформульовано таким чином, щоб не обмежувати обсяг тих знань, які можуть бути передані суду (судді) фахівцем у галузі права, адже уся юридична доктрина, а не якась її частина, є джерелом права. Орієнтиром у цьому плані може виступати формулювання ст. 38 Статуту міжнародного суду ООН, де вказано, що «суд, який зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права, застосовує: ... d) із застереженням, вказаним у статті 59, судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих спеціалістів з публічного права різних націй у якості допоміжного засобу для визначення правових норм»<sup>31</sup>;

– по-друге, викликає запитання ситуація, пов'язана з відсутністю у Кримінальному процесуальному кодексі України положень про допустимість участі у судовому розгляді справи експерта у галузі права. Подібну заборону, якщо подивитися на зміст процитованих вище положень щодо завдань експерта у цивільному, адміністративному та господарському процесі («застосування аналогії закону чи аналогії права»), напевно, можна пояснити з посиланням на Кримінальний кодекс України<sup>32</sup>, ч. 4 ст. 3 якого забороняє застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією, а також на все ще існуючі у науці думки про неможливість існування аналогії і у кримінальному процесі. Відповідно, якщо аналогія у кримінальному процесі недопустима, то тоді навіщо залучати до цього процесу і експерта у галузі права, який покликаний давати пояснення щодо застосування аналогії закону чи аналогії права. Не занурюючись у цю проблематику, зазначимо лише, що ми схильні підтримати тих авторів, які вважають за необхідне і можливе

---

*Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446; Господарський процесуальний кодекс України (ст. ст.108, 109). *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

<sup>31</sup> Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду. // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010).

<sup>32</sup> Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

застосування аналогії у кримінальному процесі<sup>33</sup>. Проте якщо навіть цю думку і не поділяти, то все одно нічого не заважає залучити експерта у галузі права у кримінальний процес для пояснення сотень питань, не пов'язаних з аналогією, які постійно виникають під час цього виду провадження. У разі якщо Верховний Суд дозволив і передбачив роботу у складі НКР групи вчених, які опікуються питаннями кримінального права та кримінального процесу, то, очевидно, що науковий супровід кримінального процесу все-таки необхідний. І якщо такий супровід відбувається на рівні Верховного Суду, то чому його немає на рівні суду першої інстанції? Він якраз і міг би бути забезпеченим за рахунок участі у процесі експерта у галузі права. Відсутність такої можливості, поряд з викладеним, ставить у нерівні умови учасників різних видів проваджень, що викликає запитання про дотримання законодавцем конституційного принципу рівності у частині гарантування учасникам будь-якого провадження рівних (однакових) прав.

Залучення вчених-юристів до процесу пошуку відповіді на складні питання, які виникають у сфері відправлення судочинства, здійснюється в Україні також і через звернення, як правило, суддів Конституційного Суду України, до університетів та/або наукових установ, у яких працюють вчені, з проханням доручити відповідним фахівцям підготувати відповідь на те або інше запитання зі сфери права. При цьому судді посилаються на п. 6 ч. 1 § 43 Регламенту Конституційного Суду України, який надає їм право звертатися до наукових установ та вищих навчальних закладів з метою з'ясування позиції, наукових підходів щодо питань, які виникають у конституційному провадженні<sup>34</sup>. Проблема таких звернень полягає у тому, що, по-перше, згідно з посадовими обов'язками працівників університетів (доцентів, професорів, завідувачів кафедр, деканів тощо) вони не зобов'язані давати відповіді на такі запити, адже головним завданням університету та цих осіб є провадження (здійснення) освітньої діяльності; по-друге, Конституційний Суд України, так само як і інші суб'єкти, які звертаються з такими листами, не оплачують вченим їх роботу, пов'язану з пошуком відповіді на поставлені, причому завжди надзвичайно складні, а іноді й політично забарвлені, питання; по-третє, з огляду на викладене, часто (звісно, не завжди) якість підготовлених відповідей на запити суддів залишає бажати кращого, бо така робота розглядається колегами в якості додаткового «примусового» навантаження, яке виконується за вказівкою керівництва університету.

Вихід із такої ситуації вбачається у прийнятті нормативного акта, який би визначав вартість робіт експертів, пов'язаних підготовкою експертних висновків, а також чітко регламентував їх статус, визначав права та обов'язки.

<sup>33</sup> Колотова О. В. Допустимість застосування аналогії галузях права. Держава і право. 2009. Вип. 44. С. 60–66.

<sup>34</sup> Про Регламент Конституційного Суду України : постанова Конституційного Суду України від 22 лютого 2018 р. № 1-пс/2018. *Офіційний вісник України*. 2018. № 21. Ст. 696.

Таким чином, положення чинного законодавства та практика їх реалізації дають змогу зробити висновок, що в Україні наразі склалися усі передумови, а також юридичні можливості для використання юридичної доктрини в якості джерела права, яким у процесі відправлення правосуддя мають послуговуватися судді з метою винайдення справедливого рішення у справі, у разі якщо для цього, з тих або інших причин, не вистачає ресурсу (потенціалу) нормативно-правових актів.

#### **4 Юридична наука та її внесок у прогнозованість і передбачуваність судового рішення**

Юридична наука, як вже було продемонстровано вище, може надавати судовій практиці різноманітну допомогу, яка, поміж іншим, повинна сприяти і забезпеченню прогнозованості та передбачуваності судового рішення. Це завдання може бути розв'язано, у тому числі, завдяки введенню у науковий обіг термінології, яка має сприйматися і розумітися усіма – суддями, адвокатами, прокурорами, іншими учасниками судового процесу однаково. Робота над термінологією, формулювання чітких і однозначних визначень для тієї або іншої юридичної категорії – завдання науки.

Наразі в Україні формування юридичної термінології відбувається у декілька способів.

Перший: пострадянський. Його особливість полягає у тому, що до сучасної наукової доктрини, навчальної літератури переносяться категорії та їх тлумачення, які були сформульовані ще за радянських часів. Прихильники такого підходу часто наголошують на тому, що у ті часи було зроблено багато корисних речей, які не варто забувати і якими, за умови їх певної модифікації, можна користуватися і у сучасних умовах. Модифікація при цьому відбувається або шляхом відмови від прикметника «радянський», або через його заміну іншою категорією. Викладене стосується таких понять, як: «держава», «державне управління», «примус» тощо.

Другий: український. Представники даного підходу перебувають на позиції, що становлення України як незалежної, демократичної та правової держави, з власною Конституцією та законодавством, зобов'язує вчених до розробки вітчизняної термінології чи, принаймні, наповнення існуючих термінів національним (українським змістом). Як результат, українська доктрина збагатилася за рахунок таких понять, як «суб'єкт владних повноважень», «місцеві державні адміністрації», «військово-цивільні адміністрації», «податковий компроміс» тощо.

Третій: проєвропейський. Вже доволі давно Україна рухається у напрямі європейської інтеграції, правовою основою для якої спочатку була Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими

Співтовариствами та їх державами-членами<sup>35</sup>, яка у 2014 р. була замінена Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони<sup>36</sup>, що, як наслідок, викликало необхідність приведення правової системи України у відповідність до правової системи ЄС, а це, у свою чергу, не може бути досягнуто без узгодження української юридичної термінології з термінологією правової системи ЄС. Як наслідок українська юридична доктрина наповнилася новими термінами, які або не вживалися раніше, або вимагали ґрунтовного перегляду їх розуміння. Як приклад можна назвати: адміністративно-господарське право, поліцейське право, адміністративний акт, який поширює свою дію на третіх осіб, адміністративна процедура тощо.

Результатом цього стає включення «народжених» в один із описаних вище способів термінів у тексти нормативних актів, що, як наслідок, часто викликає колапс на рівні їх застосування, оскільки кожен суддя може одну і ту ж саму категорію розуміти зовсім по-іншому. Продемонструємо це на прикладі судового рішення, розглянутого у касаційному порядку Верховним Судом, у якому «точкою спотикання» стало з'ясування змісту терміна «закон».

Відповідно до обставин справи, Особу-2 було визнано винним у тому, що він всупереч вимогам, визначеним Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами смертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів, затвердженої наказом Міністерства внутрішніх справ України № 662 від 21 серпня 1998 р. та Положенням про дозвільну систему, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України № 576 від 12 жовтня 2012 р., без передбаченого на те законом дозволу носив у кишені своєї сумки телескопічну биту (палку), яка згідно з висновком експерта № 415-х від 3 листопада 2015 р. є холодною зброєю та відноситься до контактної не клинкової холодної зброї ударно-дробильної дії, виготовленої саморобним способом. Особу-2 притягнуто до кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 263 Кримінального кодексу України та призначено покарання у виді позбавлення волі строком на один рік.

У касаційній скарзі адвокат, поміж іншим, стверджував, що у зв'язку з відсутністю закону, який би передбачав порядок надання дозволу на носіння зброї, в діях Особа-2 відсутня подія злочину, передбаченого ч. 2 ст. 263 КК України.

<sup>35</sup> Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами. *Офіційний вісник України*. 2006. № 24. Ст. 1794.

<sup>36</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Т. 1. Ст. 2125.

Аналізуючи скаргу у цій частині, Верховний Суд зазначив: «Що стосується доводів... про те, що за відсутності в Україні закону, який би регулював порядок надання дозволу на носіння зброї, у діях Особа-2 відсутня подія злочину, то вони є безпідставними, оскільки норма ст. 263 КК України є субсидіарною і для розуміння незаконності поведінки зі зброєю, вимагає аналізу відповідного закону. При цьому поняття «закон», яке використав законодавець, має розширене тлумачення і включає в себе законодавство у цілому, в тому числі нормативні акти, що регулюють відповідні правовідносини, порушення яких утворює об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 263 КК України»<sup>37</sup>.

Переходячи до аналізу цього рішення, зазначимо, що в українській юридичній доктрині одночасно існує три названих вище підходи до розуміння категорії закон – радянський, український та просвітописський. Відповідно до радянського підходу під законом розуміється будь-який нормативний акт, виданий державою<sup>38</sup>; згідно з українським – лише частина нормативних актів, зокрема, ті, що видаються центральними органами влади – Урядом, Президентом України, парламентом, є законами<sup>39</sup>; за просвітописським же закон – це виключно акт, який виданий парламентом<sup>40</sup>.

Проблема пошуку оптимального визначення категорії закон ускладнюються і тим, що цей термін неодноразово вживається і у Конституції України, де у п. 22 ч. 1 ст. 92 встановлено, що виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них. Відповідно, постає питання, в якому саме законі (якщо дивитися на цю категорію крізь призму виду нормативного акта), може бути зафіксована об'єктивна сторона злочину. Як випливає з процитованого вище рішення Верховного Суду, судді вважають, що це може бути здійснено будь-яким нормативним актом, тобто виданим, фактично, найнижчим у ієрархічному сенсі суб'єктом правотворчої діяльності.

На наш погляд, такий підхід є помилковим і небезпечним, оскільки може викликати численні порушення прав громадян, бо величезна кількість суб'єктів публічної влади, прикриваючись широким (радянським) розумінням категорії «закон», можуть почати обмежувати права громадян, встановлювати порядок користування ними тощо шляхом видання різноманітних (власних) нормативних актів – наказів, постанов, розпоряджень і т.п. На наше глибоке

<sup>37</sup> Рішення Верховного Суду у справі № 127/27182/15-к. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74475834>.

<sup>38</sup> Архипов К. Понятие закона. Советское право. – 1924. – № 2 (8). – с. 41–72.

<sup>39</sup> Див. рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство»). *Офіційний вісник України*. 1998. № 32. Ст. 1209.

<sup>40</sup> Мельник Р. С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях : навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2018. С. 114.

переконання, вжитий у Конституції України термін «закон» не може застосовуватися в ній як у широкому, так і вузькому значеннях, як це пропонується авторським колективом підручника «Загальна теорія права»<sup>41</sup>. Закон – це виключно акт парламенту! Відхід від цієї позиції означав би заперечення принципів правової держави та стандартів демократії. З огляду на викладене, повертаючись до процитованого рішення Верховного Суду, не можемо розділити точку зору суддів у цій частині.

На завершення варто навести абсолютно правильну і слушну у цій частині цитату професора В. Авер'янова, який писав, що введення уніфікованих понять та термінів для виразу однорідних явищ є важливою умовою підвищення юридичної культури<sup>42</sup>, а від себе додає, що і умовою забезпечення прогнозованості та передбачуваності судового рішення. Завдання щодо пошуку уніфікованих понять і термінів, очевидно, має вирішуватися на державному рівні, можливо, шляхом створення державної правової комісії, до складу якої повинні увійти найбільш фахові спеціалісти та науковці. Розроблена ними термінологія має, у свою чергу, стати базовою під час розробки нормативних актів та прийняття рішень судами.

---

<sup>41</sup> Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 177.

<sup>42</sup> Аверьянов В.Б. Функции и организационная структура органа государственного управления. Киев: Наукова думка, 1979. С. 58.



## Значення компетенції суддів щодо тлумачення права для якості прийняття судових рішень та їх обґрунтування

*Доц. Юр. Франциска Шнух, MLE. / Леннарт Марквард*

Судова система діє як стабілізатор демократичної державної спільноти, реалізуючи в конкретних випадках вимоги і заборони, передбачені законом<sup>1</sup>. Але судова влада може реалізувати функцію права із забезпечення миру в суспільстві, якщо вона творитиме і втілюватиме в праві рівність<sup>2</sup>. Передумовою цього є те, що тлумачення законів буде не до- чи й свавільним, але відповідатиме вимогам раціонального вчення: юридичної методики<sup>3</sup>.

Чи виступить тут суддя<sup>4</sup> лише у якості обслуги або уст закону, чи йому належатиме завдання «виконроба / забудовника правової системи» – це питання знову й знову стає предметом суперечливих дискусій<sup>5</sup>. В їхньому центрі перебуває проблематика ролі судової влади в державі, заснованій на поділі влади. Що належить до «тлумачення» законів? Як далеко заходять

---

<sup>1</sup> *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2407).

<sup>2</sup> *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).

<sup>3</sup> *Rehbahn*, ZRPW 2016, 281 (282 f.).

<sup>4</sup> З причин кращої читабельності в цій статті загалом вживається чоловічий рід. Слід зазначити тут, що виключне вживання чоловічого роду слід розуміти як незалежне від родових ознак використання вживаних у статті понять.

<sup>5</sup> Порівн., наприклад, з одного боку: *Rütbers*, JZ 2006, 958 ff.; те саме, JZ 2007, 556 (560); а з другого: *Hirsch*, JZ 2007, 853 ff.; *Hassemer*, ZRP 2007, 213 ff. а також розрізняючи: *Wenzel*, NJW 2008, 345 ff.

повноваження суддів як третьої гілки влади? Чи є компетенція суддів тлумачити та розбудовувати право «узурпованою владою, спрямованою проти законодавця», чи, радше, «домашнім реманентом третьої влади і водночас конструктивним елементом в системі поділу влади»<sup>6</sup>?

Метою наступного допису і є наближення до відповідей на ці питання.

## 1 Класичні критерії тлумачення та джерела впливів, що його визначають

Попри відсутність загальноприйнятої «теорії правосуддя»<sup>7</sup> в Німеччині склався широкий консенсус, що судді спочатку мають розрізняти «інтерпретацію» законів, відмежовуючи власне тлумачення, від «добудови права», хай навіть одне доповнює друге. Застосування права у вужчому розумінні (тобто тлумачення) та повноваження самостійно формувати право (добудова права) є, відтак, етапами юридичного процесу, що взаємно переходять один в другий<sup>8</sup>.

### 1.1 Мета тлумачення

В Німеччині побутують, по суті, два погляди на мету тлумачення: об'єктивна та суб'єктивна теорії<sup>9</sup>. В принципі слід зважати на таке: демократія як засадничий підхід визначає парламентського законодавця як ту інстанцію чи той орган, воля якого формулюється через закон.

Суб'єктивна теорія бачить головну мету тлумачення в утвердженні волі історичного законодавця. Суддя як «мислячий помічник» законодавця має розуміти і тлумачити закон так, як мислив його законодавець свого часу, тобто при прийнятті закону<sup>10</sup>.

Інший погляд, якого, зокрема, дотримуються вищі федеральні суди, представляє панівну об'єктивну теорію<sup>11</sup>. Її прихильники вважають, що визначальною є воля закону, а воля законодавця варта уваги тільки як її доповнення. Федеральний конституційний суд Німеччини вже у в своєму рішенні від 21 травня 1952 р. заявив:

*«Вирішальною для тлумачення положення закону є виражена в ньому об'єктивована воля законодавця, як і оскільки вона випливає із формулювання відповідного правового положення та контексту, в якому воно розташоване. Натомість, не є вирішальним*

<sup>6</sup> *Hirsch*, JZ 2007, 853 (856).

<sup>7</sup> Щодо цього критично: *Wenzel*, NJW 2008, 345 (348 f.).

<sup>8</sup> *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2407); *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 4 Rn. 35; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366.

<sup>9</sup> Щодо спору про цілі тлумачення порівн.: BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (129 f.); *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876 f.).

<sup>10</sup> *Muthorst*, JA 2013, 721 (724); *Rüthers*, JZ 2006, 53 ff.

<sup>11</sup> *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 158.

*суб'єктивне уявлення органів, що беруть участь у законодавчому процесі, або окремих їх членів, стосовно значення відповідного положення. Історія виникнення того чи іншого припису має значення лише для його тлумачення, оскільки вона підтверджує правильність тлумачення, отриманого відповідно до викладених принципів, або усуває сумніви, які не можуть бути усунуті лише одним зазначеним способом»<sup>12</sup>.*

## 1.2 Критерії тлумачення

Значення норми права суди в Німеччині розуміють і розкривають за допомогою класичних критеріїв тлумачення, що також мають назву канону тлумачення, який пов'язують з фігурою *Фрідріха Карла фон Савіньї*<sup>13</sup>. Він виділяв чотири «види дій, які повинні взаємодіяти для успіху інтерпретації»<sup>14</sup>. Ними є граматичне, системне, телеологічне та історичне тлумачення, і кожне з них здатне взаємно доповнювати решту<sup>15</sup>. Крім того, при тлумаченні текстів законів треба враховувати юридичні норми вищого рівня. Це стосується, з одного боку, конституційних норм («конституційно узгоджене тлумачення»), а з другого, – положень європейського права («узгоджене з нормами Євросоюзу тлумачення» або ж «тлумачення, узгоджене з євродирективами»<sup>16</sup>).

Детально:

### 1.2.1 Граматичне тлумачення

Так само, як тлумачення будь-якого тексту, інтерпретація норми права починається з її дослівного опрацювання, з дослідження значення тексту і сенсу кожного з відповідних слів і їхнього взаємозв'язку<sup>17</sup>. За допомогою цієї методики, іменованої граматичним і філологічним тлумаченням, визначається значення, яке можуть отримувати слова певного закону, а саме відповідно до мовних правил, тобто мовних норм лінгвістично однорідної спільноти, і згідно з мовними вимогами законодавця<sup>18</sup>. Отже, йдеться про врахування семантики, дослівного звучання, а також синтаксису, тобто структури висловлювань застосовуваних норм. Так, граматична структура норми, логічні співвідношення окремих слів закону одне до одного, а також можливе значення окремих слів закону є визначальними для змісту розтлумаченої

<sup>12</sup> BVerfGE 1, 299, Ls. 2.

<sup>13</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 230.

<sup>14</sup> Mutborst, JA 2013, 721 (724).

<sup>15</sup> Щодо тлумачення законів: Savigny, System des heutigen Röm. Rechts 1840, Bd. I, 206 ff., 212 ff. Щодо стосунків між критеріями тлумачення докладно: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343 ff.

<sup>16</sup> Див. з цього приводу нижче п. 2.

<sup>17</sup> Schifers, JuS 2015, 875 (877); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 320.

<sup>18</sup> Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, S. 456.

норми<sup>19</sup>. При цьому загальнозживана і юридична мови можуть відрізнитися, ба навіть у використанні юридичної мови поняттям можуть надаватися різні значення в різних контекстах їхнього вживання<sup>20</sup>. До прикладу, значення поняття *власності* в конституційному праві (ст. 14 Основного закону) не є ідентичним тому, яке побутує у праві цивільному<sup>21</sup>. Навіть у межах одного й того ж закону поняття можуть отримувати різні значення<sup>22</sup>. Тлумачення відповідно до дослівного формулювання є відтак завжди лише першим кроком на шляху до встановлення повноцінного значення закону, за яким слідують подальші кроки – використання решти методів тлумачення. Разом із тим дослівне формулювання встановлює межу, за яку тлумачення зазвичай виходити не повинне<sup>23</sup>. Якщо ж певна сукупність обставин не може бути субсумована під дослівний зміст тієї чи іншої норми, ця норма до регульованого випадку застосуванню не підлягає. Тоді можна спробувати вдатись лише до аналогії.

### 1.2.2 Системне

Наступним, другим кроком є системне тлумачення. Воно вимагає розгляду і врахування контексту, що існує між окремими правовими думками. Оскільки закон складається здебільшого з неповних, пояснювальних, обмежувальних або відсильних приписів і норм, які лише разом з іншими правилами дозволяють здобути повну правову норму, той чи інший припис часто стає зрозумілим і придатним до застосування лише в поєднанні з іншими правилами<sup>24</sup>. Вирішальним, таким чином, стає спільний зміст приписів та їхнє місце в загальній структурі норм права<sup>25</sup>. Наприклад, правило § 935 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) про набуття речей у власність стає зрозумілим лише тоді, коли його буде взято в поєднанні, наприклад, з іншими положеннями в системі добросовісного набуття майна, як-от згідно з § 932 згаданого Цивільного кодексу. У разі відсильних норм той припис, на який робиться посилання, має бути включений в правило, яке підлягає тлумаченню. Тут можна в принципі розрізнити дві «системи»: з одного боку, розглядається вбудованість норми в закон, враховуючи його загальну структуру і її місце в цій структурі (так звана зовнішня система). З другого боку, може йтися також і про уникнення суперечливих оцінок і загрози неврахування більш спеціальних /

<sup>19</sup> Mutborst, JA 2013, 721 (725).

<sup>20</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 231.

<sup>21</sup> Порівняй: BVerfGE 89, 1 (5 ff.).

<sup>22</sup> Так, наприклад, поняття «належного конституційного порядку» в Основному законі в його абз. 3 ст. 20 має інше значення, ніж в його абз. 1 ст. 2. З цього приводу: Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 232 m.w.N.

<sup>23</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 324.

<sup>24</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 325.

<sup>25</sup> BVerwGE 41, 334 (339).

конкретних норм (так звана внутрішня система). Простіше кажучи, системне тлумачення, таким чином, цікавиться питанням того, яким є місце / позиція норми в контексті закону / окремої його частини, тобто яким є стосунок одного речення, абзацу, параграфу, розділу тощо до іншого / інших частин і цілої сукупності<sup>26</sup>.

### 1.2.3 *Історичне тлумачення*

На третьому етапі також може бути використаний намір законодавця з урегулювання або нормативного наповнення чи розкриття об'єктивного змісту закону: історичне тлумачення<sup>27</sup>. Головним тут є питання, яким було розуміння законодавцем відповідної норми і які аспекти підштовхнули до її видання. Для цього, з одного боку, слід розглянути історичне правове положення, тобто статус, що склався до прийняття закону, який потребує інтерпретації, а з другого, – під поняттям генетичної інтерпретації мають на увазі історію появи закону і його норм, як це зазвичай задокументовано в справі законопроекту, інших правничих матеріалах<sup>28</sup>. Джерелами знань при цьому, серед іншого, є друковані матеріали Бундестагу і Бундесрату, протоколи засідань їхніх комітетів, доповіді референтів тощо. Крім того, трансформація запропонованої норми в рамках законодавчого процесу може розкрити смисл, який законодавець вирішив вкласти в норму, а також зміни, що відбулися згодом у вже чинному приписі. При цьому слід зауважити, чи законодавець зважав на норми, що передували чинній, і / або чи (свідомо) він відхилився від раніше відомих моделей регулювання<sup>29</sup>.

### 1.2.4 *Телеологічна інтерпретація*

Четвертим етапом канону тлумачення є телеологічний підхід. Тут йдеться про об'єктивну мету закону або норми права, про *ratio legis*<sup>30</sup>. Метою є встановити правильне розуміння норми, те, яке найкращим чином виражає оцінку ваги кожного з інтересів, яких стосується норма<sup>31</sup>. В центр уваги тут потрапляє мета, яку заклала правова політика в появу норми, тому що йдеться про оцінки і порівняння ваги / цінності інтересів, виражених у досліджуваній правовій нормі<sup>32</sup>. Якщо ж *ratio legis* не має чіткого вираження в законі, його спершу слід з'ясувати. При цьому йдеться про визначення «об'єктивної мети», закладеної в

<sup>26</sup> *Muthorst*, JA 2013, 721 (725).

<sup>27</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 237.

<sup>28</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 347.

<sup>29</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 239.

<sup>30</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 240.

<sup>31</sup> *Muthorst*, JA 2013, 721 (725).

<sup>32</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 240.

ту чи іншу норму. Крім того, йдеться про «цілі, які зазвичай мають люди за обставин, що мають місце у дійсності і описані нормою, яка потребує тлумачення», при цьому передбачається, що правова система базується на справедливості, правопевності та доцільності як основоположних ціннісних рішеннях<sup>33</sup>. Вони беруться до уваги так само, як і етично-правові принципи. Але слід зважати й на соціальні наслідки та практичність, що також можуть сприяти пошуку і розкриттю мети правової норми<sup>34</sup>.

#### 1.2.5 Конституційно узгоджене (конформне) тлумачення

Якщо при застосуванні канону тлумачення залишаються можливими кілька різних варіантів тлумачення правової норми, завжди слід обирати той варіант, який найкраще відповідає «принципам Основного закону», і настільки повно, наскільки це можливо, втілює рішення Основного закону щодо рангу цих цінностей (конституційно узгоджене та конституційно орієнтоване тлумачення)<sup>35</sup>. Зокрема, основним правам таким чином надається чинність і у відносинах між приватними суб'єктами, що означає «випромінювання / ретрансляцію» їхнього впливу на норми приватного права, зокрема на загальні положення (непрямий / опосередкований вплив на третіх осіб). Ця вимога, яка забезпечує найвищий ранг конституційних норм, адресована кожному державному органу, уповноваженому на застосування закону<sup>36</sup>.

Крім того, існує, як підвид сприятливого до конституційних приписів тлумачення, вимога узгодженого з конституційними приписами тлумачення. Якщо існує можливість множинного тлумачення певного правила, серед яких (принаймні) одне веде до неконституційності цього положення, а також (принаймні) одне, результат якого веде до конституційної узгодженості норми, останньому слід обов'язково надавати перевагу як конституційно узгодженому тлумаченню. Серед кількох конституційно узгоджених варіантів тлумачень норми слід обирати те, яке найбільш повно узгоджене з конституційними вимогами<sup>37</sup>. Це встановлює Федеральний конституційний суд Німеччини і його рішення зв'язує і виконавчу, і судову владу<sup>38</sup>. Якщо суд, покликаний прийняти рішення, не вважає конституційне тлумачення можливим, він повинен звернутись до Федерального конституційного суду і передати відповідний закон для тлумачення (ст. 100 Основного закону).

<sup>33</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (879).

<sup>34</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (879).

<sup>35</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 160.

<sup>36</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 291.

<sup>37</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (879).

<sup>38</sup> Roellecke, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 68, Rn. 22.

### 1.3 Вплив судової практики вищих судових інстанцій

Розвинені вищими судами підходи і позиції слугують орієнтирами для тлумачення та добудови / розвитку права. Тому суди нижчих інстанцій можуть відхилитися від сталої судової практики вищих і верховної інстанцій лише з явно переважних або вагомих причин<sup>39</sup>. Однак судова практика вищих чи верховного судів також не є нормою закону. За нею може визнаватись обов'язковість лише виходячи з принципу захисту довіри / законних очікувань, який впливає з принципу правової держави<sup>40</sup>.

### 1.4 Вплив літератури / науки

На відміну від римського права, коли розвинені юристами доктрини мали нормативну обов'язковість (наприклад, вчення Папініана, Павла, Гая та Ульпіана), сьогодні серед дослідників панує згода, що юридична література не є джерелом права. Натомість опублікована наукова література з права є джерелом пізнання права<sup>41</sup>. Відтак юридична література часто цитується в судових рішеннях, але жодних обов'язкових чи єдиних / одноманітних настанов щодо цього немає<sup>42</sup>.

### 1.5 Добудова права

Від тлумачення права у сенсі класичного правозастосування треба відокремлювати інше завдання – добудову / розвиток права, яке також є частиною обов'язків судді. Йдеться про «творчий пошук права», яке, будучи чинним *inter partes* суддівським правом, на відміну від інтерпретації є окремим, самостійним джерелом права<sup>43</sup>. Федеральний конституційний суд Німеччини проводить тут межу між допустимим «творчим пошуком права» і неприпустимою для судді правотворчістю<sup>44</sup>. Те, що добудова права взагалі є допустимим явищем, а отже, вузький позитивізм законодавства слід відкидати, має основою формулюванні абз. 3 ст. 20 Основного закону, згідно з яким правосуддя зв'язане «законом і правом», з чого випливає висновок, що право та закон не є тотожними явищами<sup>45</sup>.

Найважливіший випадок добудови права – це аналогія. У цьому випадку юридичні наслідки одного випадку, врегульованого юридичною нормою,

<sup>39</sup> BGHZ 85, 64 (66); 87, 150 (155); 125, 218 (222).

<sup>40</sup> BVerfGE 18, 224 (240).

<sup>41</sup> T.M.J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 3 Rn. 100; Vogel, Juristische Methodik, 1988, S. 106.

<sup>42</sup> T.M.J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 1 Rn. 68.

<sup>43</sup> Wenzel, NJW 2008, 345 (346).

<sup>44</sup> BVerfGE 34, 269 (288).

<sup>45</sup> Як приклад: BVerfGE 34, 269 (286 f.).

переносяться на подібний випадок. Передумовою аналогії є перш за все прогалина у регулюванні / законі, яку несвідомо допустив / створив законодавець; відтак, має існувати подібність охопленого законом випадку, на який поширюється норма, і тим, який вона не регулює<sup>46</sup>. Саме «протиплановість» нормативної прогалини зазвичай є найскладнішим фактом, що підлягає доведенню, але вона є елементарною вимогою для того, щоб не порушувати принцип поділу влади: якщо це не так, то має місце протилежний висновок<sup>47</sup>.

Але коли суддівська добудова права є допустимою, тобто, де пролягає вказана межа, яка забороняє неприпустиму правотворчість? Такі розділові межі, природно, є результатом поділу влади: правосуддя не повинне «підміняти своїм власним уявленням про матеріальну справедливість законодавчу нормотворчість»<sup>48</sup>. Не допускається ігнорування очевидної волі законодавця<sup>49</sup>. Зрештою, суддівська добудова права виключається там, де можна пізнати волю законодавця – хай вона буде навмисно залишеною прогалиною або навмисним охопленням обставин дійсності у конкретному випадку дослівним формулюванням закону. Незалежно від цього, аналогії не допускаються там, де обґрунтовують / виправдовують покарання на шкоду винному, а саме в кримінальному праві (абз. 2 ст.103 Основного закону).

## 2 Вплив права ЄС на судову інтерпретацію національного законодавства Німеччини

Поряд з висвітленими, історично сформованими і консолідованими «класичними» правилами тлумачення німецьких юридичних текстів, існує вплив права ЄС на інтерпретацію національних законів німецьким правосуддям. Право ЄС в принципі користується пріоритетом при застосуванні перед національним законодавством<sup>50</sup>, хоча щодо більш-менш уявних меж цього пріоритету існують чималі розбіжності<sup>51</sup>. Як член Європейського Союзу, Федеральна Республіка Німеччина зобов'язана відповідно до абз. 3 ст. 4 ДФЄ підтримувати ЄС у виконанні його завдання та утримуватися і не допускати жодних заходів, які можуть поставити під загрозу досягнення цілей ЄС. Звідси випливають об'ємні зобов'язання у зв'язку з

<sup>46</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 273 f.

<sup>47</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 560.

<sup>48</sup> BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1369).

<sup>49</sup> BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1369); *Wiedermann*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, 2407 (2408).

<sup>50</sup> *Herlegen*, Europarecht, 21. Aufl. 2019, S. 245 ff.; *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV, Rn. 35 ff.

<sup>51</sup> Конфлікт між Федеральним конституційним судом Німеччини і Судом Європейського Союзу, підсумовуючи: *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015, Vorrangfrage Europarecht – nationales Recht.



судовою реалізацією права ЄС: національні суди зобов'язані сприяти системі узгодженого та ефективного правового захисту і підтримувати її<sup>52</sup>. З «effet utile», врегульованого в абз. 3 ст. 4 ДФЕ, а також з пріоритетності застосування норм ЄС випливає вимога тлумачити національне законодавство відповідно до європейського права<sup>53</sup>. Це включає передусім тлумачення, яке відповідає директивам, а також тлумачення національного права у світлі норм європейського первинного права.

## 2.1 Тлумачення, яке відповідає директивам / сумісне з ними

Найважливішим аспектом тлумачення національного законодавства відповідно до європейського права є тлумачення, що відповідає директивам<sup>54</sup>. Це стосується всіх національних актів, яких зачіпає сфера дії тієї чи іншої директиви<sup>55</sup>. Починається таке тлумачення із закінченням строку, встановленого для імплементації відповідної директиви<sup>56</sup>, і виявляє себе там, де, згідно з «класичним» тлумаченням норма, яка підлягає імплементації, також може бути інтерпретованою у спосіб, несумісний з положеннями директиви<sup>57</sup>. Для цього суд спочатку має визначити, що саме вимагається самою директивою, тобто треба розтлумачити директиву поряд з національною нормою. При цьому слід дотримуватися, за наявності, тлумачення Суду ЄС. У сумнівних випадках слід запитати Суд ЄС відповідно до преюдиціальної процедури, передбаченої ст. 267 ДФЄС. Якщо суд вважатиме неможливим узгоджене із законодавством ЄС тлумачення певного закону, він не повинен його застосовувати<sup>58</sup>. Національним судам, відтак, на відміну від припущення про неконституційність певної норми, тут належить компетенція відмови від визнання чинності й відповідно від застосування норми<sup>59</sup>. У стосунку до зазначених «класичних» правил інтерпретації тлумачення, яке відповідає європейському законодавству, має вищий пріоритет – відповідно до права Євросоюзу<sup>60</sup>.

<sup>52</sup> *Callies/Kahl/Puttler*, in: *Callies/Ruffert, EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV, Rn. 79.

<sup>53</sup> *Callies/Kahl/Puttler*, in: *Callies/Ruffert, EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV, Rn. 97; *Streinz, EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV, Rn. 64.

<sup>54</sup> *Ruffert* v: *Callies/Ruffert, EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 24.

<sup>55</sup> *Mittwoch*, *JuS* 2017, 296 (296).

<sup>56</sup> *Nettesheim* в *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, 68. EL 2019, Art. 288 AEUV, Rn. 133.

<sup>57</sup> *Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, 68. EL 2019, Art. 288 AEUV, Rn. 135.

<sup>58</sup> *Kühling, JuS* 2014, 481 (484 f.).

<sup>59</sup> *BVerfGE* 31, 145 (174 f.).

<sup>60</sup> *Kühling, JuS* 2014, 481 (485).

## 2.2 Тлумачення, узгоджене / сумісне з первинним правом

Тлумачення, що відповідає європейському праву, може бути необхідним не лише в сферах регулювання, охоплених директивами ЄС. Пріоритет європейського первинного права також вимагає судового забезпечення. Відомим прикладом у цьому контексті є так звана справа Алькан<sup>61</sup>: для того, щоб надати правилам стосовно субсидіювання, передбаченим ст. 288 Договору про функціонування ЄС, повної і всеохоплюючої чинності, правила німецького закону про адміністративні процедури потребують відповідного тлумачення і часткової відмови від застосування.

## 2.3 Значення і значущість тлумачення, узгодженого з європейським законодавством

Значення узгодженого / конформного з європейським правом тлумачення закону з огляду на його наслідки для права з урахуванням широкої компетенції і далекосяжних повноважень Європейського Союзу навряд чи можна недооцінювати. Відтак зміст права ЄС і його значення переважно впливає з його релевантності для німецького правопорядку загалом. Правосуддю тут належить виконання дещо інших функцій, ніж у випадку з «класичним» тлумаченням: інтерпретація згідно з європейським правом слугує втіленню первинності права Євросоюзу і, отже, ефективності положень його законодавства. Відтак, правосуддя має розгортати не так власну творчу силу, як діяти в модусі «виконавчої влади» ЄС. Повертаючись до початкового питання: у цьому контексті суддівська компетенція з тлумачення не являє собою ні «спрямованої проти законодавця узурпованої влади», ані не є «просто інструментом третьої влади», натомість будучи лише формою виконання зобов'язань державної влади, що випливають із членства Федеративної Республіки Німеччина в Європейському Союзі в цілому<sup>62</sup>.

## 3 Тлумачення права Союзу

Поряд з узгодженим з європейським правом тлумаченням національного законодавства німецькими судами внаслідок великої численності питань, кола яких торкається європейське право, тлумачення права Євросоюзу саме по собі має фундаментальне та дедалі важливіше значення. Йдеться не про тлумачення національних правових актів, а безпосередньо про нормативні акти ЄС, функція чого належить Суду ЄС (ст. 9 ДЄС). Цей суд не слідує за «класичними» німецькими критеріями тлумачення, він, навпаки, розробив власну методику тлумачення, на яку також впливають правові культури інших держав-членів. В

<sup>61</sup> BVerwGE 106, 328.

<sup>62</sup> Подібним чином: *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (14).

принцип, однак, ця методика не надто відійшла від згаданого канону інтерпретації: дослівне значення, систематика, історія та телос теж слугують для неї відправним пунктом<sup>63</sup>. До зазначеного додається й згаданий вище «effet utile»<sup>64</sup>, що, таким чином, служить не лише обґрунтуванням і виправданням для узгодженого з європейським законодавством тлумачення національних законів, а й у якості девізу для тлумачення права Євросоюзу. При тлумаченні вторинного права на допомогу приходять первинне<sup>65</sup>. При тлумаченні дослівного значення внаслідок обов'язковості різних юридичних мов додатково проявляються додаткові порівняльно-мовознавчі інтерпретаційні підходи<sup>66</sup>. Методика Суду ЄС (начебто відсутня) зазнає в Німеччині інтенсивної й різносторонньої критики з боку науки права<sup>67</sup>, яка, принаймні частково в її артикульованій інтенсивності (більше) не видається повністю слушною<sup>68</sup>.

Слід застерегти, що, спираючись на брак чіткої понятійної відмінності в доробку Суду ЄС, межі між добудовою права і тлумаченням стають дедалі розмитішими<sup>69</sup>. У будь-якому випадку, рішення Суду ЄС, у силу зв'язаності національних судів практикою Суду ЄС, і в питаннях тлумачення набуватимуть якості джерел права Євросоюзу, і таким чином право ЄС виявлятиме елементи системи прецедентного права<sup>70</sup>. Безумовно, тлумачення права Євросоюзу матиме зовсім інше становище, яке, однак, не включає національні суди.

#### 4 Вплив ЄСПЛ і його практики на суддівське тлумачення національних законів

Окрім права Євросоюзу існують інші міжнародні правові джерела, які можуть впливати на тлумачення національного законодавства. Серед міжнародного права особливе місце займає Європейська конвенція з прав людини (далі – ЄКПЛ). За загальним висновком, Основний закон Німеччини вирізняється дружнім підходом до положень міжнародного права. Це впливає з одночасного погляду на різні норми<sup>71</sup>. ЄКПЛ, відповідно до абз. 2 ст. 59 Основного закону, має ранг простого федерального закону. Проте її чинність і вплив виходить, відповідно до практики Федерального конституційного суду, далеко за такі вузькі рамки: рішенням Європейського суду з прав людини (далі

<sup>63</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (292).

<sup>64</sup> *Herdegen*, Europarecht, 21. Aufl. 2019, S. 222 f.

<sup>65</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (294).

<sup>66</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 243.

<sup>67</sup> Сравни в качестве яркого примера: *Hailbronner*, NJW 2004, 2185.

<sup>68</sup> Ähnlich *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (291).

<sup>69</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (286).

<sup>70</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (297).

<sup>71</sup> Vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL 2019, Art. 25, Rn. 6 m.w.N.

– ЄСПА) належить «фактична орієнтувальна і керівна функція»<sup>72</sup>. Відтак, вона «сприяє тлумаченню на рівні конституційного права і чинить вплив за межі кожної окремої справи»<sup>73</sup>. Це обмежується, зокрема, необхідністю контекстуалізації висновків ЄСПА<sup>74</sup>. Остання є, звичайно, не більш ніж вивіщенням, акцентом на принципово необхідній контекстуалізації судових рішень. Результатом усього цього є вимога дружнього до конвенційних правил тлумачення, що, у підсумку, має чинитись у спосіб, що пояснювався вище на прикладі конституційно узгодженого тлумачення<sup>75</sup>. Якщо ж при використанні «класичних» методів тлумачення виявляє себе можливість використання кількох його варіантів, перевагу слід віддавати варіанту, найбільш сумісному з Конвенцією.

## 5 Результат

Як результат слід визнати судову владу децю більшим, ніж простим гучномовцем, що декламує закон, як її зобразив *Монтеск'є* в його знаменитій і часто цитованій фразі щодо «уст, які промовляють слова закону»<sup>76</sup>. Компетенція, якою наділені судді, відкриває перед ними широкий спектр допустимого правозастосування. Проте тлумачення вже за своїми цілями не суперечить закону, натомість орієнтується на його повноцінну реалізацію: результатом інтерпретації завжди має бути об'єктивована воля законодавця. Впорядковане в конституційному мереживі розподілу влади і, зокрема, відповідно до вимоги зв'язаності законом абз. 3 ст. 20 Основного закону, правосуддя належить розглядати не як «спрямовану проти законодавця узурпацію влади», а радше тією владою, яка передусім сприяє повному розгортанню чинності закону – хай там воно фігурує як контрольна інстанція / наглядовий орган над виконавчою владою в області адміністративного судочинства, або ж як каральна інстанція чи як орган-арбітр з вирішення спорів загальної юрисдикції.

---

<sup>72</sup> BVerfGE 128, 326 (368); 148, 296 (351 f.).

<sup>73</sup> BVerfGE 148, 296 (352).

<sup>74</sup> Порівн. *Haug*, NJW 2018, 2674 (2676 f.); межі підкреслив Федеральний конституційний суд насамперед у рішенні щодо права чиновників на страйк, BVerfGE 148, 296.

<sup>75</sup> *Spitzlei/Schneider*, JA 2019, 9 (11); порів. як приклад BVerfGE 134, 33 (82 f.).

<sup>76</sup> *Montesquieu*, De L'Esprit des Lois, 1769, S. 271.

## **Значення компетенції суддів щодо тлумачення права для якості прийняття судових рішень та їх обґрунтування**

*Проф. Тетяна Чехович/ Д-р Марина Рабінович/ Настя Антипенко /  
Проф. Євген Петров*

Тлумачення права визначається у теорії права, зокрема як «особливий розумовий (інтелектуальний) процес і вид юридичної діяльності, спрямований на з'ясування і роз'яснення змісту норм права та положень інших правових документів ...»<sup>1</sup>. Існування цієї категорії у праві та необхідність діяльності (і процесу), що нею позначається, зумовлені тим, що нормативно-правові акти не містять та й не можуть містити у собі вичерпний перелік правил життєдіяльності людини і суспільства, якими б повною мірою регулювались усі ситуації, що можуть виникнути у житті. Це неможливо через постійний розвиток суспільних відносин і появу нових форм взаємозв'язків між фізичними та/або юридичними особами. Більш того, сувора регламентація того, що дозволено кожному, призвела б до громадянської революції, боротьби за свободу волі тощо, оскільки це обмежувало б людину у її розвитку та можливостях, порушувало б її природне право самостійно обирати і вирішувати свою долю. У зв'язку з цим суб'єкти нормотворчості зазвичай обмежуються у нормативно-правових актах викладом основних, найважливіших правил у відповідних сферах, відсутність яких створювала б

---

<sup>1</sup> Козюбра М. І., Погребняк С. П., Цельсєв О. В., Матвєєва Ю. І. Загальна теорія права : підручник; за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с. С. 250.

перепони у співіснуванні людей. Водночас такий підхід не позбавлений недоліків, оскільки супроводжується численними прогалинами у законах і в праві. До того ж часто нормативно-правовим актам властиві й інші недоліки, як-то колізії, нечіткі та неоднозначні формулювання та ін. Це створює перешкоди у реалізації прав, свобод і законних інтересів, у вирішенні спірних питань, які виникають на практиці тощо.

## 1 Класичні методи тлумачення права як основна методологічна вимога до юристів

Тому тлумачення є одним із важливих елементів як процесу ухвалення судового рішення, значення якого зумовлене потребою правильного застосування норм права та заповнення існуючих прогалин у ньому, так і будь-якої іншої юридичної діяльності, результати якої безпосередньо залежать від рівня розуміння правових норм та вміння їх практичної реалізації правниками. Вказане додатково підтверджується тим, що неправильне тлумачення є однією з причин скасування судових рішень, що закріплено на нормативному рівні (наприклад, п. 4 ч. 1 ст. 376 Цивільного процесуального кодексу України<sup>2</sup>, п. 4 ч. 1 ст. 317 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України<sup>3</sup> та ін.) та підтверджується статистичними даними, відповідно до яких кожного року має місце оскарження рішень суду через неправильне застосування норм матеріального права (наприклад, згідно зі звітами про розгляд апеляційних скарг у порядку адміністративного судочинства за 2018–2019 рр., кількість постановлених окремих ухвал про неправильне застосування судом першої інстанції норм матеріального права або порушення норм процесуального права сягає понад 30 % від усієї сукупності окремих ухвал)<sup>4</sup>.

Зазначене свідчить про наявну потребу у формуванні у представників юридичних професій навичок коректного тлумачення права та удосконаленні сучасної юридичної освіти, яка вочевидь недостатньо націлена на практичну діяльність. У зв'язку з цим звернімо увагу, що у юридичній літературі вироблено чимало підходів до визначення методів, які мають застосовуватись в окреслених цілях. Наприклад, узагальнюючи праці С. С. Алексєєва, А. А. Єзерова, О. В. Капліної, М. І. Козюбри, Т. В. Комарової, І. П. Косцової, М. М. Микієвича, М. П. Молибogi, О. Ф. Скакун, І. М. Яворської та інших вчених, серед них можна назвати граматичний (філологічний, лексичний, текстовий,

<sup>2</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: у редакції Закону № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

<sup>3</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: у редакції Закону № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

<sup>4</sup> Звіт судів апеляційної інстанції про розгляд апеляційних скарг у порядку адміністративного судочинства. 2019. № 2-а. URL: [https://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka/rik\\_2019](https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2019);

Звіт судів апеляційної інстанції про розгляд апеляційних скарг у порядку адміністративного судочинства. 2018. № 2-а. URL: [https://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka/rik\\_2018](https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018).

мовний, семантичний), герменевтичний, буквальний, контекстуальний, логічний, спеціально-юридичний (техніко-юридичний), систематичний (системний), історико-політичний (історичний, політичний), функціональний (соціологічний, раціональний, еволюційний), телеологічний (цільовий) та інші методи<sup>5</sup>, перелік яких не є вичерпним. Однак такий плюралізм наукових поглядів супроводжується відповідними дискусіями з приводу доцільності їх застосування, що, як наслідок, може спричинити перепони у виборі та використанні методології тлумачення. Тому поміж них варто виокремлювати ті, що визнаються правовою наукою засадничими та ефективність яких підтверджена століттями.

Маємо на увазі методологічний інструментарій, витoki якого беруть свій початок у працях Ф. К. фон Савіньї, який вже у XIX ст. виділяв чотири елементи тлумачення закону, за допомогою яких можна зрозуміти його зміст<sup>6</sup>: 1) граматичний – пояснення граматичних правил, використаних законодавцем<sup>7</sup>; 2) логічний – визначення логічного зв'язку, у якому знаходяться окремі частини думки, закладеної у законі<sup>8</sup>; 3) історичний – визначення стану, який привів до прийняття закону<sup>9</sup>; 4) системний – визначення місця закону у системі права<sup>10</sup>. Зазначена концепція стала своєрідним поштовхом у напрямі вироблення методики тлумачення права, яка на сьогоднішній день

<sup>5</sup> Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Москва: Юрид. лит., 1982. Т. II. 360 с. С. 300;

Єзеров А. А. Тлумачення Конституції України: способи, межі, зміст. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 3. С. 95-99;

Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : монографія. Харків : Право, 2008. 296 с. С. 145;

Козюбра М. І., Погребняк С. П., Цельсв О. В., Матвєєва Ю. І. Загальна теорія права : підручник; за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с. С. 253;

Козюбра М. І., Погребняк С. П., Цельсв О. В., Матвєєва Ю. І. Загальна теорія права : підручник; за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с. С. 250; Комарова Т. В. Особливості застосування методів тлумачення норм права Судом Європейського Союзу. *Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання* : тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 вер. – 1 жовт. 2015 р.). Харків, 2015. С. 151–154;

Косцова І. П. Герменевтичний метод тлумачення норм права: історична та юридична дивергенція. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. 2015. № 827 (8). С. 153–158 (Серія «Юридичні науки»);

Косцова І. П. Системне тлумачення норм права : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Івано-Франківськ, 2016. 218 с. С. 41; Мікієвич М. М., Яворська І. М. Правотлумачна діяльність Суду Європейського Союзу. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2013. Вип. 115 (ч. II). С. 17–22;

Молибoga М. П. Функції та методи тлумачення права. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 11. С. 109–114;

Скаун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. 2-ге вид. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. 520 с. С. 437–439.

<sup>6</sup> Савіньї Ф. К. фон. Система современного римского права : в 8 т. / пер. с нем. Г. Жигулина ; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. Москва : Статут, 2011. Т. I. 510 с. С. 391.

<sup>7</sup> Там само.

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Там само.

характеризується вченими як «класична» та включає наступні чотири методи: 1) граматичний (тлумачення дослівного тексту); 2) телеологічний (визначення цілі та призначення закону); 3) історичний (визначення історичних обставин прийняття закону, мотивів його авторів тощо); 4) системний (тлумачення за місцем у законі або у системі законодавства)<sup>11</sup>.

На сторінках наукових джерел можна зустріти думку, що названі методи є класичними тільки для Німеччини<sup>12</sup>. Частково це пояснюється тим, що вони вперше були обґрунтовані у німецькій теорії права, а у вітчизняних дослідженнях подекуди висуваються інші погляди на перелік класичних методів. Наприклад, окремі науковці виділяють у ньому більше чотирьох найменувань: буквальный, історичний, контекстуальний, систематичний та телеологічний<sup>13</sup>. Але, по-перше, у даному разі вченими було виокремлено контекстуальний метод від системного помилково, оскільки у німецькій літературі названі методи є одним цілим, тобто це його альтернативні назви<sup>14</sup>.

По-друге, звернімо увагу, що класичні німецькі методи, як показує вивчення напрацьованих згаданих вище авторів, являють собою спільний елемент для існуючих підходів, у тому числі українських науковців, до визначення методології тлумачення права. Це свідчить про їх засадничий та універсальний характер, а отже, вказує на доцільність їх характеристики у якості класичних методів тлумачення права як у Німеччині, так і в Україні.

По-третє, застосовність зазначених методів до української правореалізаційної практики підтверджується судовими рішеннями, які містять приклади їх використання вітчизняними суддями, а саме:

---

<sup>11</sup> Карвальо М. Х. П. де. Проблемы тезиса о единственно правильном толковании в области конституционного права (часть I). *Журнал российского права*. 2015. № 9 (225). С. 141–149;

Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права. *Вестник гражданского права*. 2012. Т. 12. № 4. С. 247–284;

Brugger W. Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1994. Vol. 119. № 1. 34 s. S. 21–30;

Hanau P. Methoden der Auslegung des Betriebsverfassungsgesetzes. *Festschrift für Allbrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994. S. 53–66;

Scholz M.-O. Zum Problemkreis der gesetzeskonformen Auslegung und der Rechtsfortbildung und deren Abgrenzung. Eine kurze Einführung. Wissenschaftlicher Aufsatz. *Rechtswissenschaftlicher Aufsätze*. 2011. В. 2. URL: <https://www.grin.com/document/168371>;

Walz C. Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien. *Zeitschrift für das Juristische Studium*. 2010. V. 4. S. 482–490. URL: [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010\\_4\\_348.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_4_348.pdf);

Busse D. Recht als Text: linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution. Tübingen: Niemeyer, 1992. 365 s. S. 20–30;

Bydlinski F. Grundzüge der juristischen Methodenlehre / hrsg: P. Doralt. Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht. 2003. N. 95. URL: <https://epub.wu.ac.at/3325/1/ap095.pdf>.

<sup>12</sup> Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права. *Вестник гражданского права*. 2012. Т. 12, № 4. С. 247–284.

<sup>13</sup> Миківнич М. М., Яворська І. М. Правотлумачна діяльність Суду Європейського Союзу. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2013. Вип. 115 (ч. II). С. 17–22.

<sup>14</sup> Brugger W. Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1994. Vol. 119. № 1. 34 s. S. 24.



– у постанові від 15 січня 2020 р. у справі № 145/1330/17<sup>15</sup> Верховний Суд відступив від висновків Касаційного адміністративного суду, «відповідно до яких за тлумаченням підпункту 15.5 пункту 5 «Перехідні положення» КАС України апеляційна скарга подається через відповідний суд, яким є суд першої інстанції, а не безпосередньо до апеляційного суду»<sup>16</sup>. На думку Верховного Суду, цей висновок «заснований на помилковому тлумаченні підпункту 15.5 пункту 1 розділу XIII «Перехідні положення» КАС України, за змістом якого апеляційні скарги подаються до або через відповідні суди (апеляційні суди)»<sup>17</sup>. Верховний Суд вирішив, що «повертаючи апеляційну скаргу без розгляду суду апеляційної інстанції виявив надмірний формалізм та непропорційність між застосованими засобами та поставленою метою»<sup>18</sup>. У даному рішенні Верховний Суд застосував граматичний і телеологічний методи;

– у Рішенні від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004<sup>19</sup> Конституційний Суд України тлумачить поняття охоронюваного законом інтересу насамперед (але не виключно) за допомогою системного методу, наприклад: «системний аналіз вживання поняття «охоронюваний законом інтерес» у зв'язку з суб'єктивними правами свідчить, що саме такий спосіб застосовується не тільки у статті 4, а й у статтях 5, 14, 15-1, 79, 101, 103, 111, 243-17 Цивільного процесуального кодексу України, у статтях 1, 2, 5, 21, 22, 78, 123 Господарського процесуального кодексу України та інших»<sup>20</sup>.

Таким чином, опираючись на наукові розробки та практику тлумачення права судьями у нашій державі, наголосимо на тому, що розглянуті класичні методи являють собою засади тлумачення права в Україні. Вказане підводить нас до тези про те, що знання про сутність та особливості їх застосування необхідно формувати у юристів під час їх навчання в університетах з метою підвищення якості української юридичної освіти та кваліфікації випускників за юридичним фахом. Окрім того, доцільним вбачається їх виклад у навчально-методичних посібниках, настільних книгах та інших ресурсах, які використовуються для підготовки суддів, підвищення їх кваліфікації, а також як допоміжні матеріали під час їх роботи, якими вони можуть користуватись при відправленні правосуддя і тлумаченні правових норм. Для цього корисним

<sup>15</sup> Постанова Верховного Суду від 15 січня 2020 р. у справі № 145/1330/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87180096>.

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Дайджест судової практики Великої Палати Верховного Суду. Рішення, внесені до ЄДРСР за період з 01.01.2020 по 31.01.2020. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/dajdzhest\\_01\\_2020.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/dajdzhest_01_2020.pdf).

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес): від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.

<sup>20</sup> Там само.

буде запозичення німецького досвіду навчання цим методам і підготовки відповідних навчальних матеріалів.

## 2 Межі судового тлумачення: де починається недопустима «добудова» права?

Підвищення ролі й значення суду на сучасному етапі зумовлює переосмислення ролі суду, вирішального значення набуває питання про визначення місця і ролі судової практики у правовій системі України та в системі джерел права, зокрема. Формування судової практики, визначення шляхів забезпечення її стабільності здійснюється під час судового тлумачення, яке полягає у правотворчій активності суддів. Така активність суддів, якщо говорити про приватне право, проявляється передусім за наявності прогалин у законодавстві й праві; у відшукуванні правової норми, яку належить застосувати за наявності колізії або конкуренції між загальною нормою спеціального нормативно-правового акта та спеціальною нормою нормативно-правового акта загальної дії та інших проблем тлумачення правових норм, таких як вибір судом методу тлумачення законодавства, під час якого допускається той чи інший ступінь свободи інтерпретації<sup>21</sup>. Слід зазначити, що відповідно до законодавства<sup>22</sup> суди у правовій системі України правотворчими повноваженнями не наділяються навіть тоді, коли опрацьована ними правова позиція законом визначається обов'язковою для інших судів, інших суб'єктів владних повноважень, що здійснюють правозастосування. Але з відходом від юридичного позитивізму, який свого часу був популярний і значно поширений у країнах романо-германської правової сім'ї, правова доктрина на сьогодні і, що особливо важливо, судова практика, йде шляхом визнання обов'язковості тлумачення правових норм, що містяться в рішеннях Верховного Суду. Європейський суд з прав людини неодноразово вказував на те, що задача тлумачення внутрішнього права в першу чергу покладається на суди<sup>23</sup>. І тому зростання ролі судової практики є очевидним, необхідним та таким, що допоможе належному врегулюванню суспільних відносин.

<sup>21</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я.М. Романюк. Київ: Ін Юре. 2016. С. 178.

<sup>22</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. Відомості *Верховної Ради України*. 2016. № 31.

<sup>23</sup> Шипка О. Р. Висновки верховного суду України як «джерело» цивільного права : деякі вразливості та проблемні неспівпадіння з концептом ЦК України. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (м. Харків, 24 трав. 2019 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків, обласний осередок Всеукр. громад, орг. «Асоціація цивілістів України». Харків: ХНУВС, 2019. С. 218.

Проведений аналіз низки наукових праць, присвячених тлумаченню судом закону та нормативно-правових актів,<sup>24 25 26 27 28</sup> дає можливість зробити висновок, що під тлумаченням актів цивільного законодавства розуміють діяльність щодо перевірки легітимності актів цивільного законодавства, конструювання правових норм на підставі положень актів цивільного законодавства, вирішення питання про колізії між правовими нормами та встановлення їх змісту з метою його роз'яснення або обґрунтування рішення, яке приймається на підставі відповідної правової норми<sup>29</sup>. Таке правило працює у тому випадку, коли застосовується єдиний алгоритм тлумачення правової норми. Спочатку з мовного (граматичного, буквального) тлумачення, а вже потім, за необхідності, можна вдаватися до логічного з'ясування змісту правової норми. Певною мірою на це звертає увагу і ст. 213 ЦК України щодо тлумачення змісту правочину, в якій зазначається, що тлумачення змісту правочину починається з буквального з'ясування, тобто до уваги беруться значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів. Тому, якщо не притримуватися єдиного алгоритму тлумачення правової норми, немає гарантій, що зроблені висновки найвищого суду матимуть однозначну визначеність та передбачуваність стосовно норм матеріального права, не матиме місце викривлення правової матерії, а такий акт правозастосовної діяльності може набути правотворчого характеру.

Тлумачення закону судом – це завжди процес мислення, а тому він нерозривно пов'язаний з особистими характеристиками суб'єкта (судді), який здійснює цей процес. Результат тлумачення судом правової норми завжди виражається в тому, як суд оцінив правовідносини, що впливають із конкретних обставин, яку обрав правову норму для вирішення окремого спору та як саме її застосував. Отже, можна сказати, що у мотивувальній частині судового рішення не тільки дається аналіз обставин справи, робиться висновок про те, які обставини суд вважає встановленими, а які – ні, а й наводиться аналіз

---

<sup>24</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я. М. Романюк. Київ: Ін Юре. 2016. 536 с.

<sup>25</sup> Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / В. Г. Ротань, І. А. Самсін, А. Г. Ярема та ін.; від. ред.- кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. 752 с.

<sup>26</sup> Карабань В. Я. Тлумачення актів цивільного законодавства України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. академія. Одеса, 2007. 193 с.

<sup>27</sup> Трагнук О. Я. Тлумачення міжнародних договорів: теорія і досвід міжнародних європейських судів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Нац. юрид. академія ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2003. 205 с.

<sup>28</sup> Системное толкование норм права / В. А. Толстик, Н. А. Дворников, К. В. Каргин. Москва: ИД «Юриспруденция», 2010. 136 с.

<sup>29</sup> Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / В. Г. Ротань, І. А. Самсін, А. Г. Ярема та ін.; від. ред. кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 62.

актів законодавства, робиться висновок про те, які права та обов'язки, встановлені актами законодавства, мають (несуть) суб'єкти спірних правовідносин. Індивідуальне тлумачення актів законодавства у судовому рішенні використовується також для висновків про те, що певні акти законодавства, на які посилаються сторони, до спірних правовідносин не застосовуються.

З цього випливає висновок, що неможливо досягнути єдиного, та більш того – єдино правильного тлумачення правових норм усіма суддями в кожному суді окремо. А тому роль Верховного Суду у забезпеченні єдності судової практики важко переоцінити, оскільки остання безпосередньо пов'язана з реалізацією принципу правової визначеності. На Верховний Суд, відповідно до закону, покладено функцію надання закону додаткової ясності та чіткості задля адекватного усвідомлення змісту правової норми і сприяння реалізації законним очікуванням людини. Саме цей орган держави переважно забезпечує однакове застосування правових положень, а також сприяє підвищенню рівня правової визначеності в державі. Тобто правова позиція, яка формується таким судом набуває характеру керівних рекомендацій при застосуванні норм матеріального та процесуального права<sup>30</sup>.

Тлумачення судами норм права є їх функцією у процесі здійснення правосуддя. Для того, щоб судове тлумачення в рішеннях національних судів відповідало вимогам Конвенції, необхідно, щоб ці рішення були розумно передбачуваними.

Таким чином, однакова, стабільна судова практика гарантує стабільність правопорядку загалом, відповідає принципу рівності всіх перед законом і судом, позитивно впливає на поведінку учасників правовідносин, сприяє формуванню довіри суспільства до судової гілки влади і взагалі є складовою принципу верховенства права.

Наведе перекликається і зі стандартами, на які звертає увагу Конституційний Суд України. Зокрема, він вказує, що: 1) елементами верховенства права є принципи рівності і справедливості, правової визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005); 2) принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) та стабільності

---

<sup>30</sup> Шипка О. Р. Висновки верховного суду України як «джерело» цивільного права: деякі вразливості та проблеми неспівпадіння з концептом ЦК України. *Проблеми цивільного права та процесу*: тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (м. Харків, 24 трав. 2019 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків, обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків: ХНУВС, 2019. С. 219.

(Рішення Великої палати Конституційного Суду України від 20 грудня 2017 р. № 2-р/2017 та від 27 лютого 2018 р. № 1-р/2018)<sup>31</sup>.

Враховуючи це, тлумачення судом закону повинно проводитись крізь призму наведених стандартів. Однак слід вказати, що при тлумаченні норм права суд стикається з недосконалістю законодавства, з тим, що законодавство не відповідає принципу «передбачуваності закону» та «принципу якості». Недосконалість нашого законодавства полягає у тому, що в ньому відсутні норми, які б визначали певний алгоритм тлумачення норм права, у тому числі й цивільного права, а це не сприяє правовій визначеності та передбачуваності закону у державі, неминуче призведе до свавілля у правозастосовній діяльності. Це пов'язано з тим, що за відсутності закріпленого в законодавстві єдиного алгоритму тлумачення правової норми та певних його правил не гарантує, що сенс знаків, які становлять зміст певної норми права, матиме правильне їх праворозуміння та застосування відповідними суб'єктами права до певного випадку. Підтвердження цьому може бути судова практика, а саме судові рішення, які не завжди, на жаль, є показником досконалого застосування норм матеріального та/або процесуального права.

Відповідно, можемо зробити проміжний висновок, що при тлумаченні закону суд виконує одну зі своїх функцій, при цьому останній повинен застосовувати єдиний інструментарій, спрямований на передбачуваність судового рішення і відповідності принципу верховенства права.

Як вже було зазначено вище, головна роль у забезпеченні єдності судової практики покладеється на Верховний Суд, який на конституційному рівні визначений найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції. Відповідно, він повинен бути наділений дієвими повноваженнями для спрямування та розвитку практики застосування законів та інших нормативно-правових актів українськими судами.

При розгляді справи Верховний Суд повинен формулювати правовий висновок щодо застосування та тлумачення норми права, особливо при розгляді справ, які мають суспільне значення. Правовий висновок у зв'язку з цим набуває надзвичайної ваги. Зазначимо, що його не можна розуміти як судовий прецедент у класичному його розумінні, оскільки він не створює правову норму і не змінює її. Суд роз'яснює саме зміст правової норми, як її слід розуміти, як її реалізувати на практиці, які наслідки настають при її реалізації. Таким чином, правозастосовна діяльність Верховного Суду щодо формування правових висновків відрізняється від нормотворчості і не може її підміняти. При тлумаченні норми права судом здійснюється лише тлумачення з метою правильного й однакового застосування норм законів, а не для їх підміни чи коригування. Іншими словами, правовий висновок – це вираження правозастосовної діяльності суду в процесі здійснення правосуддя в конкретній

<sup>31</sup> Вісник Конституційного Суду України. 2020. № 1–2.

справі, результат тлумачення правових норм із використанням різних способів їх тлумачення та з огляду на обставини тієї чи іншої справи<sup>32</sup>.

Отже, Суд не може замінити законодавця, межі тлумачення норм права обмежені вже існуючими конструкціями, суд не вправі самостійно розробляти механізми регулювання суспільних відносин, які не мають свого законодавчого закріплення. Створення норм права прецедентним рішенням не забезпечує досягнення вищого ступеня правової визначеності. Сам по собі правовий висновок поширюється саме на питання тлумачення та застосування правової норми, а не на її коригування.

### 3 Тлумачення національного права відповідно до права Європейського Союзу як метод юридичної гармонізації

1 вересня 2017 р. набула чинності Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони<sup>33</sup>. Угода про Асоціацію Україна-ЄС являє собою одну із найамбітіозніших угод ЄС з третіми країнами з точки зору глибини політичної співпраці («інтеграції без членства») та перспектив участі України у ключових аспектах Спільного ринку ЄС (вільний рух товарів та послуг, спільні технічні та фітосанітарні стандарти, доступ до ринку публічних закупівель у Союзі та лібералізація руху капіталу).<sup>34</sup> Як наслідок, Угода про Асоціацію містить значну кількість зобов'язань України стосовно адаптації національного законодавства (*Annäherung der Rechtsvorschriften*) до законодавства ЄС (*acquis communautaire*). Крім того, сторони узгодили низку механізмів, спрямованих як на забезпечення здійснення якісної адаптації законодавства України до законодавства ЄС, так і на збереження одноманітності застосування права Євросоюзу (*Homogenität des EU-Rechts*), які беззаперечно впливають на тлумачення судами національного права України. Ці механізми буде більш детально розглянуто у наступних підсекціях.

<sup>32</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я. М. Романюк. Київ: Ін Юре. 2016. С. 221.

<sup>33</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергетики і їхніми державами-членами, з іншої сторони. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Ст. 2125 (далі – Угода про асоціацію).

<sup>34</sup> *Petrov R., Van der Loo G., Van Elslande P.* (2015). The EU-Ukraine Association Agreement: A New Legal Instrument of Integration Without Membership? *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal* 1. P. 1–18.

### 3.1 Механізми, спрямовані на забезпечення якості адаптації законодавства України до *acquis communautaire*

Звертаючись до першої групи правових механізмів, необхідно зазначити, що рівень деталізації зобов'язань України у конкретних сферах та глибина адаптації залежать від пріоритетності кожної конкретної галузі для Союзу та глибини запланованої інтеграції України до Спільного ринку. Так, найбільш детальні та «глибокі» положення стосовно адаптації містяться у деяких частинах глави 1 «Національний режим та доступ товарів на ринки» (наприклад, щодо технічних бар'єрів у торгівлі), главі 5 «Митні питання та сприяння торгівлі», главі 6 «Заснування підприємницької діяльності, торгівля послугами та електронна торгівля» і главі 8 «Державні закупівлі» розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею». Відповідно, наприклад, ст. 76 Угоди стосовно лібералізації транскордонних послуг закріплює три-елементну модель адаптації, яка передбачає: (i) транспозицію законодавчих актів Союзу, закріплених у Додатках XVI-B- XVI-E, до законодавства України; (ii) їхню імплементацію та (iii) правозастосування. Безпосередня вказівка на правозастосування також міститься у ст. 76(1), відповідно до якої сторони зобов'язуються захищати легітимну торгівлю («legitimate trade») за допомогою дотримання законодавчих норм та ефективного правозастосування. Статті 153–154 щодо апроксимації законодавства та доступу до ринку у галузі публічних закупівель також вказують на необхідність не лише дослівної транспозиції відповідних законодавчих норм, а й їхньої належної імплементації та відповідного правозастосування.

У свою чергу, реалізація положень стосовно глибини апроксимації забезпечується за допомогою умов стосовно доступу до ринку (Marktzugangsbedingungen чи market access conditionality) та моніторингу апроксимації, зокрема, за допомогою спеціальних місій ЄС. Наприклад, ст. 153 глави 8 «Державні закупівлі» передбачає шість етапів інтеграції України до ринку державних закупівель ЄС на основі оцінки прогресу України на шляху до апроксимації законодавчих актів, визначених Додатками XXI-A- XXI-N. Щодо моніторингу, ст. 153(4) передбачає оцінку імплементації кожної фази адаптації законодавства Комітетом з питань торгівлі. Відповідно до ст. 475 Угоди «моніторинг означає безперервну оцінку прогресу і впровадженні всіх заходів, які охоплюються цією Угодою». Стаття 475(2) передбачає надання Україною ЄС звітів про прогрес у наближенні до завершення перехідних періодів, встановлених Угодою, а згідно зі ст. 475(3) «моніторинг може включати роботу місії з перевірки на місцях за участі інститутів ЄС, органів і агентств, неурядових організацій, наглядових органів, незалежних експертів та, за необхідності, інших». Таким чином, комбінація положень стосовно адаптації законодавства України до *acquis communautaire*, умов стосовно доступу до ринку та моніторингу уможливує глибинну адаптацію, яка охоплює, зокрема, правозастосування судовими органами.

### 3.2 Механізми забезпечення одноманітності застосування права ЄС

Відповідно до рішення Суду Європейських Співтовариств у справі «Haegeman проти Королівства Бельгія» угоди про асоціацію між ЄС і третіми країнами є частиною правової системи Союзу<sup>35</sup>. Водночас еволюція угод про асоціацію між ЄС і третіми країнами призводить до появи феномена права асоціації ЄС (Assoziationsrecht), що являє собою відособлений нормативний порядок зі своїм власним регуляторним змістом, який впливає як на правову систему третьої країни, так і правові системи держав-членів та Євросоюзу<sup>36</sup>. З метою упорядкування такого впливу, а також дотримання принципу одноманітності застосування права ЄС, положення економічної частини Угоди про асоціацію містять ряд інноваційних правових механізмів.

По-перше, вищезазначені глави економічної частини Угоди, які передбачають значний рівень інтеграції до Спільного ринку, містять зобов'язання України належним чином враховувати прецедентне право ЄС та імплементуючі практики Союзу під час здійснення адаптації. Таке зобов'язання міститься, наприклад, у ст. 153(2) Угоди, яка визначає засади та порядок адаптації законодавства України до законодавства ЄС у сфері державних закупівель. По-друге, слід зазначити, що ст. 153(2) Угоди також являє собою приклад вимоги динамічної адаптації (*dynamische Annäherung*), тобто обов'язку України належним чином враховувати зміни у законодавстві ЄС та імплементувати їх до законодавства України. За думкою вчених, оскільки Україна не бере участі у законодавчому процесі в Союзі, саме вимога динамічної адаптації є дискусійною в світлі конституційного ладу України з огляду на принципи демократії та суверенітету. По-третє, ст. 264 Угоди стосовно державної допомоги (*staatliche Beihilfen*) включає зобов'язання сторін застосовувати широкий спектр джерел тлумачення ст. ст. 106, 107 та 93 Договору про Функціонування Європейського Союзу (ДФЄС), включаючи відповідні прецеденти Суду ЄС, вторинне законодавство, рамкові положення, настанови та інші адміністративні акти Союзу<sup>37</sup>. По-четверте, необхідно відзначити вирішальну роль Суду ЄС у тлумаченні норм права ЄС у процесі вирішення спорів, які виникають у зв'язку з процесом нормативно-правової адаптації. Так, відповідно до ст. 322(2) Угоди, «якщо у спорі виникає питання стосовно тлумачення положення права ЄС, арбітражна група не повинна вирішувати це питання, а повинна подавати заяву до Суду Європейського Суду

<sup>35</sup> Court of Justice of the European Union (1974). R.V.Haegeman v Belgian State. Case 181-73. ECLI:EU:C:1974:41.

<sup>36</sup> *Tyushka A.* (2017). Association-cum-Integration: The EU-Ukraine Association Agreement and 'Association Law' as an Institution of Ukraine's European Integration. *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 13, 87-132.

<sup>37</sup> Консолідовані версії Договору про Європейський Союз (вчиненого в Маастрихті сьомого дня лютого тисяча дев'ятсот дев'яносто другого року) та Договору про функціонування Європейського Союзу (вчиненого в Римі двадцять п'ятого дня березня місяця одна тисяча дев'ятсот п'ятдесят сьомого року). URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b06#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text).



із проханням винести рішення з цього питання». Оскільки ухвала Суду ЄС є обов'язковою для арбітражної групи, можна зробити висновок, що саме слово Суду ЄС є вирішальним для тлумачення норм права ЄС в контексті Угоди. В свою чергу, відповідні ухвали Суду ЄС можуть впливати на тлумачення українськими судами норм законодавства України, які було адаптовано до законодавства ЄС.

Отже, Угода про Асоціацію Україна-ЄС містить цілу низку механізмів, які, поряд із запобіганням суто формальній транспозиції і забезпеченням одноманітного застосування права ЄС, сприяють застосуванню й тлумаченню судами законодавства України в світлі права ЄС.

### 3.3 Застосування права ЄС українськими судами

Відповідно до дослідження провідного вітчизняного фахівця з права ЄС Р. Петрова, українські суди часто уникають застосування міжнародно-правових норм або неохоче застосовують їх через дві основні причини<sup>38</sup>. По-перше, серед суддів розповсюджена думка, що міжнародне прецедентне право (*internationales Fallrecht*) не є релевантним в світлі романо-германської системи права в Україні. По-друге, існує брак перекладів джерел міжнародного прецедентного права українською мовою, а отже – проблема доступу до джерел, що стає ключовою в контексті значного навантаження на суддів. Однак у своїх рішеннях суди часто звертаються до міжнародних угод, належно підписаних та ратифікованих Верховною Радою України, які, відповідно до ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» «є частиною національного законодавства України і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства»<sup>39</sup>. Згідно зі ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори» Угоду про Асоціацію ратифіковано Законом України «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 16 вересня 2014 року<sup>40</sup>.

Частково завдяки своїй активній участі у програмах міжнародної співпраці Конституційний Суд України (далі – КСУ) вважається чемпіоном із застосування в своїй практиці джерел як міжнародного права, так і права ЄС.

---

<sup>38</sup> *Petrov R.* (2014). *Legislative Approximation and Application of EU Law in Ukraine*. In: R. Petrov and P. Van Elsuwege (eds.) *Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union: Towards a Common Regulatory Space?* London: Routledge. P. 1–2.

<sup>39</sup> Про міжнародні договори: Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2004. № 50. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text).

<sup>40</sup> Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2014. № 40. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1678-18#Text>.

Варто зазначити, що, згідно з доповідями суддів КСУ на ряді міжнародних конгресів КСУ робить внесок до наближення законодавства України до європейських стандартів у широкому сенсі, тобто і до *acquis communautaire* з урахуванням практики Суду Справедливості, і до стандартів Ради Європи, зокрема, шляхом застосування практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Відповідно до згаданого дослідження Р. Петрова<sup>41</sup> КСУ здебільшого застосовує *acquis communautaire* як авторитетне джерело права поряд з іншими міжнародно-правовими джерелами, як це, наприклад, відбулося у Рішенні КСУ від 12 червня 2007 р. у справі про утворення політичних партій в Україні<sup>42</sup>. Однак слід зазначити, що поки що ані набуття чинності Угодою про Асоціацію, ані початок масштабного процесу адаптації законодавства України до *acquis communautaire* значним чином не вплинули на практику КСУ. Зокрема, в справах стосовно захисту конституційних прав громадян КСУ здебільшого посилається на відповідне прецедентне право Європейського Суду з прав людини (ЄСПЛ). Так, у період з 2015 р. до 2019 р. КСУ лише тричі зробив посилання на первинні акти ЄС – Хартію основних прав ЄС (Charta der Grundrechte der Europäischen Union) і жодного разу – на Угоду про Асоціацію чи вторинне право Союзу або рішення Суду Справедливості<sup>43</sup>.

Аналіз практики вищих судів України та Верховного Суду України за аналогічний період, навпаки, свідчить про зростання кількості посилань на положення Угоди про Асоціацію та конкретні акти *acquis communautaire* як на джерела права, застосовні у вітчизняній правовій системі, радше ніж на «авторитетні джерела»:

---

<sup>41</sup> Petrov R. (2014). Legislative Approximation and Application of EU Law in Ukraine. In: R. Petrov and P. Van Elsuwege (eds.). Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union: Towards a Common Regulatory Space? London: Routledge. P. 4–5.

<sup>42</sup> Конституційний Суд України (2007). Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 70 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 10, пункту 3 частин другої, частин п'ятої, шостої статті 1, статті 15, частини першої статті 17, статті 24, пункту 3 розділу VI «Заключні положення» Закону України «Про політичні партії в Україні» (справа про утворення політичних партій в Україні). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-07>.

<sup>43</sup> Огляд здійснено на основі реєстру рішень Конституційного Суду. URL: <http://www.ccu.gov.ua/storinka/rishennya-konstytucijnogo-sudu-ukrayiny>.

**Таблиця 1. Угода про Асоціацію та *acquis communautaire* у практиці Верховного Суду України (функціонує з 2018 р.) та Вищих спеціалізованих судів (2015–2020)<sup>44</sup>**

Суд	Кількість посилань на Угоду	Розподіл за категоріями справ (можливі декілька варіантів)	Кількість посилань на <i>acquis communautaire</i>
Верховний Суд України	25	Економічна частина (торговельні марки, митні питання, облік та аудит, валютне регулювання, державні закупівлі, злиття і поглинання, антимонопольне право, права споживачів) – 16 Політична частина (співробітництво у Просторі свободи, безпеки і справедливості, незалежність суддів) – 7 Місце Угоди у правовій системі України – 4	5
Вищий адміністративний суд України	4	Законність підписання Угоди – 4	0
Вищий господарський суд	1	Охорона здоров'я – 1	0

Варто зазначити, що у відповідних справах найчастіше розглядалися проблеми безпосереднього застосування норм Угоди про асоціацію як джерела права України, наприклад, в контексті зниження рівня митних платежів або визначення торговельних марок (10 справ). Шість справ стосувалися місця Угоди у системі джерел права України. Ще у семи випадках посилання на Угоду носили суто риторичний характер. Таким чином, лише у

<sup>44</sup> Власна розробка автора на основі матеріалів Єдиного державного реєстру судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

п'яти справах розглядалися питання тлумачення національного права України в контексті вимог Угоди та *acquis communautaire*.

У підсумку необхідно відзначити, що Угода про Асоціацію Україна-ЄС містить низку юридичних механізмів, спрямованих на глибинну адаптацію законодавства України до *acquis communautaire*, зокрема в аспекті правозастосування, а також на забезпечення одноманітності застосування права ЄС. Однак, незважаючи на кількісне зростання посилань на Угоду про Асоціацію у судовій практиці Верховного Суду, її вплив на тлумачення національного законодавства у вищих інстанціях залишається обмеженим. У перспективі, зважаючи на відносно нещодавню ратифікацію Угоди (2017 р.) і поточний характер процесу адаптації, можна очікувати на зростання кількості подібних справ, що, в свою чергу, приведе до зростання ролі судів у гармонізації законодавства України із законодавством ЄС.

#### **4    Методично впорядковане включення елементів       правопорядку Європейської Конвенції про захист прав       людини і основоположних свобод**

Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод ратифіковано Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 року<sup>45</sup>. Відповідно до ст. 32(1) ЄКПЧ юрисдикція Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї, які подано на його розгляд відповідно до ст. 33 («міждержавні спори»), ст. 34 («індивідуальні заяви») та ст. ст. 46 і 47 («консультативні висновки»). Використання практики ЄСПЛ також є обов'язковим у світлі ст. 31(3)(b) Віденської конвенції про право міжнародних договорів як «наступна практика застосування міжнародного договору»<sup>46</sup>. Згідно зі ст. 2 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (ЄСПЛ)<sup>47</sup> рішення ЄСПЛ є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 ЄКПЧ. Стаття 17 даного Закону визначає, що «суди

---

<sup>45</sup> Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1997. № 30. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80#Text>.

<sup>46</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1997. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text); Віденська конвенція про право міжнародних договорів. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. № 17. Ст. 343. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text).

<sup>47</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2006. № 30. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>.

застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права». Крім того, ст. 19 закріплює перевірку всіх законопроектів та підзаконних нормативно-правових актів на відповідність ЄКПЧ, а також обов'язок міністерств та інших центральних органів виконавчої влади забезпечити системний контроль за додержанням ЄКПЧ в адміністративній практиці. Таким чином, на відміну від правового статусу *acquis communautaire* та рішень Суду ЄС, посилання на який містяться лише в Угоді і який, як показано вище, може варіюватися залежно від сфери співробітництва, правовий статус практики ЄСПЛ закріплено відповідним Законом України. Також посилання на практику ЄСПЛ як джерело права закріплено у процесуальних кодексах (наприклад, згідно зі ст. 8 Кримінального процесуального Кодексу України, «принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини»)⁴⁸.

#### 4.1 Проблемні аспекти застосування практики ЄСПЛ українськими судами

Незважаючи на нібито правову визначеність стосовно статусу практики ЄСПЛ у вітчизняній правовій системі, застосування практики ЄСПЛ українськими судами пов'язане із низкою викликів. Передусім як серед вчених, так і на практиці тривають дебати стосовно правової природи рішень ЄСПЛ, віднесення їх до певного типу джерел права і співвідношення з іншими джерелами права в контексті романо-германської правової системи України⁴⁹. Звертаючись до проблематики правової природи рішень ЄСПЛ як джерела права, слід зазначити, що і Віденська конвенція про право міжнародних договорів, і Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (ЄСПЛ) визначають у якості джерела права не окремі рішення ЄСПЛ, а саме його практику. На думку теоретика права П. Рабіновича, поняття судової практики визначається трьома критеріями: (і) судова практика, зазвичай, стосується урегулювання нетипових ситуацій у правозастосуванні і характеризується закріпленням «об'єктивованого досвіду цієї діяльності» в аргументованих судженнях про належне застосування норм права; (ii) положення судової практики, зазвичай, формуються у мотиваційних частинах рішень у декількох аналогічних справах, і підлягають офіційному оприлюдненню і (iii) формування судової практики часто відбувається на тлі надмірної абстрактності законодавчих приписів, а

⁴⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2013. № 9–10. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

⁴⁹ Буткевич О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. *Лабораторія законодавчих ініціатив*. URL: [https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicii\\_Politiki\\_ECHR.pdf](https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicii_Politiki_ECHR.pdf).

також наявності прогалін у законодавстві<sup>50</sup>. Відповідно до думки окремих вітчизняних вчених, рішення ЄСПЛ безперечно формують судову практику, оскільки вони детально пояснюють принципові підходи Суду до справи із посиланням на попередні рішення Суду у цій або близьких категоріях справ; офіційно оприлюднюються, а також стосуються нетипових ситуацій або прогалін у законодавстві держави-відповідача<sup>51</sup>. Водночас, оскільки рішення Суду не встановлюють нових норм, а лише тлумачать і застосовують норми Конвенції, вони створюють не прецедентне право (Fallrecht), а саме практику (Rechtsprechung), застосування якої не суперечить основам романо-германської системи права і широко розповсюджене, наприклад, у Франції.

Проблемним також є питання місця рішень ЄСПЛ у системі джерел права, які застосовуються судами України у розгляді справ. Актуальність цього питання зумовлюється можливими колізіями між нормами Конституції України або Законів України та практикою ЄСПЛ. Аналіз відповідної літератури<sup>52</sup> дає змогу виокремити два основні підходи. Доктрина радше схиляється до того, що оскільки практика ЄСПЛ не створює нових правових норм, а застосовує норми ЄКПЧ, до неї має застосовуватися підхід, аналогічний тому, який застосовується до міжнародних договорів України. Цей аргумент також здається логічним з огляду на вищезгадану ст. 31(3)(b) Віденської конвенції про право міжнародних договорів, де вказано на тісний зв'язок між Конвенцією та практикою її застосування. Відповідно до ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України», «чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства».<sup>53</sup> Таким чином, оскільки ані Конституція України, ані відповідний рамковий Закон України не встановлюють примату міжнародного права над національним, ані навпаки – національного над міжнародним, можна дійти висновку про еквівалентність місця практики ЄСПЛ в системі джерел права місцю норм національного права України. Відповідно до другого підходу, який, зокрема, підтверджується аналізом структури висновків КСУ у справах за конституційними скаргами

---

<sup>50</sup> Рабінович П. М. Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. Київ: КІС, 2014. Ст. 98.

<sup>51</sup> Буткевич О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. *Лабораторія законодавчих ініціатив*. С. 12–13. URL: [https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Пропозиції\\_Politiki\\_ECHR.pdf](https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Пропозиції_Politiki_ECHR.pdf);  
Петришин О. (2016). Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії. *Право України*. 10. С. 20–27.

<sup>52</sup> Рабінович П. М. Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. Київ: КІС, 2014; Буткевич О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. *Лабораторія законодавчих ініціатив*. С. 18–20. URL: [https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Пропозиції\\_Politiki\\_ECHR.pdf](https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Пропозиції_Politiki_ECHR.pdf).

<sup>53</sup> Про міжнародні договори: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2004. № 50. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text).

громадян стосовно порушення їхніх прав, практика ЄСПЛ має допоміжний характер щодо інших джерел права<sup>54</sup>. Водночас варто зазначити, що як до, так і після прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (ЄСПЛ)» судді КСУ уникають безпосереднього визначення місця практики ЄСПЛ у системі джерел права, які застосовуються судами у розгляді справ. Так, визначаючи характер діяльності ЄСПЛ щодо національної влади, зокрема, судової влади, в контексті захисту прав людини як допоміжний або субсидіарний, М. Савенко опосередковано вказує на допоміжний характер практики ЄСПЛ в системі джерел права<sup>55</sup>. Однак, на його думку, рішення ЄСПЛ у справах проти держави України, повинні мати вирішальний характер, оскільки, якщо ЄСПЛ констатує невідповідність національного правового регулювання Конвенції і обов'язкам держави, які випливають з Конвенції; це автоматично означатиме неконституційність правового акта<sup>56</sup>. У своїй праці суддя КСУ М. Савенко також зазначає, що КСУ не тлумачить норми ЄКПЧ, натомість застосовуючи практику ЄСПЛ для тлумачення змісту та обсягу конвенційних прав<sup>57</sup>. У праці, оприлюдненій вже після набуття чинності Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (ЄСПЛ)», суддя КСУ М. Гультай також не вказує на конкретне місце практики ЄСПЛ у системі джерел конституційного права<sup>58</sup>. Натомість, посилаючись на напрацювання П. Рабіновича<sup>59</sup>, він виокремлює два основні види впливу практики ЄСПЛ на конституційне правосуддя: (і) врахування конституційними судами вказівок і оцінок ЄСПЛ, наведених у його рішеннях у конкретних справах, в межах національної юрисдикції; (ii) врахування вироблених ЄСПЛ принципів і концептуально-методологічних засад судового захисту у прийнятті рішень, які стосуються прав людини<sup>60</sup>. Отже, у своїй діяльності КСУ не прирівнює практику ЄСПЛ до національного законодавства, а радше звертається до неї як до допоміжного джерела права.

---

<sup>54</sup> Аналіз ґрунтувався на рішеннях та висновках КСУ за 2018–2019 роки, які згадували рішення ЄСПЛ, розміщених на офіційному вебсайті КСУ. URL: <http://www.ccu.gov.ua/storinka/akty-ksu>.

<sup>55</sup> Савенко М. Роль практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України. Вісник Конституційного Суду України. 2005. № 6. С. 51–56.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Гультай М. Вплив практики Європейського Суду з прав людини на здійснення конституційного судочинства: шляхи оптимізації. Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. / С. В. Ківалов (ред.). 2012. С. 13–24.

<sup>59</sup> Рабінович П. М. Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. Київ: КІС, 2014.

<sup>60</sup> Гультай М. Вплив практики Європейського Суду з прав людини на здійснення конституційного судочинства: шляхи оптимізації. Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. / С. В. Ківалов (ред.). 2012. С. 13–24.

По-третє, проблемним аспектом застосування практики ЄСПЛ українськими судами є брак перекладів практики ЄСПЛ українською мовою та методологічних вказівок щодо її застосування. В Україні існує ряд проєктів стосовно перекладу практики ЄСПЛ, але переклади здійснюються вибірково, в основному перекладаються рішення ЄСПЛ, які стосуються України. Отже, зважаючи на значне навантаження суддів, якісний, системний та глибокий аналіз практики ЄСПЛ не завжди можливий. В той час як переклад актів законодавства ЄС, актуальних для процесу адаптації, вже декілька років здійснюється в рамках проєкту технічної співпраці Association4U<sup>61</sup>, який фінансується Європейською Комісією, проблема мовного бар'єру також є актуальною в контексті застосування рішень Суду ЄС.

#### 4.2 Проміжний висновок

Таким чином, незважаючи на існування розвиненої міжнародно-правової та вітчизняної правової бази стосовно застосування ЄКПЧ та практики ЄСПЛ українськими судами, її застосування зіпсовується принаймні з трьома значними перешкодами, а саме: дискусійним характером правової природи рішень ЄСПЛ в контексті романо-германської правової системи; невизначеністю місця практики ЄСПЛ у системі джерел права України, а також браком українських перекладів рішень ЄСПЛ, які не стосуються України.

### 5 Врахування зарубіжних судових рішень при тлумаченні національного права

Врахування зарубіжних судових рішень є одним з інструментів, які можуть застосовуватись при тлумаченні права суддями в окремих країнах. Наприклад, у п. «с» ч. 1 ст. 39 Конституції ПАР<sup>62</sup> прямо закріплено обов'язок органів судової влади враховувати право іноземних країн при тлумаченні розділу Конституції «Біль про права»<sup>63</sup>. Однак для Німеччини і України така практика є новою і доволі дискусійною з приводу її доцільності та ефективності<sup>64</sup>, а актуальні на сьогоднішній день питання щодо можливості, перспектив і

<sup>61</sup> Для отримання інформації про проєкт Association4U, будь ласка, завітайте на вебсайт: URL: <https://association4u.com.ua/>.

<sup>62</sup> Конституція Южно-африканської республіки : от 11 октября 1996 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=78>.

<sup>63</sup> *Trilsch M. A.* Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht. В. 234: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin ; Heidelberg:Springer-Verlag, 2012. 559 s. S. 267.

<sup>64</sup> *Trilsch M. A.* Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht. В. 234: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin; Heidelberg:Springer-Verlag, 2012. 559 s. S. 267, 269.



перепон її впровадження знаходяться на стадії обговорення у наукових працях, на конференціях та ін.

Зокрема, у Національній доповіді на XVI Конгрес Конференції європейських конституційних судів «Співпраця між конституційними судами в Європі – рамкові угоди і перспективи в даний час» Конституційний Суд України зазначив, що він не посилався на практику конституційних судів зарубіжних країн через юридичну неприпустимість посилання на нові джерела, які не є обов'язковими для нашої держави, але при цьому брав до уваги зарубіжну практику (насамперед російськомовних держав через спільне історичне минуле та схожі умови розвитку), а в окремих думках судді навіть посилались на неї<sup>65</sup>. Іншими словами, в умовах зростаючої серед судових установ уваги до зарубіжної судової практики однією з основних причин, які створюють перешкоди у цьому напрямі, є відсутність нормативно закріпленої можливості використання рішень іноземних судів як джерел права.

Це наводить на думку про можливість вивчення питання використання іноземних судових рішень у двох напрямках, які доцільно розмежовувати: як джерела права та як допоміжні матеріали. Стосовно першого варіанта зазначимо, що в Україні поміж рішень іноземних судових інстанцій джерелами права є виключно рішення Європейського суду з прав людини. Тому вітчизняні суди не можуть посилатись на судові рішення іноземних держав як на правову підставу з метою обґрунтування свого рішення, допоки інше не буде закріплено на нормативному рівні. Що стосується доцільності визнання їх джерелами права, то це питання є дискусійним, оскільки такий крок не позбавлений недоліків. Наприклад, головною перепорою у використанні таких джерел можуть стати розбіжності у законодавстві, державному устрої, культурі різних країн тощо, які були покладені в основу цього рішення, іншими словами: що для однієї країни норма, для іншої буде незрозумілим та шкідливим. Використання таких рішень як джерел права може призводити до безпідставного звуження прав і свобод громадян, а також до некоректного тлумачення положень законодавства (яке буде відповідати нормативно-правовим актам іноземної держави, але суперечити власним). Якщо ж буде йтися не про розвинені європейські держави, на адаптацію до законодавства яких прямує Україна, а про будь-які інші зарубіжні судові рішення, то їх врахування, ймовірно, стане зайвим і недоречним.

Разом із тим, якщо розглядати іноземні судові рішення у якості допоміжних матеріалів, а не джерел права, то їх врахування може бути доцільним і корисним. Маємо на увазі їх використання як додаткових джерел інформації про сутність та зміст окремих правових категорій, основних принципів права,

---

<sup>65</sup> Конституційний Суд України. Національна доповідь на XVI Конгрес Конференції європейських конституційних судів «Співпраця між конституційними судами в Європі – рамкові угоди і перспективи в даний час». 33 с. С. 25–26. URL: <https://www.confconstco.org/reports/rep-xvi/LB-Ukraine-MS.pdf>

про способи вирішення спірних ситуацій, підходи до вирішення заплутаних справ тощо. У такому разі судові рішення відіграватимуть роль джерела натхнення, яке може бути використаним суддею для формулювання власної позиції та підсилення її аргументації. Прикладом успішного застосування іноземних судових рішень у такому ракурсі є рішення Попаснянського районного суду Луганської області від 5 квітня 2017 р.<sup>66</sup>, у якому суддя звернувся до окремої думки його зарубіжного колеги, судді Верховного Суду США, з метою доведення своєї позиції за рахунок влучного висловлювання, яке збігається з його поглядами на справедливість, а саме: «За цих обставин, з першого погляду, суд мав би накласти на правопорушницю адміністративне стягнення виключно у вигляді та в розмірі, які передбачені санкцією відповідної статті КУпАП, не дивлячись на явно несправедливий і надмірний характер такого покарання. Однак, у цьому контексті суд вважає за можливе звернутися до слів судді Верховного суду США Стівена Брайера, написаних у його окремій думці (до якої приєдналися Голова цього суду Джон ОСОБА\_2 і суддя Ентоні Кеннеді) у справі «Petrella v. Metrogoldwyn-Mayer, Inc., et al.»: «Правові системи містять доктрини, які допомагають судам уникнути несправедливості, яка могла б виникнути, якщо б правові норми застосовувалися суворо в кожному випадку, незалежно від того, наскільки незвичними є обставини. «Природа справедливості, як давно зауважив Арістотель, полягає у виправленні закону, коли він є дефектним через свою універсальність»<sup>67</sup>.

Викладене підтверджує, що судові рішення не обов'язково повинні обмежуватись сухим цитуванням положень нормативно-правових актів, адже це результат інтелектуальної, навіть певною мірою творчої діяльності людини для людини, а не автоматичної машинної праці формального характеру. Своєчасне посилання на правову доктрину, рішення іноземних судових інстанцій тощо зробить їх більш досяжними для розуміння, цікавішими, більш живими, вони легше сприйматимуться читачами, а позиція судді стане більш зрозумілою, обґрунтованою і прозорою, більш людяною, що зміцнить довіру населення до органів судової влади.

Зважаючи на викладене, доречним і корисним також стане врахування рішень іноземних судів у таких випадках: 1) за необхідності тлумачення правових норм, положень нормативних документів, спільних для цих держав, які є для них загальнообов'язковими однаковою мірою (зокрема актів ЄС, документів ООН, інших міжнародних актів), з метою забезпечення однакової практики їх розуміння і застосування. До того ж, міжнародне походження акта може вимагати перегляду та зміни національних методів і підходів до

<sup>66</sup> Рішення Попаснянського районного суду Луганської області від 5 квітня 2017 р. у справі № 423/369/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65910303>.

<sup>67</sup> Там само.

тлумачення<sup>68</sup>, традиційних уявлень про певні правові конструкції, явища тощо, у разі чого у пригоді стануть судові рішення тих країн, у яких тривалий час визнається і застосовується відповідний нормативний акт; 2) для запозичення досвіду тлумачення й застосування певних правових норм з метою наближення вітчизняної правозастосовної практики до стандартів іншої країни або країн у цій сфері, у цілях забезпечення судом відповідності його рішень європейським, міжнародним стандартам та праву<sup>69</sup>; 3) для проведення порівняння, доведення можливості або неможливості застосування певних актів, засобів, висновків до конкретної ситуації, для визначення ефективності застосування окремих правових засобів або доцільності вирішення справи відповідним чином за аналогічних обставин.

Однак ця практика вимагає обережності, серйозної попередньої підготовки, уважності до деталей. Орієнтирами у вирішенні питання доцільності та правомірності врахування рішень іноземних судів можуть стати наступні передумови: неможливість заповнити прогалину у праві/законі, вирішити справу по суті вітчизняними засобами; наявність у справі рис, елементів, обставин, спільних зі справою, за якою прийнято рішення іноземною судовою установою; наявність умов, які роблять рішення іноземних судів застосовними до конкретної ситуації, наприклад: ідентичність правових норм, схожість нормативно-правового регулювання, наявність у рішенні тлумачення спільного для цих країн нормативного акта (міжнародно-правового документа), загальновизнаних принципів права, правових понять, термінів, категорій; наявність у рішенні міркувань загального характеру, не прив'язаних до конкретних нормативно-правових положень, щодо загальних правових конструкцій, понять, явищ, принципів; органічне узгодження рішення (положень, на які посилається суддя) з вітчизняним законодавством, правовою доктриною, практикою у конкретній сфері тощо, іноземні судові рішення не повинні суперечити вітчизняним джерелам права у тій частині, яку планується використати та ін.

Таким чином, за правильного та обережного застосування рішення іноземних судів можуть відіграти важливу роль та мати позитивний ефект на якість судових рішень національних судів та ефективність їх діяльності, спрямованої на вирішення справи по суті, тлумачення положень національних та міжнародних нормативно-правових документів, удосконалення правозастосовної практики, впровадження нових нормативних документів у практику, обрання та обґрунтування ефективних засобів реагування на правопорушення тощо. Крім того, видається доцільним та необхідним

<sup>68</sup> Klückner I. Grenzüberschreitende Bindung an zivilgerichtliche Präjudizien. Möglichkeiten und Grenzen im Europäischen Rechtsraum und bei staatsvertraglich angelegter Rechtsvereinheitlichung. B. 3: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. 254 s. S. 185.

<sup>69</sup> Grabenwarter C. Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa – Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven. URL: <https://www.confueconstco.org/reports/rep-xvi/Generalbericht%20DE.pdf>.

врахування рішень європейських судів (судів європейських держав) для інших країн-членів (або претендентів у члени ЄС, асоційованих членів) з питань дотримання/порушення положень актів європейського законодавства з метою утвердження європейських стандартів регулювання та публічного адміністрування у відповідних сферах, що також сприятиме наближенню держав одна до одної, створенню/підтриманню єдиного європейського правового простору.

# Орієнтація юридичної підготовки: фіксація іміджу адвоката чи судді та його вплив на національну правову культуру

*Доц. Юр. Катаріна Гундертмарк*

## 1 Вступ

«З точки зору адвокатів юридична освіта – це освіта чужорідна»<sup>1</sup>. Ця цитата наочно ілюструє постійну дискусію про юридичну освіту в Німеччині, яка – з погляду адвокатської професії – вимагає більшої практичності й актуальності відповідного навчального курсу. Взагалі німецька юридична освіта ділиться на дві незалежні одна від одної частини: опанування теоретичних знань про право і після цього проходження практики у межах юридичної підготовчої служби, у так званому (юридичному) «референдаріаті». Метою юридичної підготовки є здобуття кваліфікації до посади судді, як зазначається в § 5 Німецького закону про суддів (DRiG)<sup>2</sup>. Відповідно до абз. 1 § 5 Німецького закону про суддів (DRiG) кваліфікацію, потрібну для зайняття посади судді, набуває той, хто успішно завершив опанування курсу права в університеті, склав перший юридичний іспит, пройшов подальшу практичну підготовку і склав другий державний іспит; перший іспит складається з університетського

---

<sup>1</sup> *Hartmut Kilger*, Juristenausbildung und Anwaltsausbildung, NJW 2003, 711 (713).

<sup>2</sup> Deutsches Richtergesetz (DRiG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 1972 (BGBl. I S.713).

іспиту за напрямками спеціалізації та державного іспиту з обов'язкових предметів<sup>3</sup>.

Німецький закон про суддів (DRiG) містить основні норми, які визначають зміст підготовки (набуття кваліфікації) до професії судді, тому дещо дивує мета юридичної підготовки як норма цього закону. Беззаперечно існує багато різних галузей професійної юридичної діяльності, прямо не пов'язаних із суддівством. В минулі десятиліття так звана «кваліфікація для суддівської посади» була основою для формування змісту і структури вивчення права<sup>4</sup>. З цього можна зробити простий висновок про те, що юридична підготовка в Німеччині орієнтована на профіль професії судді. З цієї причини можна зрозуміти побоювання адвокатури щодо поточного стану і змісту навчання зокрема і юридичної освіти загалом, які вимагають більшої уваги до професії адвоката. Саме з цієї причини в минулому було багато спроб реформувати юридичну освіту. При цьому найпоширенішою вимогою з боку носіїв юридичної професії був і є відхід від попереднього образу «одноманітного / повного юриста», оскільки близько 75 % випускників після здобуття юридичної освіти займаються професією адвоката, і лише невеликий їх відсоток стає професійними суддями<sup>5</sup>.

## 2 Кваліфікація для посади судді

Однак «кваліфікація для посади судді», отримана по закінченні всього курсу навчання (навчання, підготовчої служби / практики та іспитів), не означає, що випускник<sup>6</sup> після нього повинен стати суддею<sup>7</sup>. Це, натомість, надає йому статус повного правника / юриста, а отже, означає, що йому надається доступ до всіх інших юридичних професій відповідно до державних правил доступу до професії і здобутої ним кваліфікації / придатності. Насамперед остання потрібна для призначення суддею відповідно до абз. 3 § 9 Німецького закону про суддів (DRiG). Крім того, вона також є необхідною передумовою допуску

<sup>3</sup> Auf Landesebene wird die Juristenausbildung in Juristenausbildungsgesetzen und -verordnungen geregelt.

<sup>4</sup> Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9-11-2012, file:///C:/Users/Noni/AppData/Local/Temp/Wissenschaftsrat%20Juristenausbildung.pdf S. 20, letzter Aufruf: 12.03.2021.

<sup>5</sup> DAV представив законопроект про реформування юридичної освіти: becklink 198144, 23.10.2006. Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9-11-2012, file:///C:/Users/Noni/AppData/Local/Temp/Wissenschaftsrat%20Juristenausbildung.pdf S. 20, останнє звернення: 12.03.2021.

<sup>6</sup> З причин зручнішого читання одночасне використання мовних форм чоловічого, жіночого та різноманітного (ч/ж/р) відсутнє.

<sup>7</sup> Це, серед іншого, залежить від оцінки, оскільки доступ до державної служби вимагає певної оцінки, яку отримує лише незначна частина випускників. Однак останніми роками спостерігається тенденція щодо зниження рівня вимог до оцінок.

до адвокатури відповідно до п. 1 речення 1 § 4 Федерального положення про адвокатуру (BRAO)<sup>8</sup>, а також для призначення нотаріусом відповідно до речення 1 § 5 Федерального положення про нотаріат (BNotO)<sup>9</sup>, як і для призначення прокурором відповідно до абз. 1 § 122 Німецького закону про суддів (DRiG). Незалежно від того, що кожна зі згаданих юридичних професій займає різне становище і має різні завдання в структурі юриспруденції, всі претенденти на них здобувають одну й ту ж освіту, орієнтовану на професію судді.

### 3 Університетське навчання

Отже, як перший крок слід більш ретельно вивчити університетське навчання з огляду на його орієнтацію на образ судді.

#### 3.1 Зміст навчального курсу

Вихідний пункт, що визначає зміст навчання юриспруденції, знаходить своє відображення у Німецькому законі про суддів (DRiG). Відповідно до речення 3 абз. 2 § 5а Німецького закону про суддів (DRiG) навчання повинне складатися з таких курсів: основні області цивільного права, кримінального права, публічного права та процесуального права, в тому числі зв'язки з положеннями європейського права та посилання на них, методика правознавства, філософію, історію та соціальні засади правознавства. По суті, йдеться про здобуття теоретичних знань у трьох основних правових областях: у цивільному, кримінальному та публічному праві. Після закінчення навчання всі студенти повинні опанувати основні засади викладених у правилах підготовки відповідних німецьких земель освітніх курсів<sup>10</sup> і засвоїти іспитовий матеріал для юристів, причому спочатку не відбувається жодної спеціалізації в предметних областях, оскільки всі студенти відвідують одні й ті ж лекції та пишуть однакові контрольні й курсові роботи аж до закінчення основного курсу.

##### 3.1.1. *Метод юридичної справи (практичного випадку)*

Іспит, що найчастіше відбувається в процесі юридичного навчання, а також на першому державному іспиті, зазвичай полягає у розв'язку практичної юридичної справи, де вимагається дати відповідь на поставлене питання у

<sup>8</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) vom 1. August 1959 (BGBl. I S. 565).

<sup>9</sup> Bundesnotarordnung (BNotO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 1961 (BGBl. I S. 97).

<sup>10</sup> Див., наприклад: Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAVO) vom 2. November 1993.

стилі, який називають «висновок експерта». Як результат, німецька юридична освіта чітко виділяється в міжнародному порівнянні, оскільки в більшості інших країн основна увага при перевірці знань припадає на опитування того, що вивчено напам'ять<sup>11</sup>. Натомість німецькі студенти можуть застосовувати отримані матеріальні знання з вирішення спорів, засвоєні під час навчання, до будь-якого абстрактного питання.

Тому так званий стиль експертного висновку має, серед іншого, важливе значення при оцінці методологічних аспектів роботи правника. Підготовка експертного висновку є центральним завданням юридичного навчання і засвоєння знань та вмінь, необхідних на першому державному іспиті. Отже, техніка експертного висновку, поряд з експертним стилем викладення, мають особливе значення для успішного складання іспиту<sup>12</sup>. Стиль експертного висновку характеризується тим, що він виражає мовними засобами процес мислення, за допомогою якого екзаменованій знаходить відповідь на поставлені запитання і «захищає» свій результат у всіх можливих напрямках, шукаючи найбільш переконливий розв'язок отриманого завдання / справи<sup>13</sup>. Як і в інших науках, йдеться насамперед не про результат, а про відповідь на питання «чому?», яку слід давати, послуговуючись певною формальною структурою мислення відповідно до правил юридичних іспитів. Відтак методика, тобто набір методів юридичної техніки, також розглядається як «навігаційна система» юриста<sup>14</sup>. Можна також сказати: «Той, хто колись зрозумів, якими засобами та способами відбувається розв'язок справи, може, за необхідності, успішно розв'язати поставлене йому завдання навіть при неповних юридичних знаннях та при розгляді «невідомої» справи<sup>15</sup>.

Врешті-решт, під час підготовки експертного висновку студентам відводиться роль об'єктивного судді, який вирішує конкретну справу, юридично оцінюючи її з усіх відповідних аспектів. Адже саме девіз «віддайте кожному його права», як і правило «заслухати іншу сторону» є сутністю кожного успішного суддівства<sup>16</sup>. Супроводжується це зображенням богині

---

<sup>11</sup> Stephan Barton, Ist juristische Jurisprudenz möglich?, in: Barton, Stephan/Hähnchen, Susanne/Jost, Fritz (Hrsg.), *Praktische Jurisprudenz*, Hamburg 2011, S. 27; Michael, Beurskens, *Clinical Education – Praxisnahes wissenschaftliches Studium als Quadratur des Kreises?*, in: Kramer, Urs/Kuhn, Tomas/Putzke, Holm, *Was muss Juristenausbildung heute leisten?*, Stuttgart 2019, S. 142. При цьому навчання на практичних справах, яке спочатку було досить слабо вираженим, у 1971 р., наприклад, в Університеті Геттінген проводилось як особливий вид навчального заходу, див., наприклад, також: Gerhard Köbler, *Zur Geschichte der Juristenausbildung in Deutschland*, *Juristen Zeitung* 1971, 768 (772).

<sup>12</sup> Див., наприклад, з цього приводу статтю: von Beyerbach, *Gutachten, Hilfgutachten und Gutachtenstil – Bemerkungen zur juristischen Fallbearbeitung*, *JA* 2014, 813, 813.

<sup>13</sup> Möllers, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 9. Auflage (2019), Rn. 42.

<sup>14</sup> Mann, *Einführung in die Juristische Arbeitstechnik*, 5. Auflage (2015), Rn. 227; Rütters, *Wozu auch noch Methodenlehre? – Die Grundlagenlücken im Jurastudium*, *JuS* 2011, 865, 867.

<sup>15</sup> Dornis/Keßenich/Lemke, *Rechtswissenschaftliches Arbeiten*, (2018), S. 119.

<sup>16</sup> Sebastian Läßle, *Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung*, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 77.



Юстиції із зав'язаними очима, вагами та мечем, що символізує справедливість і представляє класичні елементи професії судді<sup>17</sup>. Студентів під час навчання можна уявити собі як свого роду доповідачів на судовому засіданні, завданням яких є підготовка справи до слухання і розв'язку в засіданні й представлення її іншим членам суду. Для того, щоб вони могли одержати повне уявлення про конкретну проблему, надзвичайно важливо описати всі можливі шляхи її вирішення. З цієї причини студенти повинні й тоді, коли завершують розв'язку згідно з обраним способом, підготувати всі можливі допоміжні / альтернативні варіанти, навіть якщо ті, на їхню думку, є менш слушними. А вже порівняння розв'язку для справи, підготовленої студентом як «доповідачем», з власними поглядами, може дозволити іншим членам суду вважати його юридичну позицію хибною. Відтак позов, на їхню думку, буде, наприклад, недопустимим, і запропонований розв'язок не буде підтриманий та проголосований його колегами по суддівству. Для такого випадку, незалежно від власної юридичної позиції, він повинен мати можливість представити інші, тобто всі можливі чи уявні аспекти справи та запропонувати всі допустимі рішення<sup>18</sup>. Цей приклад чітко ілюструє те, що студенти під час навчання і зрештою далі на іспиті завжди виступатимуть у ролі нейтрального судді, який, незалежно від власної позиції, зважує всі «за» і «проти» і спроможний до розуміння кожної представленої сторони спору.

### 3.1.2. *Практичні вклучення в навчання*

Для того, щоб студенти здобували в процесі навчання не лише теоретичні знання, речення 1 абз. 3 § 5a Німецького закону про суддів (DRiG) передбачає, що зміст курсу також вклучає судову, адміністративну адвокатську та консультативну практики, у тому числі необхідні<sup>19</sup> для цього ключові знання й кваліфікації<sup>20</sup>. Відповідно до речення 2 абз. 3 § 5a Німецького закону про суддів (DRiG) практичні навчальні періоди займають загалом не менше трьох місяців вільного від семестрових занять часу. Вклучення важливих для практики елементів у курс має на меті забезпечити узгодження теорії й практики у ході вивчення предмету. Наприклад, лише Гейдельберзький університет пропонує

---

<sup>17</sup> Sebastian Läßle, Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 77.

<sup>18</sup> Thomas Mann, Einführung in die Juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl., München 2015, Rn. 225.

<sup>19</sup> Поняття ключових кваліфікацій походить від Дітера Мертенса (Dieter Mertens), який обрав цей термін, тому що освітні цілі та елементи є ключем до плавного і швидкого безперешкодного засвоєння різних спеціальних знань: Dieter Mertens, Mitteilungen aus der Arbeits- und Berufsforschung 1974, 36 (36); Sebastian Läßle, Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 69.

<sup>20</sup> При цьому частину норми, яка перераховує ключові кваліфікації як частину навчання, було вперше запроваджено 1 липня 2003 р. наступним законом: Gesetz vom 11. Juli 2002 (BGBl. I S. 2592). Абзац 4 § 5a Німецького закону про суддів встановлює, що деталі регулювання визначає кожна німецька земля самостійно. Усі землі виконали що вимогу і відповідно внесли зміни в свої закони і положення про підготовку юристів.

лекції для адвокатів та навчальні групи, які є там частиною базової підготовки кожного студента<sup>21</sup>.

### 3.1.2.1 *Ключові кваліфікаційні ознаки*

Як щойно зазначалося, Німецький закон про суддів з 2003 р. передбачає, що ключові кваліфікації викладаються як частина юридичних студій, при цьому перелік, що міститься в законі, є невичерпним. Він, серед іншого, включає комунікаційні навички, риторику, посередництво у суперечках, медіацію, методику допитування та загальні навички спілкування, див. речення 1 абз. 3 § 5a Німецького закону про суддів (DRiG). Ідея, що лежить в його основі, базується насамперед на тому, що *право потребує спілкування*, оскільки незалежно від того, якою юридичною професією пізніше буде займатися студент, у кожній професійній сфері є потреби в порадах, переговорах чи в посередництві<sup>22</sup>. Ці вимоги мають бути задоволені здобуттям ключових кваліфікацій. Тому в більшості країн обов'язковим є (успішне) здобуття хоча б однієї ключової кваліфікації. Ключові кваліфікації є так званіми *м'якими навичками*, які сприяють засвоєнню навичок та компетенцій, потрібних для подолання мінливих вимог професійного життя. Справді, можна зайняти позицію, що такі кваліфікації, як медіація та арбітраж, є сферами, пристосованими для діяльності суддів. Однак в університетах також проводяться й навчальні заходи, які відображують традиційну адвокатську діяльність. Як приклад можна назвати навчальні судові процеси, у межах яких студенти виконують функції адвокатів, готуючи письмові заключення та / або виступаючи з промовами<sup>23</sup>. У цій частині можна згадати також і про проекти «Студентська консультація (юридична клініка) та Безперешкодна юридична консультація»<sup>24</sup>, які реалізуються в Університеті міста Геттінген. Завданням є щотижневе надання юридичних консультацій особам, які потребують поради. Ці консультації надають студенти під фаховим керівництвом професійного адвоката. Після консультації студент отримує відповідну оцінку від професійного адвоката в індивідуальній співбесіді. Останній вказує на наявні проблеми, можливі шляхи усунення та, у певних випадках, на відповідні судові рішення. Ще один приклад інтенсивнішої прив'язки до адвокатської практики

<sup>21</sup> URL: <https://www.jura.uni-heidelberg.de/anwaltsorientierung/> (дата звернення: 06.03.2021).

<sup>22</sup> Stephan Breidenbach, Eine neue Juristenausbildung, NJW 2020, 2862 (2867).

<sup>23</sup> Залежно від фабули справи суд також може бути представлений студентами. Див.: *Thomas Mann/Helen Wienands*, Praxisnahe Juristenausbildung, in: Mann (Hrsg.), *Europäisierung der ukrainischen Juristenausbildung*, 2016, S. 129 (135 ff.).

<sup>24</sup> URL: <https://www.uni-goettingen.de/de/rechtsberatung/514334.html> (дата звернення: 06.03.2021), при цьому безперешкодна юридична консультація прямо адресована людям з обмеженими можливостями чи/та іншими хронічними захворюваннями. Більш детально див.: *Thomas Mann/Helen Wienands*, Praxisnahe Juristenausbildung, in: Mann (Hrsg.), *Europäisierung der ukrainischen Juristenausbildung*, 2016, S. 129 ff. Інший компонент, орієнтований на адвокатів, становлять заходи «Представництво в трудовому праві», «Укладання договорів у нотаріальній практиці» та «Укладання договорів у сільськогосподарській практиці».

пропонує Університет Галле-Віттенберга. Тут пропонується «адвокатська практика» як ключова кваліфікація, яка – що випливає з назви – крім загальних речей на кшталт організації юридичної фірми, професійного права та взаємодії з клієнтами – пропонує реальні поточні або щойно завершені представницькі повноваження / мандати, де представлені особливості цивільного, кримінального, адміністративного, сімейного, трудового та соціального законодавств<sup>25</sup>. Цей невеличкий вибір ключових університетських кваліфікацій є показовим для намагань університетів виконувати покладені на них законом завдання, більш тісно інтегруючи адвокатську професійну практику з юридичним мандатом освіти і її орієнтованим насамперед на суддівську професію навчанням з метою підготовки студентів до інших професійних сфер.

### 3.1.2.2 Спеціалізоване навчання – спроба адвокатської орієнтації юридичної освіти

Подальшим розділом курсу є так зване спеціалізоване навчання – фокус-курс, запроваджений Законом про реформу юридичної підготовки від 11 липня 2003 р.<sup>26</sup>, що вніс відповідні зміни до Німецького закону про суддів (DRiG). З того часу, відповідно до речення 1 абз. 2 § 5а Німецького закону про суддів (DRiG), до предмета курсу включено поряд з обов'язковими дисциплінами предмети спеціалізації, що допускають варіативність. Метою змін було включити в навчання, яке в основному мало орієнтацію на професію судді, на пов'язане з цим, але занедбане викладання юридичного консультування та правотворчості, які повинні бути більш тісно інтегровані в навчання. Це особливо відтіняє те, що переважна кількість випускників обирає професію адвоката<sup>27</sup>. Отже, спеціалізований курс відкриває можливість спеціалізації і таким чином є потенційним шляхом залучення в навчання практиків<sup>28</sup>. Однак це дається складно, оскільки, наприклад, речення 1 абз. 1 § 4а Закону Нижньої Саксонії про підготовку юристів (NJAG)<sup>29</sup> передбачає, що спеціалізовані курси є доповненням навчання, поглибленням відповідних обов'язкових предметів та вивченню міждисциплінарних та міжнародних зв'язків і прив'язок у праві. Однак більш тісної практичної орієнтації при цьому не вимагається. Якщо взяти до уваги навчальні пропозиції університетів, то досить швидко виявляється, що лекції зі спеціалізованих курсів не несуть ніякої реальної

<sup>25</sup> URL:[https://www.jura.unihalle.de/studium\\_lehre\\_pruefung/studium\\_lehre/lehrveranstaltungen/\\_schluesselqualifikationen/#anchor2512191](https://www.jura.unihalle.de/studium_lehre_pruefung/studium_lehre/lehrveranstaltungen/_schluesselqualifikationen/#anchor2512191), останній виклик: 06.03.2021. Поруч також є захід, присвячений практиці складання договорів.

<sup>26</sup> BGBl. 2002, S. 2592.

<sup>27</sup> Див., наприклад, VT-Drs. 14/8629, S. 1.

<sup>28</sup> Michael Beurskens, Clinical Education – Praxisnahes wissenschaftliches Studium als Quadratur des Kreises?, in: Kramer, Urs/Kuhn, Tomas/Putzke, Holm, Was muss Juristenausbildung heute leisten?, Stuttgart 2019, S. 169.

<sup>29</sup> Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAG) in der Fassung vom 15. Januar 2004 (Nds. GVBl. 2004, 7). Інші землі також запропонували подібні формулювання.

практично орієнтованої спеціалізації<sup>30</sup>. Порівняно із звичайними лекціями початкового та основного навчальних блоків у спеціалізованому курсі, природно, поглиблюються предмети, що стосуються спеціалізації, які часто викладаються адвокатами як лекторами. Тим не менше, такі лекції також обмежуються передачею матеріальних знань, що випливає із форми передачі знань, яка досі здійснюється лекційним («фронтальним») способом.

### 3.1.2.3 Час практичного навчання

У рамках навчання необхідно пройти три обов'язкові стажування / «практики» загальною тривалістю три місяці, як вимагає речення 2 абз. 3 § 5а Німецького закону про суддів (DRiG). Як правило, вони повинні бути виконані в суді, адміністративному органі та при адвокаті / адвокатурі. Там студенти повинні опанувати роботу суду та ознайомитись із завданнями і методами роботи адміністративного органу, а також адвокатурі / колегії адвокатів чи юридичної фірми або консультації. Отже, в рамках навчання в період практики студенти отримують уявлення про різні професійні сфери.

## 3.2 Навчання як розпрямлення професії судді

Студенти вивчають під час навчання роботу судді, яка вимагає від останнього як об'єктивного споглядача вивчити передану до суду для розв'язку ситуацію і у вичерпному звіті про неї зважити всі «за» і «проти», не зайнявши позиції жодної зі сторін спору. Спроби віддалити навчання від фігури / образу судді не виявились успішними. Лише спеціалізовані курси можна вважати частково вдалим включенням в навчання сфери адвокатської роботи. Але студенти просто не мають можливості дізнатись в навчанні про буденну роботу судді, включаючи написання наказів, розпоряджень тощо. По закінченні практики вони отримують короткий практичний досвід і розуміння роботи як в професії адвоката, так і в професії судді. Частково концентрує на собі увагу крилата фраза про «судоорієнтованість», оскільки в навчанні превалує і вивчається лише спосіб мислення судді. Однак знання, отримані під час навчання і спроможність прогнозувати судові рішення, є важливими для всіх юридичних професій і аж ніяк не зайвими, оскільки вони передають основи для всіх професійних сфер права. Особливо важливе місце займає судова позиція *ex ante* попередня, оскільки адвокату також має бути зрозуміло, як вирішуватиме суддя конкретну справу, оскільки він може лише відповідно до цього надати свою юридичну консультацію.

---

<sup>30</sup> Див., наприклад, також: hierzu auch Heino Schöbel, Das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung, JuS 2004, 847 (847).

## 4 Підготовча служба

Університетське навчання закінчується першим юридичним іспитом (1-й державний іспит), який є необхідною умовою для допуску до підготовчої служби, яка, в свою чергу, закінчується 2-м державним іспитом. Другий етап юридичної освіти, відтак, має назву «Підготовча служба», або «Референдаріат». Він триває близько двох років і розподілений між різними місцями практики<sup>31</sup>. Але навіть на Підготовчій службі навчання не є виключно практичним, маючи дві сторони: теорія та практика знову йдуть рука в руку. Під час референдаріату / стажування практиканти в принципі перебувають у державно-правових відносинах з державою, тому відповідна німецька земля також виплачує їм заробітну плату практиканта. Це унікальна в Європі концепція навчання, в рамках якої держава реалізує покликання надати всім молодим юристам можливість займатися традиційними юридичними професіями в рамках організованого та фінансованого державою орієнтованого на практику навчання<sup>32</sup>.

### 4.1 Курс юридичної служби

Юридична основа підготовчої служби знаходиться в Німецькому законі про суддів (DRiG) в його § 5b. Ним законодавець встановив обов'язкові місця практики і їхню тривалість. Згідно з абз. 2 § 5b Німецького закону про суддів (DRiG) навчання проводиться в загальному суді у цивільних справах, в прокуратурі або в суді в кримінальних справах, в адміністративному органі, при адвокаті, а також в одному або декількох місцях практики на вибір. Зазвичай юристи-стажери перебувають протягом п'яти місяців у цивільному суді, три місяці в прокуратурі чи в кримінальному суді, три місяці в адміністративному органі та дев'ять місяців при адвокаті<sup>33</sup>. Особливо виділяється місце практики при адвокаті, що триває найдовше. Тривалість від чотирьох до дев'яти місяців була запроваджена реформою юридичного навчання 2002 р., яка повинна була посилити вагу адвокатської підготовки, оскільки багато випускників згодом стають саме адвокатами. Наприклад, у Нижній Саксонії три з восьми завдань на іспитах – це суто адвокатські «клаузури» (письмові роботи – *прим. перекл.*), а усний іспит також включає самостійну адвокатську оцінювану співбесіду. Крім цього, у Нижній Саксонії як завдання «з погляду суду» пишуться лише дві письмові екзаменаційні роботи, а саме: один вирок і один судовий висновок. Додатково в кримінальному праві має бути обов'язково

<sup>31</sup> Вони відрізняються залежно від тривалості та змісту в різних землях. У рамках цієї статті вказується середній обсяг, однаковий у всіх землях.

<sup>32</sup> Killian, Matthias, *Juristenausbildung*, Bonn 2015, S. 173.

<sup>33</sup> Тривалість перебування в місці практики варіюється залежно від землі, оскільки речення 1 абз. 4 § 5b Німецького закону про суддів (DRiG) лише визначає, що обов'язкова тривалість перебування на практиці становить щонайменше три місяці, а на місці адвокатської практики – щонайменше дев'ять місяців.

складено обвинувальний акт позиції обвинувачення та в публічному праві експертний висновок з погляду органу виконавчої влади. Крім того, студенти можуть обрати іспит як складення письмового експертного висновку з позиції обвинувачення або з позиції органу виконавчої влади на вибір, і це становить в цілому вісім іспитових робіт.

Як правило, юристи-стажери проводять у суді «лише» п'ять місяців, тоді як в адвокатській конторі вони працюють дев'ять місяців. Це тим більше ілюструє особливу роль адвокатської підготовки, яку законодавець підкреслив збільшенням тривалості адвокатської практики. Проте практичний досвід дозволяє заперечити її, адже практика при адвокаті є останньою перед письмовим другим державним іспитом, і тому багато студентів у цей час паралельно зайняті підготовкою до державного іспиту. З цієї причини численна кількість юристів-практикантів в останні місяці адвокатури посилено «пірнають»<sup>34</sup> у матеріал, готуючись до іспиту. Щоб певною мірою пом'якшити цей вплив, законодавець збільшив тривалість роботи адвокатського місця практики до дев'яти місяців з метою досягти такої ж тривалості роботи на цьому місці практики порівняно з іншими. Отже, якщо взяти до уваги, що «адвокатська» частина практики триває дев'ять місяців, але багато юристів-стажерів значно скорочують її тривалість, практика у суді, з якої починається увесь процес практичної підготовки, посідає друге місце за тривалістю.

#### 4.2 Судоорієнтованість / зацикленість?

Особливістю підготовчої служби є те, що держава сама організує практичну підготовку майбутніх юристів і платить їм за роботу. Це гарантує, що кожен, хто хоче стати суддею, матиме таку можливість. Оскільки йдеться про державну освіту, держава піклується про те, що кожен стажер-юрист отримує практикантське місце – в суді, далі – в прокуратурі і в органах виконавчої влади. Лише для місць практики при адвокатах і за вибором студент повинен самостійно здійснювати пошук місця практики. Тобто, якщо держава організовує навчання та забезпечує місцем практики, то вона також повинна видати відповідні розпорядження з цього приводу. Відповідно, держава пішла назустріч адвокатури, і зараз дев'ятимісячна практика у ролі адвоката включена у підготовку юриста, тож зрештою лише перший п'ятимісячний етап практики фокусується на професії судді. Отже, про зацикленість на образі й діяльності судді в контексті підготовки юриста не може бути й мови.

---

<sup>34</sup> Ця стратегія використовується стажерами-практикантами за погодженням зі своїми наставниками для вільного відвідування ними практичних занять, щоб не з'являтися на робочому місці, а вивчати розв'язок екзаменаційних завдань.

## 5 Супутня роль адвокатури як «органу правочинності / правосуддя»

Нарешті, слід ще раз звернутись до позиції адвоката в мережі правової системи. Якщо поглянути на класичний образ адвоката, більшість – особливо не знайомі з правом люди – сказали б, що адвокат є виключним представником інтересів свого клієнта. Це сказано слушно.

Однак у § 1 Федерального положення про адвокатів (BRAO) прямо встановлено, що адвокат є незалежним органом, відповідальним за здійснення правочинності / правосуддя. Як орган здійснення правосуддя, адвокат у вільній/ліберальній конституційній державі виконує незалежну функцію у «боротбі за право / справедливість» як професійний, покликаний радник та представник тих, хто шукає права / справедливості (абз. 1 § 3 Федерального положення про адвокатів (BRAO)) поряд із судьями та прокурорами<sup>35</sup>. Для того, щоб усі причетні до здійснення правосуддя органи могли цілеспрямовано спілкуватися між собою, необхідно, щоб усі виходили з єдиних – матеріальних та методологічних – засад. Цей процес комунікації / спілкування гарантується юридичною освітою, яку всі представники трьох професійних сфер пройшли й засвоїли за однаковими стандартами. Навіть якщо кожен орган відіграє різну роль у судовому процесі, зрештою, суддя об'єктивно вирішує справу. Якщо адвокат знає зміст і способи роботи судді, а також розуміє, з чого і як виходить суддя при оцінці фактів, він може точно визначати свої подальші дії, виходячи з цього свого знання. Тому одержані знання та розуміння методу роботи судді аж ніяк не є зайвими, навіть якщо будуть обрані інші юридичні сфери і професії, оскільки в кінці кожного юридичного спору його розв'язує суд, якщо до цього не вдасться знайти рішення проблеми. Відтак з викликами й проблемами, на які повинні зважати в своїй повсякденній практичній роботі у відповідних спеціальних сферах діяльності судді, прокурори, юристи виконавчої влади або адвокати, всі кандидати на вступ до професії познайомляться тільки тут. Тож випускники, які починають кар'єру суддів, у цьому плані не мають жодних переваг.

Ще однією перевагою навчання як юриста з повноцінною кваліфікацією є те, що юристи, які успішно закінчили навчання, в кінці мають можливість вільно обирати<sup>36</sup>, якою саме юридичною професією вони хотіли б займатися, оскільки кваліфікація на посаду судді кваліфікує їх для всіх юридичних професій. Це особливо вигідно тим студентам та юристам-практикантам, які лише наприкінці навчання усвідомлюють, який саме напрям у професії цікавить їх найбільше. Окрім того, звичайно, існує можливість зміни

<sup>35</sup> Brüggemann, Rüdiger, in: Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 3.

<sup>36</sup> Поряд з кваліфікацією для посади судді прийняття на роботу, природно, також залежить від оцінки іспиту.

професійних сфер, завдяки чому можливий перехід від державної служби до адвокатури або навпаки.

## 6 Висновок

Підсумовуючи, можна зазначити, що юридична освіта визначається як професійна підготовка виключно для роботи суддею, виходячи лише з її назви – кваліфікація для посади судді. І це навіть більшою мірою стосується університетського навчання, ніж практики в згаданих юридичних професіях. Найбільш виразний зразок німецької юридичної освіти становить методика розв'язку юридичних спорів та, як результат, складання юридичного висновку з погляду нейтрального / безстороннього судді. З роками в юридичну освіту все частіше інтегруються компоненти підготовки, пов'язані з практикою юридичної роботи. Це має покращити підготовку до адвокатської професії, яка досі залишається найбільш часто обраною юридичною сферою діяльності і професією. Крім того, тривалість практики при адвокаті в межах референдаріату зараз є найдовшою, і більшість завдань на 2-му державному іспиті сформульовані з позиції адвокатури. Незважаючи на всі зусилля адвокатури, практика студентів-юристів – це організоване та фінансоване державою практичне навчання, в кінці якого випускник здобуває кваліфікацію, яка дає право стати суддею. Таким чином формується відповідний інструмент для повного забезпечення та дотримання стандартів якості для ряду професій, що регулюються державою (як-от, суддів або адвокатів)<sup>37</sup>. По закінченні навчання студенти можуть бути впевнені, що (можливо, після певного часу очікування) вони отримають посаду стажера і, отже, виплату коштів на їхнє утримання від держави. Яку вони, зрештою, оберуть професією, можна вирішити після закінчення всього навчання та після збору практичного досвіду роботи в окремих місцях практики. Адже чимало студентів впевнені перед початком навчання та юридичної практики, яку професією вони обрали на майбутнє, але потім, під час навчання, виявляють, що після закінчення своєї юридичної практики хочуть стати, наприклад, не адвокатом, а суддею. А кваліфікація повного юриста, отримана по завершенні навчання, дає свободу вирішувати, якою юридичною професією зайнятись, витративши певний час у кожній з відповідних сфер. Разом із тим кваліфікація повного юриста також дозволяє переключатись між професійними сферами, якщо виявиться, що обрана професія не підійшла. Крім того, в деяких судах вітається, якщо, наприклад, майбутній суддя вже має досвід роботи адвокатом у сфері трудового права.

<sup>37</sup> Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9-11-2012. file:///C:/Users/Noni/AppData/Local/Temp/Wissenschaftsrat%20Juristenausbildung.pdf S. 20 (дата звернення: 12.03.2021).



# Орієнтація юридичної освіти: фіксація на іміджі адвоката чи судді та його вплив на національну правову культуру

*Д-р. проф. Ірина Лукач / Др. Богдана Чернявськ*

*Следствие будет мертво, если в него не вложен дух жив. А вот этот-то дух жив именно и дается юридическим образованием. Только юридическим образованием, а не рутинною-с.*

*Салтыков-Щедрин М. Е. Благонамеренные речи, 1876*

## **1 Правове порівняння із західними правовими культурами**

Процес становлення юридичної освіти в Україні триває по сьогодні. На відміну від європейських юридичних освітніх традицій, колишні радянські підходи були не зовсім вдало реформовані на початку шляху незалежної України. Тому було багато виправдань, оскільки відсутня загальна стратегія побудови національної правової держави. В її зведенні, безумовно, має брати участь будь-який громадянин України незалежно від освіти. Проте потрібні кваліфіковані особи, які б здійснювали юридичну професію, що становить практичну запоруку розбудови української держави, та виконували б свою роботу кваліфіковано, згідно зі стандартами здобутої юридичної освіти. Той факт, що юрист є основним «гвинтиком» і, разом з тим, гарантом побудови

правової держави, має спонукати українське суспільство та державу до регламентування доступу до юридичної професії. Наразі відсутній закон про вищу юридичну освіту (далі – ВЮО), який зміг би комплексно вирішити багато проблем юридичної освіти, які будуть предметом вивчення цієї роботи.

Юридична освіта – це базис для розвитку громадянського суспільства та правової держави. Коли йдеться про юридичну освіту – насамперед це не про студента, а як би це не звучало цинічно – передусім про майбутній рівень фахової юридичної професії в країні. Адже завтра випускник юридичного факультету стане юристом, прокурором, адвокатом, суддею, державним службовцем або нотаріусом та буде вирішувати долю громадянина, держави та суспільства. З огляду на це у юридичної освіти є дві найбільш значимі цілі.

По-перше, організація юридичної освіти важлива з огляду на формування юридичних фахівців, які покликані розбудовувати правову державу та громадянське суспільство. Від рівня їх кваліфікації залежить правова культура в державі, яка є необхідним чинником у досягненні добробуту громадян, держави та суспільства. Без цього неможливо гарантувати верховенства права в країні, адже саме випускники юридичних факультетів є носіями юридичних знань та правової культури. По-друге, юридична освіта має виховати грамотного, обізнаного, всебічно розвинутого фахівця у галузі права. Він повинен опанувати теорію права та вміти практично її застосовувати на практиці. Теоретичний та практичний компоненти мають іти рука об руку.

Потрібно зазначити, що було кілька концепцій розвитку юридичної освіти, створених під егідою різних органів. 26 лютого 2020 р. було представлено новий Проект концепції розвитку юридичної освіти, розроблений та обговорений на робочих зустрічах народних депутатів України спільно з експертами у галузі права та вищої освіти<sup>1</sup>. Метою Концепції є створення умов для вдосконалення організації та модернізації змісту юридичної освіти, спрямованих на:

- встановлення стандартів юридичної освіти для досягнення стратегічних пріоритетів реформи правосуддя в Україні;
- відповідність освіти сучасним очікуванням і викликам суспільства;
- підвищення конкурентоспроможності випускників правничих шкіл на ринку праці;
- формування ґрунтовних теоретичних знань та практичних компетентностей правників;
- підвищення рівня обізнаності щодо питань професійної етики та прав людини;
- розуміння фундаментальної ролі правника в утвердженні верховенства права через захист прав і свобод людини;

---

<sup>1</sup> Проект концепції розвитку юридичної освіти. URL: <http://kno.rada.gov.ua/fsview/75465.html>.

– підвищення привабливості можливості отримання фундаментальних юридичних знань та навичок в Україні для іноземних студентів.

Такі напрями розбудови ВЮО є цікавими, проте на державному рівні окрім мети і окремих заяв державних службовців відсутня стратегія побудови юридичної освіти, а також моніторинг проблем та шляхів її подолання. Важливо, що цей процес не має затягуватися все новими концепціями, а мати своїм логічним завершенням прийняття закону про юридичну освіту. Саме тому його повинні очолити міністерства юстиції та освіти і науки.

На відміну від німецької освітньої моделі юридична освіта в Україні складається в рамках Болонського процесу. Відповідно до ч. 1 ст. 5 Закону України «Про вищу освіту» підготовка фахівців з вищою освітою здійснюється за відповідними освітніми чи науковими програмами на таких рівнях вищої освіти: початковий рівень (короткий цикл) вищої освіти; перший (бакалаврський) рівень; другий (магістерський) рівень; третій (освітньо-науковий/освітньо-творчий) рівень; науковий рівень<sup>2</sup>. Відповідно до наказу МОН України від 23 січня 2004 р. № 48 було проведено педагогічний експеримент щодо впровадження кредитно-модульної системи організації навчального процесу у вищих навчальних закладах (далі – ВНЗ) III–IV рівнів акредитації. Наказом МОН України запроваджено ЗНО при вступі до магістратури за спеціальністю 081 «Право»<sup>3</sup>. Таким чином, базова українська юридична освіта з доступом до більшості професій, у тому числі юридичної, складається з освітнього ступеня «бакалавр» та «магістр». На розгляді Верховної Ради України було два проекти Закону про юридичну освіту: Про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії № 7147 та 7147-1 (обидва відкликано 29 серпня 2019 р.)<sup>4, 5</sup> (далі – законопроекти про юридичну освіту). Відповідно до першого законопроекту юридична (правничка) освіта – вища освіта за спеціальністю «право», здобуття якої відбувається за наскрізною програмою в рамках магістерського рівня вищої освіти. Другий же законопроект визначав, що підготовка правника здійснюється в рамках початкового (короткий цикл), першого (бакалаврського) та другого (магістерського) рівнів вищої освіти відповідно до стандартів юридичної (правничої) освіти. Отже, обидва законопроекти були орієнтовані на болонський процес, проте перший мав доступ до правничої професії лише магістрами, а другий – бакалаврами та магістрами.

<sup>2</sup> Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 37–38. Ст. 2004.

<sup>3</sup> Умови прийому на навчання до вищих навчальних закладів України в 2017 році : наказ Міністерства освіти і науки України від 13 жовтня 2016 р. № 1236. URL: <http://mon.gov.ua/using/povidomlennya/2016/10/13/umovi-prijomu-na-navchannya-do-vishnix-navchalnix-zakladiv-ukrayini-v-2017-roczii>.

<sup>4</sup> URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62613](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62613).

<sup>5</sup> URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62728](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62728).

В Україні кожного року випускається багато юристів. Д. О. Білінський робить висновки щодо необхідності скорочення чисельності підготовки юристів на підставі статистичних даних Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) (станом на березень 2012 р.), згідно з якими кількість ВНЗ, що випускають правників, в Україні сягає майже 300, тоді як у Польщі їх налічується лише 25 (із них 10 – приватні), у Німеччині – 42, у Великій Британії – 97, у Королівстві Нідерланди – 10, в Австрії – 5, а у Сполучених Штатах Америки – менше 200<sup>6</sup>. Загальний затверджений обсяг на підготовку магістрів з права у 2019 р. – 2084 місця, з яких МОН – 1750, МВС – 117, СБУ – 69, Міноборони – 31, Мінфін – 117. У 2018 р. загальна кількість місць на прийом у магістратуру становила 2342 місця, з яких МОН – 2030, МВС – 125, СБУ – 22, Міноборони – 21, Мінфін – 116, Мінкультури – 8, Мін'юст – 20. Враховуючи зазначене, на думку деяких чиновників, залишається відкритим питання обґрунтування обсягів державного замовлення для підготовки юристів за спеціальностями 081 «Право» загалом та для ВНЗ зі специфічними умовами навчання зокрема<sup>7</sup>.

Однією з причин зavelикої кількості ВНЗ, що випускають юристів, є відсутність єдиного кваліфікаційного іспиту для отримання юридичної професії. Першою ластівкою на шляху до його запровадження став єдиний вступний іспит в магістратуру на правничі факультети. Наказом Міністерства освіти і науки України від 12 грудня 2018 р. № 1379 було затверджено стандарт вищої освіти за спеціальністю 081 «Право» для першого (бакалаврського) рівня вищої освіти<sup>8</sup>. Наразі розроблено і стандарт вищої освіти за спеціальністю 081 «Право» для магістрів. Тільки після його прийняття можна буде ставити питання про єдиний кваліфікаційний іспит з огляду на те, що процес оцінювання має відповідати єдиним вимогам.

Потрібно вказати, що законопроекти про юридичну освіту мали за основу впровадження єдиного державного кваліфікаційного іспиту. Наразі урядом розробляється єдиний кваліфікаційний іспит, який не буде регулюватись законом, а, можливо, актами Міністерства освіти України. Так, згідно з абз. 3 ч. 2 ст. 6 Закону України «Про вищу освіту» атестація осіб на першому (бакалаврському) та/або другому (магістерському) рівнях вищої освіти може включати єдиний державний кваліфікаційний іспит, що проводиться за

<sup>6</sup> Білінський Д. О. До питання про основні напрямки впровадження вищої юридичної освіти в Україні. Тези доповідей та повідомлень учасників VI конференції. Харків. : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. С. 58–60. URL: Режим доступу до ресурсу: <http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/2242>.

<sup>7</sup> Шемелинець І. Точка біфуркації: курс на продовження реформи юридичної освіти. URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/inshe/tochka-bifurkaciyi-kurs-na-prodovzhennya-reformi-yuridichnoyi-osviti.html>.

<sup>8</sup> Наказом Міністерства освіти і науки України від 12 грудня 2018 р. № 1379 було затверджено стандарт вищої освіти за спеціальністю 081 «Право» для першого (бакалаврського) рівня вищої освіти. URL: <https://mon.gov.ua/storage/app/media/vishcha-osvita/zatverdzeni%20standarty/12/21/081-pravo-bakalavr.pdf>.

спеціальностями та в порядку, визначеними Кабінетом Міністрів України. Згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 684 «Про деякі питання атестації осіб, які здобувають ступінь магістра, у формі єдиного державного кваліфікаційного іспиту», відповідальними за організацію цього іспиту є Міністерство освіти та науки України, а також Міністерство юстиції України<sup>9</sup>.

З цих міркувань слід підтримати положення, згідно з яким юридична освіта, незалежно від спеціалізації, повинна відповідати одному стандарту, тобто в основу останнього мають бути покладені універсальні вимоги до майбутнього юриста<sup>10</sup>, але дозволити студенту вільно обирати дисципліни за вибором (фактично так і відбувається його спеціалізація).

## 2 Соціальні та правові культурні вимоги обох моделей

Вимогою постіндустріального суспільства стає підготовка спеціалістів, компетентних у сфері права, адже вони є одним із дієвих інструментів регулювання економічних відносин<sup>11</sup>. На думку О. Костенко, слід розрізнити два типи студіювання юриспруденції, тобто юридичної освіти: це так званий натуралістський тип і так званий позитивістський тип. Натуралістський тип юридичної освіти заснований на доктрині, яка вирішальне значення при застосуванні закону надає «духу» закону, втіленому у його «букві». Причому під «духом» закону розуміються закони природного права, які законодавець має відкривати і втілювати у «букві» законодавчого акта, а юрист – бачити у «букві» закону та керуватися ними у правозастосуванні. Позитивістський же тип юридичної освіти, навпаки, заснований на доктрині, яка вирішальне значення при застосуванні закону надає «букві», що втілює не «дух», тобто не закони природного права, існування яких заперечується, а лише волю законодавця, яка може набирати форму сваволі<sup>12</sup>. З цими типами юридичної освіти пов'язаний вибір її спрямування: теоретичний або практичний. Цей процес обрання типу освіти є доволі складним для університету. З одного боку, теорія є запорукою розвитку практики, з другого, – випускник повинен мати

<sup>9</sup> Про деякі питання атестації осіб, які здобувають ступінь магістра, у формі єдиного державного кваліфікаційного іспиту: постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 684. *Офіційний вісник України*. 2019. № 62. С. 9. Ст. 2152.

<sup>10</sup> Опришко В. Ф. Особливості підготовки юристів у непрофільних вищих навчальних закладах України: сучасний стан і шляхи подальшого розвитку. *Правове регулювання економіки*. 2013. № 13. С. 6–27. С. 23.

<sup>11</sup> Колос А. Юридична освіта в інформаційну епоху. Новації та виклики юридичної освіти : зб. тез доп. Міжнар. наук. студ. конф. (м. Тернопіль, 4 жовт. 2017 р.). Тернопіль: ТНЕУ, 2017. С. 308.

<sup>12</sup> Костенко О. Юридична освіта і правове виховання як засоби забезпечення правопорядку (щодо юридичної освіти і правового виховання «натуралістського» типу). *Вісник національної академії прокуратури України* 2010. № 4. С. 29-20.

практичні навички, щоб одразу приступити до виконання професійних завдань.

В Україні також триває дискусія щодо викладання предметів не тільки викладачами ВНЗ, а й практиками. Існує думка, що практичну підготовку студентів треба проводити під керівництвом професіоналів, які працюють «на владу», на працедавця (у комерційних і некомерційних організаціях), на клієнта і на себе (адвокати, практикуючі юристи), на суспільні інтереси (юристи недержавних правозахисних організацій). Практичні навички професії слід здобувати також через активну участь студентів у юридичних клініках, котрі отримали відповідний дозвіл та державне визнання<sup>13</sup>.

З цим твердженням можна погодитись лише частково. Однозначно юридична освіта має своєю основною метою вироблення саме практичних навичок, але методологія повинна базуватись все ж таки на основному академічному викладацькому персоналі. Річ у тім, що навчальний процес має бути безперервним. Важко уявити, щоб можна було набрати відповідний штат практикуючих юристів, які б повністю (бодай навіть частково) забезпечили поточне викладання та оцінювання дисциплін.

Разом із тим участь громадськості в освітньому процесі є важливим фактором успіху. На думку В. В. Комарова, на сучасному етапі розвитку юридичної освіти має сформуватись компетентнісний підхід (компетентнісна модель вищої освіти), який повинен розвиватися та запроваджуватися для подолання суто знаннєвого, бо останнє недостатньо враховує сутність компетентності в умовах конкуренції на ринку праці. За компетентнісного підходу визначаються компетенції професіонала відповідно до запитів роботодавців, а тому в академічній сфері він є тим інструментом, який має забезпечити академічну автономію, зорієнтувати на основну мету процесу навчання та визначити такий вид змісту освіти, який не зводиться до знаннєво-орієнтованого компонента, а передбачає накопичення цінного досвіду вирішення життєвих проблем, виконання ключових функцій, соціальних та інших компетенцій<sup>14</sup>.

У цьому процесі важливо визначити напрями такої участі, а саме: розробка компонентів юридичної освіти; робота юридичних клінік (робота в юридичних клініках має стати обов'язковою частиною навчального процесу, оскільки зараз вона є у більшості ВНЗ факультативною); практика студентів; семестрове та атестаційне оцінювання студентів; позааудиторні лекції та семінари; позааудиторна самостійна робота студентів.

---

<sup>13</sup> Кравчук М. В. Основні напрями реформування та стандартизації вищої юридичної освіти. Порівняльно-правові дослідження. 2009. № 1. С. 165.

<sup>14</sup> Комаров В. В. Основоположні проблеми вищої юридичної освіти у парадигмі компетентнісного підходу. Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання : тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 вер. – 1 жовт. 2015 р.). Харків, 2015. С. 8.

Відповідно до проєкту Концепції розвитку сучасної юридичної освіти в Україні 2009 р. основними проблемами розвитку ВЮО називалися, у тому числі, недосконалість системи ВЮО, що має забезпечувати її високу якість, через значне збільшення кількості ВНЗ різних форм власності, в яких готують фахівців-юристів, та здійснення підготовки фахівців-юристів у непрофільних ВНЗ<sup>15</sup>. Основною тезою захисту непрофільних ВНЗ є те, що вони дають одразу направленість у певну сферу діяльності<sup>16</sup>. Разом із тим в Німеччині, США та Великобританії підготовка юристів здійснюється в межах юридичних факультетів саме університетів, а не профільних ВНЗ<sup>17</sup>.

Важко погодитись із підходом, що освіту треба поділити на загальну (юридичну) і спеціальну – спеціалізація по галузях і інститутах права, практичному спрямуванню та встановити різні стандарти для видів юридичної професії<sup>18</sup>. Пропонувалось також відкрити інші спеціальності, крім «Правознавство», в напрямі «Право», для того, щоб непрофільні ВНЗ могли готувати собі необхідних спеціалістів із відповідної спеціальності і не «пштампували» «фахівців» з правознавства. Знов-таки, в ЄС та США практикується єдина вимога до юриста<sup>19</sup>. Диференціація юридичної освіти є неприпустимим з наступних міркувань. По-перше, всі випускники юридичних факультетів повинні мати однакові компетенції. По-друге, спеціалізація освіти має відбуватись у вільному виборі студентом додаткових, а не основних дисциплін. По-третє, диференціація практично не дозволить студенту, наприклад, кафедри адміністративного права згодом перекваліфікуватись в нотаріуса, що значно звужує доступ до інших юридичних професій випускників.

Ще однією юридичною проблемою роботи вищої освіти в цілому є проблеми залучення інвесторів, оскільки за сучасної системи відсутній механізм реальних інвестицій в освіту з можливістю впливу інвесторів на прийняття рішень. Так, у державних університетах немає адекватної системи наглядових рад, які складались би з інвесторів.

Серед загального числа безробітних з вищою освітою, які не змогли знайти перше робоче місце, особи з ВЮО посідають одне із провідних місць (26 %). Тут слід зважати на те, що остаточний висновок про рівень безробіття

<sup>15</sup> Концепція розвитку юридичної освіти в Україні. URL: <http://www.univer.km.ua/doc/konceptc.htm>.

<sup>16</sup> Хілько О. М. Юридична освіта у непрофільних ВНЗ: Чи має місце бути? *Правове регулювання економіки*. 2013. № 13. С. 117.

<sup>17</sup> Бокша В. О. Система вищої юридичної освіти та загальні засади підготовки юристів у вищих навчальних закладах: досвід зарубіжних країн. *Модернізація та наукові дослідження: парадигма інноваційного розвитку суспільства і технологій*: матеріали Міжнародної наук.-практ. конф. (м. Київ, 26–27 січ. 2018 р.) / ГО «Інститут інноваційної освіти»; Науково-навчальний центр прикладної інформатики НАН України. Київ: ГО «Інститут інноваційної освіти», 2018. С. 8.

<sup>18</sup> Кравчук В. М. Основні напрями реформування та стандартизації вищої юридичної освіти. *Порівняльно-правові дослідження*. 2009. № 1. С. 161.

<sup>19</sup> Стефанчук Р. О. Юридична освіта і наука в Україні: чи все гаразд? *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 9. С. 22.

на цьому етапі саме серед юристів зробити достатньо важко через включення їх до загальної галузевої групи «соціальні науки, бізнес та право», яка об'єднує журналістів, політологів, соціологів, міжнародників, економістів, менеджерів та правників<sup>20</sup>.

Щодо заочної форми навчання, то враховуючи соціально-економічний стан у суспільстві, не слід відмовлятися від заочної форми навчання (оплата за навчання + можливість заробляти на прожиття та вчитися). Крім того, на сьогодні скорочення аудиторного навантаження для денної форми навчання та збільшення годин самостійної роботи зробило не настільки істотно відмінними ці дві форми навчання з огляду на аудиторне навантаження. Адаже акцент в освітньому процесі зміщується в бік необхідності самостійної підготовки студента. Перехід тільки до очної форми здобуття фаху юриста певною мірою у суспільстві буде кваліфіковано як своєрідний майновий ценз доступу до професії<sup>21</sup>.

Разом з цим заочне навчання називається однією з проблем у сфері вищої юридичної освіти, хоча воно і залишається доволі популярним в Україні. Лише на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка близько тисячі студентів здобувають юридичну кваліфікацію у межах заочної форми навчання. Однак ця форма не була передбачена в законопроекті.

Відповідно до ст. 49 Закону України «Про вищу освіту» в Україні основними формами здобуття вищої освіти є: інституційна (очна (денна, вечірня), заочна, дистанційна, мережева); дуальна. Наразі в юридичній освіті домінує очна та заочна форми освіти. Заочна форма здобуття вищої освіти – це спосіб організації навчання здобувачів вищої освіти шляхом поєднання навчальних занять і контрольних заходів під час короткочасних сесій та самостійного оволодіння освітньою програмою в період між ними. Тривалість періоду між навчальними заняттями та контрольними заходами не може бути меншою, ніж один місяць.

В Україні не приділяється достатньої уваги дистанційній формі освіти, яка є привабливою над заочною в сучасному світі. Дистанційна форма здобуття освіти – це індивідуалізований процес здобуття освіти, який відбувається в основному за опосередкованої взаємодії віддалених один від одного учасників освітнього процесу в спеціалізованому середовищі, що функціонує на основі сучасних психолого-педагогічних та інформаційно-комунікаційних технологій. Лондонський університет був першим університетом, який запропонував дистанційне навчання, створивши свою Зовнішню програму в 1858 році. З тих пір дистанційна освіта щороку набуває все більшої популярності у світі.

<sup>20</sup> Барабаш Ю. Аналіз проекту концепції реформування юридичної освіти в Україні С. 5. URL: [https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ\\_Y.Barabash\\_Report-on-Draft-LER-Concept-Paper-and-Recommendations-for-Improvement\\_May-22\\_2017.pdf](https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ_Y.Barabash_Report-on-Draft-LER-Concept-Paper-and-Recommendations-for-Improvement_May-22_2017.pdf).

<sup>21</sup> Там само. С. 20.



Колишній директор вищої освіти корпорації Майкрософт Даяна Облінгер вважає, що дистанційна освіта розв'язує такі завдання: розширення доступу до освіти; полегшення обмежень можливостей; капіталізація на ринках, що розвиваються (нові сегменти студентів, які отримали вищу освіту, можуть бути вигіднішими, ніж традиційні ринки); служить каталізатором інституціональної трансформації. Таким чином, вищі навчальні заклади ставлять перед собою завдання швидко адаптуватися до все більш конкурентного середовища, тобто дистанційна освіта може каталізувати інституційну трансформацію.

Організація семінарських занять у формі повторення лекційного матеріалу стало об'єктом критики української юридичної освіти. Аналіз організації та здійснення навчання у ВНЗ юридичного профілю показав, що зазвичай мають місце традиційні його форми, тобто проведення лекційних та семінарських (практичних) занять, які, однак, далеко не завжди наповнюються інформацією, яка відображає тенденції та процеси, що мають місце у сфері правозастосування.

С. Д. Гусарев, аналізуючи історичні джерела розвитку окремих видів юридичної діяльності, висвітлення їхніх функцій, принципів та видів, звертає увагу на те, що дипломованих юристів дуже часто запрошуюють до ВНЗ для здійснення педагогічної діяльності (що не забороняється законами України). Тим самим він стверджує, що «відносно самостійні блоки юридичної науки та юридичної освіти визнаються також соціальними сферами професійної праці юристів, які разом зі сферою здійснення юридичної практичної діяльності складають єдиний соціальний та правовий простір здійснення юридичної професії»<sup>22</sup>.

На думку К. В. Воронцова, юридична професія охоплює широкий спектр соціально-економічної діяльності, а тому підготовка юристів у ВНЗ має бути максимально зорієнтована на реалізацію повсякденних суспільно-політичних, економічних правових потреб. Залишки минулого, на жаль, зберігають традицію викладання юридичних дисциплін у формі, спрямованій на заучування чинних нормативно-правових актів. Однак дослідники переконують у необхідності зміни парадигми змісту вищої юридичної освіти, спрямовування її на розвиток розумових здібностей та критичного мислення студента, вміння застосувати знання для правового захисту законних інтересів громадян<sup>23</sup>.

Сьогодні Україна взяла курс на компетентнісний підхід. Парадигма компетентнісного підходу, як видно, алгоритмічна щодо всіх циклів і рівнів ВЮО і дає можливість розвивати певну єдину політику у сфері освіти. Сам компетентнісний підхід в цілому дає змогу передбачати результати освіти та полісистемно визначати стандарти якості освіти у вигляді компетентностей у

<sup>22</sup> Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти. Київ : Знання, 2005. С. 84.

<sup>23</sup> Воронцова К. В. Стан дослідження розвитку вищої юридичної освіти незалежної України. *Науковий вісник кафедри Юнеско КНЛУС*. Філологія • Педагогіка • Психологія. 2015. В. 31. С. 28.

певних ділянках ВІОО та правничих професій; мету якості фахівців; функції освіти, самовизначення і становлення індивідуальності в академічному середовищі, тобто він є по суті певною технологією моделювання розвитку освіти<sup>24</sup>.

Наказом Міністерства освіти і науки України від 12 грудня 2018 р. № 1379 було затверджено стандарт вищої освіти за спеціальністю 081 «Право» для першого (бакалаврського) рівня вищої освіти.

Багато хто з професорів юридичних факультетів відмічають низький рівень юридичної освіти через занадто високий ступінь адміністрування юридичних факультетів з боку держави; безініціативність великих юридичних факультетів стати центром розвитку методології юридичної освіти; відірваність від світової науки; проблеми достатнього фінансування; старіння науково-педагогічного персоналу<sup>25</sup>.

З-поміж проблем юридичної освіти автори Білої книги з реформування української юридичної освіти виділяють таке: відсутність єдиних стандартів; недосконалість навчальних планів; недостатність практичної складової; потреба у висококваліфікованих викладацьких кадрах; недостатня орієнтація на європейське законодавство та практику; використання застарілих (радянських) конструкцій та теорій в якості доктринального підґрунтя; необхідність у збільшенні кількості студентів та викладачів, які володіли б європейськими мовами; потреба в оновленні способів викладення інформації на сторінках навчальної літератури; «перевантаження» ВНЗ юридичного профілю; потреба у покращенні процедури оцінювання якості знань студентів та випускників<sup>26</sup>.

Тому практичними напрямками вдосконалення юридичної освіти в межах проведення семінарів мають стати: 1) баланс лекційно-семінарських занять, 2) робота в групах (інтерактивні заняття), 3) підготовка презентацій, 4) вивчення матеріалів судової практики, 5) застосування законодавства зарубіжних країн, 6) розв'язання практичних задач.

---

<sup>24</sup> Комаров В. В. Основоположні проблеми вищої юридичної освіти у парадигмі компетентнісного підходу. *Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання* : тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 вер. – 1 жовт. 2015 р.). Харків, 2015. С. 7–12.

<sup>25</sup> Гетьман А. П. Юридична наука України в умовах глобалізації. *Особистість. Суспільство. Право*: зб. наук, статей та тез наук, повідомл. за матеріалами міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-річчю Полт. юрид. ін-ту (м. Полтава, 15 берез. 2012 р.). Харків, 2012. С. 4–5.

<sup>26</sup> Біла книга з реформування української юридичної освіти (за матеріалами міжнародної наук.-практ. конференції «Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід» / упоряд.: Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. Київ : Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка». Панов, 2015. С. 18–36.

## 2.1 баланс лекційно-семінарських занять

Студенти мають засвоювати як теоретичні, так і практичні навички. Ця проблема притаманна не тільки українським університетам. У провідних американських школах велася дискусія щодо дотримання такого балансу. До того ж абстрактно-узагальнюючу складову курсу не можна нівелювати, адже саме цих навичок може навчити університет, а не юридична фірма<sup>27</sup>. Проте теоретична частина проведення семінарського заняття не має бути репродукцією лекційного матеріалу: студенти повинні готувати доповіді на основі прослуханого лекційного матеріалу, а для виступу має обиратися тема, яка в лекції глибоко не розглядалася. Наприклад, в лекції розглядалося питання «Припинення корпоративних прав» без детальної конкретизації матеріалу на питанні виходу учасника з товариства з обмеженою відповідальністю. Останнє має бути темою для самостійного вивчення студента, а також підготовки доповіді на основі прослуханого лекційного матеріалу, спеціальної літератури та узагальнення матеріалів практики.

## 2.2 Робота в групах (інтерактивні заняття)

Робота в групах є корисною як для засвоєння практичного, так і теоретичного матеріалу. Наприклад, група студентів може підготувати доповідь на довільну тему, супроводжуючи її презентацією. Ця методика дає змогу структуровано розглядати питання, а також формувати практичні навички з фокусації на окремих напрямках проблеми та вміння застосовувати раніше набуті знання. Таким чином, студенти вчаться командній роботі, знаходити компроміс та видавати єдине рішення на основі балансу інтересів групи. Іншим прикладом таких інтерактивних занять може бути розв'язання мінізадач під час проведення семінарського заняття (не у рамках домашньої роботи), коли студенти об'єднуються у певні групи та вчаться приймати та обґрунтовувати колективне рішення.

## 2.3 підготовка презентацій

Проведення презентацій стало важливою частиною сучасної юридичної роботи на семінарах, конференціях та ділових зустрічах. Презентації активно застосовуються як у роботі юридичних департаментів, так і для підготовки проєктів. Шляхом підготовки презентацій студенти поглиблюють свої знання та навчаються подавати складну інформацію коротко, з метою кращого засвоєння матеріалу. Це важлива частина візуалізації матеріалу, якій слід приділити увагу. До того ж презентація може у стислій формі надати інформацію, що з голосу потребувала б більшого часу для записування

<sup>27</sup> Edwards H. D. The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession. Michigan Law Review. 1992–1993. № 34. P. 58–59.

студентами. Наприклад, щодо проблемних аспектів, джерел права, матеріалів практики, зарубіжного законодавства. Найкращим заохоченням студентів до такого процесу має слугувати власний приклад викладача, який має супроводжувати свої лекції презентаціями.

#### 2.4 вивчення матеріалів судової практики

Матеріали судової практики можуть бути як окремим об'єктом вивчення на семінарах (наприклад, студентам можна дати завдання на семінарі проаналізувати судову справу, яка особливо вплинула на формування судової практики та зачіпає низку проблемних аспектів), так і становити частину інтерактивних занять. Особлива увага має приділятися судовим актам під час розв'язання практичних задач, оскільки вони є прикладами правозастосовної практики.

#### 2.5 застосування законодавства зарубіжних країн

Застосування законодавства зарубіжних країн має стати частиною підготовки студентів до більшості семінарських занять. Це важливо з огляду на євроінтеграційні процеси України, а також дасть змогу ознайомити студентів із зарубіжним досвідом вирішення практичних проблем, що може стати їм у пригоді при консультації зарубіжних клієнтів. Така необхідність посилюється тим, що в Україні стрімко запроваджуються зарубіжні юридичні механізми, які до цього не були відомі вітчизняному праву. Наприклад, тільки з початку 2017 р. було прийнято декілька проєктів Законів, якими запроваджуються такі невідомі до цього українському праву конструкції, як корпоративний договір, опціонний продаж, squeeze-out та sell-out. За умови, що студенти готували чи слухали доповідь з використанням аналізу таких понять у зарубіжному законодавстві. Навіть без додаткового академічного вивчення цих механізмів вони будуть готові до їх імплементації у своїй практичній діяльності. І тут знову має стати у пригоді власний приклад викладача – використання такого матеріалу під час проведення лекцій.

#### 2.6 Розв'язання практичних задач

Відповідно практична підготовка є важливою складовою програми правничої освіти і спрямована на формування первинних умінь та практичних навичок правозастосування. Більшість методичних розробок юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка історично містять юридичні задачі. Проте необхідно звернутись до зарубіжного досвіду з метою методологічного забезпечення такого процесу.

Безпрецедентним експериментом щодо втілення практичного компоненту в юридичній освіті України стало впровадження німецької методики

розв'язання юридичних задач на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка під керівництвом Центру німецького права.

Біля десятка викладачів юридичного факультету проводили семінарські заняття за допомогою цієї методики. У результаті експерименту було виявлено такі переваги вирішення казусів на основі отриманих теоретичних знань: практичних навичок складання юридичних документів студентами на основі раніше заснованих теоретичних знань, юридичної аргументації, комбінювання теоретичних та практичних знань, поєднання вирішення проблем з різних галузей права (наприклад, з матеріального та процесуального права), вміння структуровано та логічно подавати матеріал, комплексного застосування законодавства, повторення раніше засвоєного матеріалу.

Як підсумок трирічного експерименту викладачами було видано *методику вирішення юридичних задач (казусів)*<sup>28</sup>.

### 3 Соціальні аспекти різної спрямованості (включаючи доступ до посади суддів)

За відсутності спеціального закону про вищу юридичну освіту, тому для того, щоб зрозуміти доступ до конкретної юридичної професії потрібно дивитись відповідне спеціальне законодавство.

В Україні склалась практика доступу до юридичної професії залежно від спеціальності, на відміну від Німеччини, де будь-який студент, який склав другий державний іспит, може стати суддею, прокурором або адвокатом (винятки становлять нотаріуси, які повинні мати додатковий досвід щодо професії). В Україні студент, який закінчив юридичний факультет, має доступ лише до професії юрисконсульта або до помічника представника юридичної професії. Для більшості юридичних професій потрібно здати кваліфікаційні іспити. Ця бар'єрна система не є унікальною, адже вона застосовується в багатьох країнах ЄС, а також у США та Великобританії, де адвокати мають здавати кваліфікаційний іспит.

До іншої частини юридичних професій доступ в Україні відбувається шляхом призначення на посади. Існують різні фільтри доступу до юридичної професії в Україні: освітній, професійний, віковий, кваліфікаційний. Освітній рівень мають майже всі юридичні професії, окрім посади генерального прокурора України. Останнє було неодноразово піддано критиці, оскільки є політичним кроком.

---

<sup>28</sup> Шлоер Б., Посдинок В., Косілова О., Лукач І. Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти / за заг. ред. Р. Мельника. Київ: Гельветика, 2020. 160 с.

Відповідно до ч. 3 ст. 127 Конституції України на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший тридцяти та не старший п'ятдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, є компетентним, добросовісним та володіє державною мовою. Законом можуть бути передбачені додаткові вимоги для призначення на посаду судді.

Відповідно до 4 ст. 127 Конституції України для суддів спеціалізованих судів згідно із законом можуть бути встановлені інші вимоги щодо освіти та стажу професійної діяльності.

Згідно зі ст. 69 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший тридцяти та не старший п'ятдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, є компетентним, добросовісним та володіє державною мовою. Помічник судді також має мати вищу юридичну освіту (ч. 1 ст. 157). Стажем професійної діяльності у сфері права є стаж професійної діяльності особи за спеціальністю після здобуття нею вищої юридичної освіти. Пунктом 1 ч. 6 ст. 69 визначено, що вищою юридичною освітою визнається вища юридична освіта ступеня магістра (або прирівняна до неї вища освіта за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста), здобута в Україні, а також вища юридична освіта відповідного ступеня, здобута в іноземних державах та визнана в Україні в установленому законом порядку.

В інших нормативних актах таке уточнення відсутнє, а тому потрібно керуватись положеннями постанови Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266 «Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти»<sup>29</sup>, п. 2-1 якого установлює, що особи, які здобули вищу освіту за спеціальностями 081 «Право», 293 «Міжнародне право» на першому (бакалаврському) і другому (магістерському) рівні вищої освіти і яким присуджено ступінь вищої освіти «магістр», можуть обіймати посади або провадити види діяльності, кваліфікаційні вимоги до яких передбачають наявність повної вищої або вищої юридичної освіти. Таким чином, поняття «вища юридична освіта» поширюється на осіб, які здобули і бакалавр, і магістр права чи міжнародне право.

Такими професіями, що потребують вищої юридичної освіти, є: суддя та його помічники; нотаріус та його помічник (ч. 2 ст. 3 та ч. 1 ст. 13 Закону України «Про нотаріат»), прокурори різних рівнів (ст. 27 Закону України «Про прокуратуру», проте вимоги до освіти помічників прокурора загалом відсутні); адвокати та їх помічники (ст. 6 та ст. 16 «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Вважаємо, що такий підхід до визначення освіти помічників

<sup>29</sup> Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти: постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266. *Офіційний вісник України*. 2015. № 38. Ст. 194.

зазначених професій нівелює бакалаврський рівень, роблячи його необхідним етапом у доступі до юридичної професії. На нашу думку, доречно передивитись політику щодо ВЮО у розрізі помічників представників різних юридичних професій.

Законодавство України встановлює специфічні вимоги доступу до професії для суддів Верховного Суду, що викликано соціальною особливістю їх статусу. Згідно зі ст. 38 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суддею Верховного Суду може бути особа, яка відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Верховному Суді, а також відповідає одній із таких вимог: 1) має стаж роботи на посаді судді не менше десяти років; 2) має науковий ступінь у сфері права та стаж наукової роботи у сфері права щонайменше десять років; 3) має досвід професійної діяльності адвоката, в тому числі щодо здійснення представництва в суді та/або захисту від кримінального обвинувачення щонайменше десять років; 4) має сукупний стаж (досвід) роботи (професійної діяльності) відповідно до вимог, визначених п. п. 1–3 цієї частини, щонайменше десять років. Такі ж кваліфікаційні вимоги встановлені ст. 27 вказаного закону і для суддів апеляційних судів, але зі стажем у сім років.

Отже, для того, щоб стати суддею місцевого суду, обов'язково потрібно мати стаж роботи у сфері права (тобто практичної діяльності), а для зайняття посад судді апеляційного суду чи Верховного Суду можна мати відповідний науковий ступінь у сфері права та стаж наукової роботи. На нашу думку, така позиція законодавця уявляється доволі дивною, адже науковим працівникам немає доступу до судів нижчих ланок, але відкритий доступ до судів вищих ланок.

Відповідно до ст. 128 Конституції України призначення на посаду судді здійснюється за конкурсом, крім випадків, визначених законом. Голову Верховного Суду обирає на посаду та звільняє з посади шляхом таємного голосування Пленум Верховного Суду в порядку, встановленому законом. Тривалий час цей порядок був іншим, а саме – перше призначення судді місцевого суду відбувалось на строк на п'ять років, а потім – довічне призначення. Такий процес створював корупційну небезпеку для судді, який хотів залишитись на роботі, а тому був змушений виконувати вказівки начальства, а також – засіб зовнішнього впливу<sup>30</sup>. Згідно з Висновком Консультативної Ради Європейських суддів про стандарти незалежності суддів в європейській практиці шатні судді мають призначатись на безперервний

<sup>30</sup> Звіт працівників МВФ, вересень 2016 URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2016/cr16319.pdf>; Звіт Уряду України про діагностичне дослідження питань врядування в аспекті корупції, бізнес-клімату та ефективності судової влади за підтримки МВФ (2014). URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14263-a.pdf>; Національне дослідження доброчесності Transparency International Україна (2015). URL: [https://ti-ukraine.org/wpcontent/uploads/2016/12/nis\\_assessment\\_eng.pdf](https://ti-ukraine.org/wpcontent/uploads/2016/12/nis_assessment_eng.pdf).

строк до пенсійного віку. Це найменш проблематичний підхід з точки зору незалежності суддів<sup>31</sup>.

Реформа судової влади стала нагальною в Україні через низку корупційних чинників та її фактичну залежність від законодавчої, а особливо – виконавчої влади. Ця потреба особливо яскраво проявилась у справі Олександра Волкова проти України, в якій Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував на тому, що тодішня Вища рада юстиції не була незалежною і безсторонньою у призначенні суддів з огляду на специфіку її власного обрання<sup>32</sup>. Результатом складної політико-соціальної судової реформи стала трансформація Вищої ради юстиції у Вищу раду правосуддя. У свою чергу, Вища рада правосуддя призначає дванадцять членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. На посаду члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України може бути призначений громадянин України, який володіє державною мовою, має повну вищу юридичну освіту та стаж професійної діяльності у сфері права не менше п'ятнадцяти років, належить до правничої професії та відповідає критерію політичної нейтральності. (ч. ч. 1, 2 ст. 94 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

#### **4 Супутня роль адвокатури як «органу здійснення правосуддя»**

На адвокатуру та суд, як інститути, в Україні покладено виконання (реалізацію) такої важливої конституційної функції держави, як захист прав, свобод та інтересів людини і громадянина, а в деяких випадках – навіть соціальної місії, яка делегована державою у вигляді вторинної правової допомоги.

Адвокатура є одним із інститутів, який безпосередньо покликаний захищати права людини. Без її існування неможливо побудувати державу, що відповідає міжнародним стандартам розвитку демократії та верховенства права і закону. Здійснюючи доведення у ході розгляду справи, адвокат повинен ставити своїм завданням сприяння суду у встановленні істини. Така допомога – не право, а обов'язок захисника.

Проте, на жаль, дискусійним залишається питання щодо визначення місця і ролі адвокатури в механізмі здійснення правосуддя. Воно є вкрай актуальним, адже саме на адвоката покладається конституційний обов'язок надання правової допомоги на професійній основі<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Consultative Council of European Judges, Opinion No. 1, on the standards concerning the independence of the judiciary and irremovability of judges, 2001 (para 48). URL: [http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/RoL%20Project/RoL\\_2019\\_02\\_Brussels/CCJE\(2001\)%20Opinion%20No%201%20CCJE.pdf](http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/RoL%20Project/RoL_2019_02_Brussels/CCJE(2001)%20Opinion%20No%201%20CCJE.pdf).

<sup>32</sup> Справа «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11). *Офіційний вісник України*. 2013. № 89. Ст. 3307.

<sup>33</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30.



Цей обов'язок, зокрема, розглядається як гарантія дотримання і реалізації прав та свобод особи, від чого значною мірою залежить її впевненість в існуванні надійного механізму захисту останніх, у забезпеченні належного доступу до здійснення правосуддя<sup>34</sup>.

Отже, для вирішення поставленої мети дослідження спочатку звернемося до чинного законодавства, яке закріплює положення, що стосуються здійснення правосуддя в Україні, організації судової влади, статусу суддів та адвокатури, їх взаємовідносин. Так, зокрема розділ VIII Конституції України є базовим у цих питаннях. Основні засади судочинства в Україні закріплено у ст. 129 Конституції України. Серед них варто згадати: забезпечення обвинуваченому права на захист; рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості тощо.

Положення ст. 131-2 чинної Конституції, в свою чергу, передбачає, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Такою нормою український законодавець фактично встановлює монополію адвокатури щодо захисту та представництва особи в суді<sup>35</sup>.

Засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом. Таким законом є Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»<sup>36</sup>. Принципи здійснення адвокатської діяльності доповнюються і конкретизуються Правилами адвокатської етики, затвердженими звітно-виборним з'їздом адвокатів України від 9 червня 2017 року<sup>37</sup>.

В Україні також діє Закон України «Про безоплатну правову допомогу», який визначає, що адвокати, включені до відповідного реєстру, є суб'єктами надання безоплатної вторинної правової допомоги<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Заборовський В.В Місце і роль адвокатури у механізмі здійснення правосуддя. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/20245/1/%D0%97%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D1%80%D0%BE%D0%B2%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9%20%D0%9C%D1%96%D1%81%D1%86%D0%B5%20%D1%96%20%D1%80%D0%BE%D0%BB%D1%8C%20%D0%B0%D0%B4%D0%B2%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D1%82%D1%83%D1%80%D0%B8%20%D1%83%20%D0%BC%D0%B5%D1%85%D0%B0%D0%BD%D1%96%D0%B7%D0%BC%D1%96%20%D0%B7%D0%B4%D1%96%D0%B9%D1%81%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B4%D1%8F%20%D0%B2%20%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96.pdf>.

<sup>35</sup> Теж 1.

<sup>36</sup> Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

<sup>37</sup> Правила адвокатської етики від 9 червня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17/sp:side#n4>.

<sup>38</sup> Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 51. Ст. 577.

Певні положення щодо статусу адвоката містяться у Рішенні Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 (справа про право вільного вибору захисника)<sup>39</sup>.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» визначає організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні, що функціонує відповідно до європейських стандартів і забезпечує право кожного на справедливий суд. Так, зокрема, ч. 1 ст. 2 цього закону встановлює, що суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами. Відповідно до ч. 1 ст. 7 згаданого закону кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом. Статтею 10 встановлено, що кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, визначених законом, держава забезпечує надання професійної правничої допомоги безоплатно. Для надання професійної правничої допомоги діє адвокатура. Забезпечення права на захист від кримінального обвинувачення та представництво в суді здійснюються адвокатом, за винятком випадків, установлених законом<sup>40</sup>.

Отже, із законодавства ми робимо висновок, що адвокатура як інститут дійсно наділяється значною роллю при здійсненні правосуддя. Адвокати мають монополію на здійснення представництва у суді, що робить їх майже обов'язковим учасником процесу. Вони також, як і судді, мають своїм покликанням встановлення істини у справі, а встановлення істини є основною метою правосуддя.

Варто зазначити, що серед науковців немає єдиного підходу до вирішення питання щодо ролі адвоката. Є декілька теорій, яку роль відіграє адвокат у здійсненні правосуддя:

- учасник або представник здійснення правосуддя;
- посередник між публікою і судом;
- посередник між сторонами і судом;
- як слуги або ж помічника правосуддя;
- опора судової влади та правосуддя;
- незалежний орган правосуддя;
- учасник правосуддя, що здійснює функцію суспільного контролю;

<sup>39</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 Кримінального процесуального кодексу України, ст. 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000. *Офіційний вісник України*. 2000. № 47. Ст. 109.

<sup>40</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2016. № 31. Ст. 545.

- радник, довірена особа та представник клієнта<sup>41</sup>.

Так, деякі вчені вказують на те, що адвокатура є учасником або ж представником здійснення правосуддя. І. С. Яргих зазначає, що «адвокатура виконує функцію учасника правосуддя, створюючи при цьому умови реалізації судового захисту»<sup>42</sup>. Т. Б. Вільчик указує, що «адвокат повинен бути і сумлінним захисником інтересів приватних осіб, і таким же сумлінним представником правосуддя»<sup>43</sup>.

У зв'язку із цим цікавою є позиція Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях неодноразово вказує на особливий статус адвокатів, відводячи їм центральне місце в системі здійснення правосуддя як посередникам між публікою і судами (п. 54 Рішення Європейського суду з прав людини від 24 лютого 1994 р. у справі «Касадо Кока проти Іспанії» (*Casado Coca v. Spain*)<sup>44</sup>, п. 29 Рішення Європейського суду з прав людини від 20 травня 1998 р. у справі «Шепфер проти Швейцарії» (*Schopfer v. Switzerland*)<sup>45</sup>.

Як посередників, але вже між сторонами і судом, представників розглядає Є. В. Васьковський, який підкреслює, що «діяльність представників – діяльність судова; вони – посередники між сторонами і судом»<sup>46</sup>.

Досить поширеним як серед науковців, так і за законодавством зарубіжних країн та міжнародним правом є сприйняття адвокатури як слуги або ж помічника правосуддя. Зокрема, відомий іспанський адвокат, екс-президент Ради адвокатських та правових товариств Європи Раймон Муллерата зазначає: «Адвокат є важливою дійовою особою у здійсненні правосуддя. Адвокат, як і суддя, є служителем у храмі правосуддя»<sup>47</sup>.

Як слуги правосуддя, адвокати розглядаються й у згаданому Рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Касадо Кока проти Іспанії» (*Casado Coca v. Spain*), у п. 46 якого зазначається, що, беручи до уваги особливий характер адвокатської професії, як слуги правосуддя, адвокати користуються виключним правом участі в суді та імунітетом від судового переслідування за свої виступи в залі суду.

---

<sup>41</sup> Теж 2 (Заборовський).

<sup>42</sup> Яргих И.С. Адвокатура и власть. Москва : Юрлитинформ, 2003. 176 с. С. 167.

<sup>43</sup> Вільчик Т.Б. Юридична природа адвокатури та проблеми організації її діяльності. *Університетські наукові записки*. 2011. № 4. С. 327–331. С. 329.

<sup>44</sup> Рішення Європейського суду із прав людини у справі «Casado Coca v. Spain» (Заява № 15450/89) від 24 лютого 1994 р. URL : [http://european-court.eu/uploads/ECHR\\_Casado\\_Coca\\_v\\_Spain\\_24\\_02\\_1994.pdf](http://european-court.eu/uploads/ECHR_Casado_Coca_v_Spain_24_02_1994.pdf).

<sup>45</sup> Рішення Європейського суду із прав людини у справі «Schopfer v. Switzerland» (Заява № 56/1997/840/1046) від 20 травня 1998 р. URL: [http://www.hrcr.org/safrica/expression/schopfer\\_switzerland.html](http://www.hrcr.org/safrica/expression/schopfer_switzerland.html).

<sup>46</sup> Васьковський Е.В. Организация адвокатуры : в 2 ч. Санкт-Петербург : Н.К. Мартынов, 1893. Ч. 2 : Исследование принципов организации адвокатуры. 621 с. С. 49.

<sup>47</sup> Муллерат Р. Независимость – основной принцип юридической этики. Адвокат. 1996. № 11. URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1132077>.

Критерії розмежування понять «правова допомога» та «правова послуга» повинні розглядатися саме як діяльність щодо надання правових послуг або ж як діяльність у сфері права.

Як помічника правосуддя, адвоката розглядає, зокрема, Ю. С. Пилипенко, який, аналізуючи основні напрями дослідження адвокатської таємниці, робить висновок про те, що «адвокат також є помічником правосуддя, який забезпечує дійсну змагальність у будь-якому виді процесу»<sup>48</sup>. Цієї самої позиції дотримується і французький законодавець, який у ст. 3 Закону «Про реформу деяких судових і юридичних професій» від 31 грудня 1971 р. № 71-1130 зазначає: «Адвокати є помічниками правосуддя» (*auxiliaires de la justice*)<sup>49</sup>. У такому разі потрібно звернути увагу й на те, що в юридичній літературі зустрічалися твердження науковців, які розглядали адвокатів як помічників не правосуддя, а судів.

«Вираз «помічник суду» не дуже вдалий, адже він може дати привід для висновку, що захисник – помічник цього складу суду, який надає допомогу суддям у всьому тому, що судді роблять, навіть якби дії цього складу суду були неправильними»<sup>50</sup>.

Підтримуємо твердження С. В. Прилуцького, який зазначає, що «сама адвокатура має бути надійною опорою судової влади та правосуддя»<sup>51</sup> і що «будучи активним учасником механізму правозастосування (більше того, займаючи самостійне місце у механізмі правосуддя), адвокатура виконує (повинна виконувати) важливу функцію суспільного контролю в цій сфері»<sup>52</sup>. Слушною є й позиція німецького законодавця, який у ст. 1 Федерального закону про адвокатуру від 1 серпня 1959 р.<sup>53</sup> вказує на те, що адвокатура є незалежним органом правосуддя.

Варто також зазначити, що, з одного боку, адвокат може виступати захисником посадових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування, представляти їх інтереси в судочинстві, а, з другого, – адвокатура може виступати і захисником інтересів як окремої людини, так і громадянського суспільства. Одночасно інститут адвокатури є невід’ємною

<sup>48</sup> Пилипенко Ю.С. Основные направления исследования адвокатской тайны. *Журнал адвокатуры Украины*. 2009. № 9. С. 1–42. URL : <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/619/639>. – С. 32.

<sup>49</sup> *Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques* : Loi du 31 décembre 1971 № 71-1130 [Ressource électronique]. – Mode d'accès : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068396>.

<sup>50</sup> Строгович М.С. Процессуальное положение и процессуальные функции защитника. *Защита по уголовным делам* / И.Т. Голяков, М.С. Строгович, А.Н. Трайнин, М.А. Чельцов-Бебутов и др. ; под ред. И.Т. Голякова. Москва : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. 223 с. С. 27.

<sup>51</sup> Прилуцький С.В. Громадянське суспільство в механізмі судової влади та правосуддя: теоретико-правовий аспект. *Журнал Київського університету права*. 2010. № 1. С. 236–242. С. 240.

<sup>52</sup> Прилуцький С.В. Адвокатура як інститут громадянського суспільства в умовах становлення правової держави. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 12. С. 47–55. С. 54.

<sup>53</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), ausfertigungsdatum 01.08.1959 [Elektronische Ressource]. – Zugriffsmodus : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf>.

частиною судової системи, яка може бути створена лише за наявності дійсно незалежної адвокатури. Істотна особливість адвокатської діяльності полягає у виконанні адвокатами в державі важливої функції, яка носить публічно-правовий характер: вони сприяють правосуддю<sup>54</sup>.

У Висновку № (2013) 16 «Про відносини між суддями та адвокатами», прийнятому на 14-му пленарному засіданні Консультативної ради європейських суддів зазначається, що судді та адвокати відіграють різні ролі в судовому процесі, проте внесок представників обох професій є необхідним для досягнення справедливого та ефективного рішення в усіх судових процесах відповідно до закону. У межах професійного обов'язку захисту прав та інтересів своїх клієнтів адвокати мають також відігравати суттєву роль у справедливому відправленні правосуддя<sup>55</sup>.

Параграф 6 Коментаря до Хартії Основоволожних принципів діяльності європейських адвокатів ССВЕ визначає роль адвоката наступним чином: «Роль адвоката найнятого приватною особою, юридичною особою чи державою, включає в себе роль радника, довіреної особи та представника клієнта, професіонала, якого поважають треті сторони, та незамінного учасника справедливого судового процесу. Втілюючи всі ці елементи, адвокат, який щиро служить інтересам та захищає права свого клієнта, також виконує функції адвоката в Суспільстві, що знаходять вияв у попередженні та запобіганні конфліктам, в забезпеченні вирішення конфліктів відповідно до визнаних принципів цивільного, адміністративного та кримінального права та з врахуванням прав та інтересів осіб, в подальшому розвитку закону, а також в захисті свободи, справедливості та верховенства закону»<sup>56</sup>.

На нашу думку, забезпечення належних умов реалізації права людини на правову допомогу відбувається як за допомогою закріплення суттєвих кваліфікаційних та інших вимог до кандидатів на здобуття статусу адвоката, так і шляхом закріплення особливого професійного статусу адвоката.

Судді та адвокати мають кожен свій перелік етичних принципів. Однак декілька етичних принципів є спільними і для суддів, і для адвокатів, наприклад, дотримання закону, професіоналізм, справедливість та взаємоповага<sup>57</sup>.

Якщо говорити про специфічні принципи, на які повинен спиратись адвокат при здійсненні своєї діяльності, варто згадати наступні, що містяться у Кодексі поведінки для європейських адвокатів ССВЕ: адвокат, який постає перед судом чи бере участь у справі, має дотримуватись правил поведінки,

<sup>54</sup> Адвокатура та судова влада: характер взаємовідносин / Т. Б. Вільчик. *Часопис Академії адвокатури України*. 2014. Т. 7. № 4. С. 19–25. URL : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau\\_2014\\_7\\_4\\_4](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2014_7_4_4).

<sup>55</sup> Висновок № (2013) 16 Про відносини між суддями та адвокатами. URL : <https://court.gov.ua/userfiles/KRES%20Vusnovok.pdf>.

<sup>56</sup> Хартія Основоволожних принципів діяльності європейських адвокатів ССВЕ. URL : [http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya\\_brenduvannya.pdf](http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya_brenduvannya.pdf).

<sup>57</sup> Теж 23 (Висновок).

прийнятих у цьому суді чи трибуналі. Адвокат завжди має належну увагу приділяти справедливому розгляду справи в суді. Адвокат, підтримуючи належну повагу та ввічливість по відношенню до суду, повинен захищати інтереси клієнта гідно та безстрашно, незважаючи на інтереси адвоката чи на будь-які наслідки, які можуть настати для нього самого чи іншої особи<sup>58</sup>.

Важливим питанням, яке необхідно порушити, є взаємовідносини суддів та адвокатів. У п. 17 Висновку № 16 (2013) КРЄС зазначається, що судді та адвокати мають співпрацювати задля задоволення потреб сторін. У п. 4 підкреслюється, що судді та адвокати відіграють різні ролі в судовому процесі, проте внесок представників обох професій є необхідним для досягнення справедливих та ефективних рішень в усіх судових процесах відповідно до закону<sup>59</sup>.

На думку КРЄС, конструктивні відносини між суддями й адвокатами покращать якість та ефективність здійснення судочинства, адже ключовими параметрами сприйняття суспільством судової влади в Україні є справедливість судових рішень, належний рівень доступності та ефективності правосуддя.

Цікавим є той факт, що в деяких країнах судді переважно обираються серед найбільш досвідчених адвокатів. У багатьох державах суддя повинен мати досвід професійної діяльності адвоката. В інших країнах кар'єрні шляхи суддів та адвокатів не перетинаються.

На жаль, в Україні склалася ситуація, за якої судді та адвокати дуже часто мають натягнуті взаємовідносини, сперечаються під час судового засідання, що виглядає нібито вони борються за протилежне, хоча насправді метою здійснення правосуддя є доведення істини.

Як показує правозастосовна практика судів, у переважній більшості випадків, ініціюючи перед відповідними кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями питання про дисциплінарну відповідальність адвоката, суди вказують на те, що адвокатом було скоєно діяння, яке перешкождало здійсненню правосуддя і містить ознаки неповаги до суду.

Отже, на підставі викладеного робимо висновок, що адвокатура є незалежною інституцією в механізмі здійснення правосуддя, що не відноситься до учасників, які сприяють (слугують, допомагають) його здійсненню, а виконує одну із найважливіших функцій у такому механізмі, безпосередньо пов'язану з належною реалізацією конституційного права особи на отримання професійної правничої (правової) допомоги.

Наразі взаємовідносини між суддями та адвокатами є далекими від ідеалу та приписів кодексів етики. Ми погоджуємось з позицією з професора Dana Ann Remus, що найкращим шляхом задоволення інтересів громадян є переорієнтація взаємостосунків між захисниками та суддями в так звану модель співпраці, за якою сильна, незалежна юридична професія (захисника,

---

<sup>58</sup> Теж 24 (Хартія).

<sup>59</sup> Теж 23 (Висновок).

адвоката) співпрацюватиме із сильними, незалежними державними судовими інстанціями<sup>60</sup>.

Знадобиться багато зусиль, щоб покращити, вдосконалити природу та тісну співпрацю між адвокатами і представниками суддівської системи, включаючи необхідну порівняльну роботу, яка могла б привести до інноваційних рішень. Однак ми можемо посприяти тому, аби запевнитися, що як судді, так і адвокати є рівними у своїх можливостях, незалежними та достатньо наділеними повноваженнями, щоб служити, допомагати, співпрацювати та захищати один одного, що своєю чергою сприятиме службі й захисту тим демократичним цінностям, на які спирається наша правова система.

---

<sup>60</sup> Just Conduct: Regulating Bench-Bar Relationships Dana Ann Remus\*. URL : <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1622&context=ylpr>.





**Условия функционирования третьей (судебной)  
ветви власти**



# Основные требования в отношении независимости судебной власти в правовом государстве

*Доктор Даг Белфрот*

## 1 Положение о независимости судей в пределах конституционной структуры

Хотя независимость судей в Германии и закреплена в простых положениях законов, а именно в § 1 Закона о судостроительстве (GVG)<sup>1</sup> и § 25, 26 Закона о статусе судей (DRiG)<sup>2</sup>, ее внутреннее содержание простирается гораздо дальше уровня простых законов и находит свое отображение уже в самой Конституции. Исходя из этого, законодатель наделил ее четким конституционным нормированием в статье 97 Основного закона<sup>3</sup>, согласно с абзацем 1 которой судьи являются независимыми и подчиняются только закону. Решающую роль в характеристике судебной деятельности играет ее осуществление: «[...] независимым третьим лицом, являющимся таковым и лично, и по сути [...]»<sup>4,5</sup>. При

---

<sup>1</sup> Gerichtsverfassungsgesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.1975 (BGBl. I. S. 1077), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.07.2018 (BGBl. I S. 1151).

<sup>2</sup> Deutsches Richtergesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.04.1972 (BGBl. I S. 713), zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.06.2017 (BGBl. I. S. 1570).

<sup>3</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.05.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch ÄndG vom 13.07.2017 (BGBl. I. S. 2347).

<sup>4</sup> BVerfGE 103, 111 (140).

<sup>5</sup> BVerfGE 26, 186 (198); 42, 206 (209); 87, 68 (85); 103, 111 (140); сравни также: BVerfGE 14, 56 (69).

этом независимость следует понимать не как чрезвычайное и преимущественное право определенной профессиональной группы, в значении сословных привилегий<sup>6</sup>, а как основополагающий структурный принцип самой конституции<sup>7</sup>. Независимость судей, таким образом, взаимосвязана, с одной стороны, с принципом разделения власти<sup>8</sup> (абз. 2 ст. 20 Основного закона), а с другой – с законом и правом (абз. 3 ст. 20 Основного закона)<sup>9</sup>. В то же время она является основной опорой правового государства<sup>10</sup>, поскольку, согласно абз. 4 ст. 19 Основного закона, гарантия эффективной правовой защиты требует независимости судей<sup>11,12</sup>. Это подтверждается, например, правовой защитой, обеспечиваемой административными судами, результативность деятельности которых выглядела бы сомнительной, если бы гражданину, который за ней обратился, пришлось бы опасаться, что исполнительная власть оказывает влияние на судей административных судов, которые принимают решения о предмете его, гражданина, спора. С помощью гарантированного абз. 1 ст. 97 Основного закона соблюдения функционального разделения власти в аспекте эффективного взаимного контроля обеспечивается гарантия того, что «[...] судьи принимают свои решения, исходя исключительно из закона и права»<sup>13</sup>. Последовательное соблюдение такого разделения в аспекте эффективного взаимного контроля укрепляет независимость судей от исполнительной или законодательной власти при осуществлении правосудия<sup>14</sup>.

Исходя из вышеприведенной конституционно-правовой позиции отведенной независимости судей, следует, что в соответствии со ст. 97 Основного закона судье как частному лицу не предоставляется ни основное, ни любое подобное право<sup>15</sup>, ведь юридическая гарантия такой независимости служит

---

<sup>6</sup> BGH, NJW 1977, 437 (437); NJW 1991, 421 (422); Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3.

<sup>7</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 19.

<sup>8</sup> Nach Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1 как выражение разделения властей; также: Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 14.

<sup>9</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1089).

<sup>10</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 2; смотри также: BVerfGE 2, 307 (320): „[...] Независимость правосудия [...] как одного из важных принципов нашего государственного устройства [...]».

<sup>11</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn.3; сравни: *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 19.

<sup>12</sup> Siehe *Papier*, NJW 1990, 8 (9); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1.

<sup>13</sup> BVerfGE 107, 395 (402 f.).

<sup>14</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 2.

<sup>15</sup> Против этого свойства как основного права: BVerfGE 27, 211 (217); BVerfG (K), NJW 2016, 3711 (Rn. 14); BVerfG (K), NVwZ 2016, 764 (Rn. 76); BVerwGE 78, 216 (220); BGH, NJW 1977, 437 (437); NJW 1991, 421 (422). *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 21; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 5; *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

функциональной способности юриспруденции обеспечивать наличие деятельного правового государства<sup>16</sup>. Учитывая это в юридической литературе используется и такое определение, как «[...] *инородное использование институциональной гарантии для внешней выгоды* [...]»<sup>17</sup>. Вопрос же заключается в том, содержит ли независимость судей сверх того еще и субъективно-публичные права<sup>18</sup>, либо же имеет просто объективно-правовой характер<sup>19</sup>, и дальнейшего углубления не требует. Поскольку в любом случае судье предоставляется возможность обратиться с конституционной жалобой ввиду потенциального нарушения его материальной и персональной независимости, гарантированной абз. 5 ст. 33 Основного закона вместе со ст. 97 Основного закона как принцип правового статуса должности судьи<sup>20</sup>.

Наряду с вышеуказанным, институциональная и/или организационная независимость судов конституционно закреплена в предложении 2 абз. 2 ст. 20 Основного закона и выводится не из предписаний ст. 97 Основного закона<sup>21</sup>, ведь последствия, вытекающие из принципа разделения властей, должны включать организационно независимое существование судебной власти вместе с исполнительной и судебной, что для эффективной реализации и полноценного завершения требует<sup>22</sup> четкого разделения на ветви и отнесения конкретного лица к одной из них, в частности, речь идет о введении соответствующих правил должностной и прочей несовместимости<sup>23</sup>.

## 2 Предметная / сущностная независимость

Как уже было сказано, согласно абз. 1 ст. 97 Основного закона судья является независимым и подчиняется только закону. Точное понимание и раскрытие содержания предметной, то есть сущностной, гарантии независимости,

<sup>16</sup> BVerwGE 78, 216 (220); см. также подобным образом: BGH, NJW 1991, 421 (422); то же подобно, но лишь в отношении сущностной независимости см. также: *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22.

<sup>17</sup> *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 4.

<sup>18</sup> Так считает: *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7 m.w.N.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 16 в отношении опосредованных субъективных публичных прав; *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3, в отношении субъективного права, не являющегося основным правом.

<sup>19</sup> Так считает: *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>20</sup> Сравни: BVerfG, NJW 2016, 3711 (Rn. 14); BVerfG (K), NVwZ 2016, 764 (Rn. 76); BVerfGE 12, 81 (88); 55, 372 (392); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7.

<sup>21</sup> *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 111; *Schilken*, JZ 2006, 860 (860); *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3; против выведения из статьи 97 GG см. также: *Papier*, NJW 2002, 2585 (2587 f.).

<sup>22</sup> См. также по этому поводу на уровне Основного закона статью 137 и в простом законе в отношении судей § 4 DRiG.

<sup>23</sup> Подробно об этом см. также: *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 111 f.

закрепленной в абз. 1 ст. 97 Основного закона, требует целенаправленного рассмотрения содержания нормы с учетом объема ее применения, с одной стороны, и обеспеченного объема гарантии – с другой.

## 2.1 Сфера применения

### 2.1.1 Персональная сфера применения гарантии

Персональная сфера действия абз. 1 ст. 97 Основного закона распространяется, исходя из дословной формулировки, на судей как на «[...] всех лиц, осуществляющих правосудие, – как профессиональных судей, так и добровольных непрофессиональных или по совместительству (в немецкой терминологии – «почетных») судей, как федеральных, так и судей земельного уровня»<sup>24</sup>. Поэтому и полноценные профессиональные судьи, и «почетные»/добровольные судьи, а также все остальные судьи (и назначенные пожизненно, и на испытательном сроке, и откомандированные в установленном порядке) наделяются этим статусом<sup>25</sup>.

### 2.1.2 Материальная/предметная сфера применения гарантии

Абзац 1 статьи 97 Основного закона гарантирует судьям предметную, сущностную независимость только в сфере осуществления ими судейской деятельности<sup>26</sup>. Следовательно, их независимость имеет функциональный характер<sup>27</sup>. Относительно предметной сферы применения гарантии, собственно, критический характер носит судейская деятельность. При этом, рассматривая с телеологической позиции, следует определить, при выполнении каких именно возложенных на него заданий судья должен иметь возможность пользоваться независимостью<sup>28</sup>.

Прежде всего, судейская деятельность включает в себя вынесение приговоров/решений, что формирует ее ядро, а наряду с этим и выполнение всех тех разнообразных заданий, непосредственно связанных с правоустановлением/поиском права<sup>29</sup>. К ним следует относить, например, подготовительную деятельность, необходимую для принятия решения (об установлении непосредственно во время самих заседаний сроков,

<sup>24</sup> BVerfGE 26, 186 (201).

<sup>25</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4; Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 8.

<sup>26</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22; Papier, NJW 2001, 1089 (1090).

<sup>27</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>28</sup> Сравни: Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10; Papier, NJW 2001, 1089 (1090).

<sup>29</sup> Papier, NJW 2001, 1089 (1090); Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22.

определении дат, меры, допросе свидетелей, судебной полиции и т.д.), а также все те задания, которые связаны с последствиями принятия судебных решений (изготовление решений и т.д.)<sup>30</sup>. Кроме этого, охвачены и все те аспекты, которые законодатель прямо отнес к компетенции судей в связи с их независимостью<sup>31</sup>.

В противовес описанному выше, к деятельности судей в контексте абз. 1 ст. 97 Основного закона не относится выполнение заданий судебного и юстициарного администрирования<sup>32</sup>. Если судья и выполняет (независимо от степени и полноты) такие «[...] функциональные задачи исполнительной власти [...]», то конституционная норма уже не гарантирует ему упомянутой предметной/сущностной независимости<sup>33</sup>. Это означает, что судья выполняет задания судебного администрирования, в связи с чем его соответствующие действия могут подвергаться контролю или осуществляться по указанию со стороны руководства.

Итак, в отношении сферы действия абз. 1 ст. 97 Основного закона можно сказать следующее: исходя из его положений, оценивать/судить, как и когда судье гарантируется предметная/сущностная независимость, ссылаясь только на его профессиональное положение, невозможно. В данном случае, наоборот, требуется четкое определение конкретного выполняемого задания.

## 2.2 Объем предметной/сущностной гарантии независимости

Абзац 1 статьи 97 Основного закона гарантирует предметную/сущностную независимость судей в том понимании, что они не связаны никакими указаниями при осуществлении своей деятельности<sup>34</sup>. Такие недопустимые указания могут, в частности, даваться в форме рекомендации действовать определенным образом в конкретном судебном процессе или, в конце концов, принять определенное решение по существу спора<sup>35</sup>. В этом отношении, согласно с судебной практикой Федерального конституционного суда (BVerfG), любое влияние, которого можно избежать, является недопустимым<sup>36</sup>. Избежать же влияния можно тогда, когда оно не является

<sup>30</sup> См. обзор: *Papier*, NJW 2001, 1089 (1090), а также *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3 m.w.N.

<sup>31</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1090); *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11a.

<sup>32</sup> *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 22; *C.D. Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 4.

<sup>33</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11a.

<sup>34</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11; Сравни: BVerfGE 3, 213 (224); 14, 56 (69); 26, 186 (198); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 19.

<sup>35</sup> *Schilken*, JZ 2006, 860 (863).

<sup>36</sup> BVerfGE 12, 81 (88); 26, 79 (93); 38, 1 (21); 55, 372 (389), соответственно, в отношении устраняемого влияния исполнительной власти.

необходимым для поддержания функциональной работоспособности правосудия<sup>37</sup>.

Итак, предметная/сущностная независимость судьи означает свободу от указаний по сути/по делу, то есть свобода от указаний различных субъектов – представителей государственной структуры, речь идет, прежде всего, о представителях, закрепленных конституцией трех ветвей государственной власти, которые своими действиями могут потенциально влиять на правосудие.

### 2.2.1 *Независимость от исполнительной власти*

Обеспечение предметной/сущностной независимости является своеобразной защитой судебной власти от влияния, которое оказывает исполнительная власть<sup>38</sup>. Это означает, что любое влияние органов власти на деятельность судей, и в отдельных делах, и в общем, то есть всеобъемлющим образом<sup>39</sup>, считается нарушением абз. 1 ст. 97 Основного закона<sup>40</sup>. Это означает недопустимость предпринятия каких-либо мероприятий, способных повлиять на самостоятельное принятие решения судьей, независимо от того являются они косвенными, или носят исключительно психологический характер и т.п.<sup>41</sup>. В этом отношении гарантия абз. 1 ст. 97 Основного закона для исполнительной власти приобретает запрещающее свойство<sup>42</sup>.

Исключением из этого правила можно считать правотворческую деятельность исполнительной власти: если она правомерно и в установленном порядке принимает положения или уставы, обязательные к применению судьями при правоприменении/ правоустановлении, в этом нельзя усматривать никакого запретного влияния исполнительной власти на предметную/сущностную независимость соответствующего судьи, поскольку он и так, в любом случае – в пределах своей компетенции по пересмотру и отмене норм, которые не имеют следующего после конституционных положений ранга формальных законов,<sup>43</sup> – в соответствии с абз. 1 ст. 97 Основного закона, связан законом<sup>44</sup>. Если эти подзаконные нормы находятся в рамках правомерности и до тех пор, пока они остаются таковыми, и соответствующий суд обязан их применять, исполнительная власть оказывает

<sup>37</sup> Смотри вывод от обратного: BVerfGE 26, 79 (94).

<sup>38</sup> BVerfGE 12, 67 (71); 38, 1 (21); H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 23; Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13.

<sup>39</sup> Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; сравни также: Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 75.

<sup>40</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 23.

<sup>41</sup> Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12 с указанием на: BVerfGE 14, 56 (69).

<sup>42</sup> Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12.

<sup>43</sup> Смотри по данному поводу: D. Wilke, in: HStR V, 2007, § 112 Rn. 30.

<sup>44</sup> Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 77.



согласно абз. 1 ст. 97 Основного закона, правомерное влияние на деятельность судьи, причем решение последнего связывается с правовым содержанием нормы права, имеющей подзаконный юридический ранг.

### 2.2.2 *Отношение к администрации юстиции и внутрисудебное администрирование в форме служебного надзора*

В связи с защитой судей от влияния исполнительной власти внутренний юстициарный/судебный служебный надзор требует особого рассмотрения. Последний сам принадлежит к судебной администрации и, следовательно, он возложен на судебную администрацию<sup>45</sup>.

Согласно абз. 1 § 26 Закона о статусе судей (DRiG) судья подлежит служебному надзору только в том случае, если это не нарушает его независимость. В соответствии с абз. 2 § 26 Закона о статусе судей (DRiG), учитывая положения его абз. 1, содержательно данная норма охватывает и полномочия фиксировать противоправный способ ведения официальной/должностной деятельности, и требовать надлежащего, своевременного проведения этой деятельности. Компетентным/ответственным органом осуществления служебного надзора является только орган судебной администрации, точнее соответствующий его руководитель или заместитель / представитель этого руководителя<sup>46</sup>, а в наивысшей инстанции – соответствующее министерство, ответственное за юстицию<sup>47</sup>.

Цель служебного надзора за осуществлением деятельности судей – обеспечение соблюдения возложенных на судей служебных обязанностей, которые, в частности, включают правовую обязанность реализовать гарантию правосудия/юстиции, как того требует принцип правового государства<sup>48</sup>. Учитывая то, насколько и пока эта служебная обязанность судьи, с одной стороны, и служебный надзор, обеспечивающий ее выполнение, – с другой, являются в равной степени результатом обязательства правового государства гарантировать юстицию/правосудие<sup>49</sup>, служебный надзор является не только ограничением независимости судебной власти, но также, как и она, служит обеспечению соблюдения требований правового государства, предъявляемых к правосудию/судебной власти<sup>50</sup>.

В вопросе, касающемся осуществления допустимого служебного надзора и установления грани, когда его реализация достигает недопустимого уровня

<sup>45</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17.

<sup>46</sup> *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 77. Aufl. 2019, DRiG, § 26 Rn. 4.

<sup>47</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17.

<sup>48</sup> *Papier*, NJW 1990, 8 (9); NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>49</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 16; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11b; см. также: *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 79 относительно служебного надзора и независимости судей.

<sup>50</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091).

воздействия на судью, нарушая соответствующую независимость судей, в случае возникновения конфликта между независимостью судебной власти и осуществлением служебного надзора решения принимают служебные судебские суды в соответствии с абз. 3 § 26 Закона о статусе судей (DRiG)<sup>51</sup>. Этим судам надлежит при возникновении коллизии между независимостью судей, с одной стороны, и применением служебного надзора – с другой, найти соответствующий баланс<sup>52</sup>. Общим критерием признания факта вмешательства в независимость судьи посредством надзорных мероприятий является возможность того, что предпринимаемое действие может либо влиять на содержание самого судебного решения, либо затрагивать сам процесс его принятия в конкретном или в будущих производствах<sup>53</sup>. При этом в судебной практике, в частности, в Федеральном суде по служебному надзору за судьями, закрепился подход, состоящий в принципиальном разграничении деятельности судей на так называемую сердцевинную и внешнюю сферу упорядочения<sup>54</sup>.

Последняя включает «[...] судебную деятельность, которая настолько отдалена от основной сферы предметной/сущностной деятельности судей, что ее не может касаться гарантия абз. 1 ст. 97 Основного закона»<sup>55</sup>. Эта внешняя сфера упорядочения включает, в частности, обязательства ношения служебной одежды, сравнение количества рассмотренных дел и составление в конце года перечня дел, по которым ожидаются решения, а также рутинные проверки работы подразделений аппарата суда<sup>56</sup>. Хотя проведение таких мероприятий, как, например, сравнение количества рассмотренных дел, оказывает в определенной степени давление на отдельного судью ввиду результатов его работы, тем не менее, пока орган служебного надзора не влияет на решение дела по сути, его действия являются допустимыми и разрешенными для защиты гарантии правосудия<sup>57</sup>. Кроме того, меры служебного надзора являются допустимыми и тогда, когда они касаются обеспечения надлежащего хода процесса и поддержания надлежащей внешней формы служебной деятельности<sup>58</sup>.

Сердцевинная сфера деятельности судей, в свою очередь, включает в себя как предметную/сущностную деятельность по принятию судебных решений/вынесению приговоров, так и процессуальные действия и решения, а

---

<sup>51</sup> Сравни: *Papier*, NJW 1990, 8 (8); Сравни: *Hillgruber*, Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 79.

<sup>52</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>53</sup> *Hillgruber*, Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 79.

<sup>54</sup> Сравни: BGH 1964, 2415 (2418); *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091); смотри также: *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17, 19; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11c.

<sup>55</sup> BGH NJW 1964, 2415 (2417); смотри также устоявшуюся судебную практику: BGH NJW 2010, 302 Rn. 17.

<sup>56</sup> Смотри по данному поводу обзор: *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 20, с дальнейшими указаниями и примерами.

<sup>57</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 20.

<sup>58</sup> BGH NJW 2010, 302 Rn. 17; NJW 2006, 1674 Rn. 20.

именно предварительные или подготовительные действия, завершающие и связанные с ними решения судей<sup>59</sup>. Поскольку независимость судов, которую гарантирует абз. 1 ст. 97 Основного закона, требует в этой сердцевинной области безоговорочного действия, меры служебного надзора, касающиеся содержания судебного решения, являются категорически недопустимыми, а их осуществление запрещается<sup>60</sup>. В связи с этим недопустимыми следует также считать и мероприятия, проводимые в рамках служебного надзора, которые не оказывают прямого влияния на содержание решения в смысле указания/ инструкции, как именно поступить, но являются своеобразной критикой ведения процесса отдельным судьей, и, следовательно, прямо или косвенно подталкивают конкретного судью к принятию в будущем определенного решения<sup>61</sup>. В сердцевинной сфере деятельности судей меры служебного надзора допустимы лишь как исключения и только тогда, когда очевидно, что действия отдельного судьи нарушают правила ведения процесса<sup>62</sup>, или присутствует явная и бесспорная ошибка со стороны судьи<sup>63</sup>. Эта граница, однако, еще не нарушена в том случае, когда орган служебного надзора считает правоприменение судьи ошибочным, выводы ложными, либо же производство противоправным<sup>64</sup>. Ведь, если ошибка со стороны судьи не является явной, однозначной и очевидной, она не может рассматриваться как предмет служебного надзора, поскольку в случае сомнения следует уважать независимость судьи<sup>65</sup>.

### 2.2.3 Независимость от законодательной власти

Обеспечение предметной/сущностной независимости также служит для защиты судебной власти от вмешательства власти законодательной<sup>66</sup>. Однако здесь следует учитывать связанность судьи законом, предусмотренную дословно в абз. 1 ст. 97 Основного закона, чтобы таким образом не допускать понимания независимости от законодательного органа как независимость судьи от законов, принятых этим органом<sup>67</sup>. Ведь именно применение законов

<sup>59</sup> Смотри по данному поводу с дальнейшими указаниями выше II), 1., b); BGH NJW 1964, 2415 (2417); устоявшаяся судебная практика: BGH NJW 2010, 302 Rn. 16.

<sup>60</sup> BGH NJW 1964 2415 (2417).

<sup>61</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 22 m.w.N.; сравни также: BGH NJW 2010, 302 Rn. 15 в отношении служебной оценки судьи.

<sup>62</sup> BGH NJW 1984, 2531 (2532).

<sup>63</sup> BGH NJW 2010, 302 Rn. 16; BGH, Urteil vom 12.10.1995 – RiZ (R) 2/95KG10.03.1995, BeckRS 1995, 31173132; BGH NJW 1977, 437 (437); похоже: BGH NJW 1980, 1850 (1851) в отношении очевидно ошибочных действий судьи; иное мнение: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 77. Aufl. 2019, DRiG, § 26 Rn. 5.

<sup>64</sup> Сравни: BGH NJW 1977, 437 (437).

<sup>65</sup> BGH NJW 1980, 1850 (1851); NJW 1977, 437 (437).

<sup>66</sup> BVerfGE 12, 67 (71); 38, 1 (21).

<sup>67</sup> *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

в конкретном случае и является предметом, прежде всего, судебной деятельности<sup>68</sup>. Предметная/сущностная независимость судьи оставляет «[...] его связанность законом не нарушенной»<sup>69</sup>. Правосудие и связанность судьи законом находятся во взаимной зависимости друг от друга<sup>70</sup>. В частности, в силу наличия предметной/сущностной независимости судье гарантируется возможность применять в конкретных правовых спорах нормы соответствующих законов<sup>71</sup>. Уже это само по себе является сложным, ведь судья призван своей деятельностью обеспечить должным образом соблюдение принятого законодательным органом закона в конкретном споре, при этом он обязан также соблюдать ряд сопутствующих законодательных требований, но в то же время конституционно гарантированная ему независимость не должна нарушаться именно этими законодательными мероприятиями.

В этом взаимодействии гарантии независимости от законодательной власти при одновременной связанности законом должны быть точно определены те законодательные меры, которые следует оценивать как недопустимое вмешательство в контексте абз. 1 ст. 97 Основного закона. Тут также требует особого внимания абстрактный (общий) характер законов<sup>72</sup>, изданных законодательным органом. Из необходимости размежевания следует, что гарантия абз. 1 ст. 97 Основного закона запрещает законодательному органу оказывать прямое влияние на поиск судьей решения в конкретном судебном производстве<sup>73</sup>. Однако это не означает, что законодательное регулирование специфических требований, предъявляемых к качеству или процедуре принятия решений, должно рассматриваться как недопустимое вмешательство в независимость судебной власти<sup>74</sup>. Это может проиллюстрировать пример так называемых запретов доказательств и доказывания в судебном процессе. Поскольку ими «[...] лишь определяются процессуально-правовые рамки, в которых судья – свободный от указаний / инструкций – должен исследовать факты дела, оценить их и обосновать свое решение / приговор»<sup>75</sup>. Такие нормы лишь косвенно ограничивают количественную сторону независимости судей, но не ее качество.

---

<sup>68</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

<sup>69</sup> BVerfGE 36, 174 (185).

<sup>70</sup> Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24.

<sup>71</sup> Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27.

<sup>72</sup> Siehe zu dem abstrakt-generellen Regelungscharakter von Rechtsnormen bzw. Gesetzen: Maurer/Waldhoff, VerwR AT, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 4; Detterbeck, VerwR AT, 16. Aufl. 2018, Rn. 462.

<sup>73</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24; Detterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12; Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 92.

<sup>74</sup> Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27.

<sup>75</sup> BVerfGE 36, 174 (185).

В отличие от этого, к запрещенным следует отнести<sup>76</sup> такие меры воздействия законодательного органа, как, например, закон, направленный на конкретный индивидуальный правовой спор, а также парламентские решения и неформальные мероприятия влияния<sup>77</sup>. В контексте сказанного следует констатировать, что отправной точкой при оценке законодательного действия или акта как недопустимого вмешательства в судебную независимость в значительной мере является отношение к конкретному юридическому спору или судебному производству.

#### 2.2.4 Независимость судебной власти

Кроме того, абз. 1 ст. 97 Основного закона также гарантирует судьям предметную /сущностную независимость от самого правосудия<sup>78</sup>. Эта в определенной степени «внутривластная» гарантия независимости касается, в первую очередь, процессов поиска и принятия решения судьей. Последнему при применении права гарантируется, что он может и обязан руководствоваться собственной правовой позицией, выработанной на основании его убеждений, и, значит, он не должен следовать другому, возможно, даже противоположному по содержанию, однако преобладающему взгляду в правосудии, даже если его представителями являются вышестоящие суды<sup>79</sup>. Это может привести к существованию большого количества различных решений разных судов по одному и тому же правовому вопросу<sup>80</sup>.

Такого рода ограничения приходят в голову только настолько, насколько они «[...] относятся к типичным и общепринятым функциональным предпосылкам судебной власти [...]»<sup>81</sup>. Влияние юридической силы права, совокупности фактов по делу, установленных обстоятельств и обязательности судебных решений как таковое не являются вмешательством или нарушением

<sup>76</sup> Внимательное рассмотрение неформальных действий законодателя смотри: *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, 88. EL Aug. 2019, Art. 97 Rn. 92.

<sup>77</sup> Смори перечисление у: *H. Sodan*, in: *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24 m.w.N.

<sup>78</sup> *BVerfG (K)*, NJW 1996, 2149 (2150); *Detterbeck*, in: *Sachs, GG*, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 14; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth, GG*, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7; *H. Sodan*, in: *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25; *Hensch*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG*, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 29. Еще одно иное мнение: *BVerfGE* 12, 67 (71), в соответствии с которым „[...] Art. 97 Основного закона касается лишь отношений судьи и носителей несудейской власти [...]»; от этого отталкивается суд в: *BVerfGE* 31, 137 (140).

<sup>79</sup> *BVerfGE* 87, 273 (278); *H. Sodan*, in: *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25; *Detterbeck*, in: *Sachs, GG*, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 15. Еще одно иное мнение: *BVerfGE* 12, 67 (71), в соответствии с которым связанность судьи решением иного суда не вмешивается в его независимость, поскольку абз. 1 ст. 97 Основного закона действует лишь в отношении правосудия.

<sup>80</sup> *C.D. Classen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck, GG*, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 18 f., там требование единства мнений правосудия также детально рассмотрено и, как и его конституционно-правовое закрепление.

<sup>81</sup> *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth, GG*, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 7.

предметной/сущностной независимости судьи<sup>82</sup>. При этом в данном случае следует вспомнить, в частности, о связанности судов решениями Федерального конституционного суда в соответствии с абз. 1 § 31 Закона о Федеральном конституционном суде (BVerfGG)<sup>83</sup>, а также соответствующие решения Федерального конституционного суда, которые имеют силу закона, согласно абз. 2 § 31 Закона о Федеральном конституционном суде (BVerfGG) в сочетании с предложением 1 абз. 2 ст. 94 Основного закона<sup>84</sup>. Такого рода связанность решением, выясняющим преюдициальные вопросы, является также выражением правовой определенности, вытекающей из соответствующих конституционных положений<sup>85</sup>.

Более того, гарантия предметной/сущностной независимости отдельного судьи действует в том числе и в пределах конкретной судебной коллегии, к которой он принадлежит, в рамках своей судейской деятельности в соответствующем суде<sup>86</sup>. Предметная/сущностная независимость каждого отдельного судьи определенной коллегии или соответствующего иного состава суда, таким образом, запрещает конкретному главе суда осуществлять недопустимое влияние на судейскую деятельность других его членов<sup>87</sup>. В то же время судебная коллегия своим решением не ограничивает отдельного судью в его предметной/сущностной независимости, несмотря на такой его взгляд на толкование закона, который не поддерживают другие члены коллегии, даже если большинство его коллег склонно к другому решению, поскольку во время обсуждения и голосования сохраняется независимость коллегиального судейского органа<sup>88</sup>. В решении коллегии голос каждого входящего в ее состав судьи имеет одинаковый вес<sup>89</sup>.

### 2.2.5 Независимость от общества

Как особая форма абз. 1 ст. 97 Основного закона защищает предметную/сущностную независимость судьи от вмешательства со стороны общества и частных лиц<sup>90</sup>. Ведь его положения, благодаря своей регулирующей сути и воздействию, содержат объективную оценку в пользу полной

<sup>82</sup> Deterbeck, in: Sachs, GG, 8 Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 14.

<sup>83</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.08.1993, zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.10.2017 (BGBl. I S. 3546).

<sup>84</sup> См. по данному поводу: H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 25.

<sup>85</sup> BGH, NJW 1985, 2644 (2647), но во всяком случае в отношении связанности суда предыдущими решениями Федеральной генеральной прокуратуры.

<sup>86</sup> BVerfG, NJW 1996, 2149 (2150); Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 26.

<sup>87</sup> Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

<sup>88</sup> Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

<sup>89</sup> Hensch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 30.

<sup>90</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 9; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 45.

предметной/сущностной независимости судьи в своем решении, и поэтому последний не должен поддаваться влиянию социальных или частных факторов<sup>91</sup>. Следовательно, конституционная гарантия содержит запрет воздействия на судебную деятельность, поскольку с точки зрения реализации собственных основных прав такое влияние само по себе не является оправданным<sup>92</sup>. В то же время публичная критика судебных решений, а также критическое освещение в СМИ, в том числе текущих судебных процессов, в принципе, не являются запрещенными<sup>93</sup>. Со своей стороны, такие высказывания могут ссылаться на конституционные свободу мысли, прессы и вещания, гарантированные ст. 5 Основного закона<sup>94</sup>. Грань недопустимости публичной критики проводится там и тогда, где и когда ее оглашение нацелено и влияет на конкретное решение суда, прежде чем оно будет принято<sup>95</sup>. В таких случаях, соответственно, применяется презумпция приемлемости публичной критики, которая, как правило, выражается после того, как решение судьей уже принято<sup>96</sup>. Иного подхода требует к себе прямая трансляция судебного заседания, которая может, кроме предметной/сущностной независимости судебной власти, нарушать также требование/гарантию эффективной правовой защиты, тем самым угрожая беспристрастности всех причастных к процессу<sup>97</sup>.

От судьи, учитывая конституционно-правовую сторону вопроса, как от должностного лица косвенно могут потребовать осознания должностных обязанностей, которыми, учитывая различные виды социального влияния, он связал себя самостоятельно и к которым, как и к предвзятой критике, судья не должен быть чувствительным, то есть он обязан реагировать на любую необъективную критику своего решения только в соответствии с законом<sup>98</sup>.

### 2.3 Связанность судьи законом

Согласно абз. 1 ст. 97 Основного закона судье не предоставляется неограниченная предметная/сущностная независимость, поскольку в соответствии с дословным и однозначным содержанием самой нормы судья подчиняется закону, и только ему<sup>99</sup>. И хотя, учитывая лексическое значение

<sup>91</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17; так же: *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27; смотри так же: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 45.

<sup>92</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 9.

<sup>93</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 19; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27, который также не усматривает никаких конституционно-правовых сомнений.

<sup>94</sup> Сравни также: *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 27.

<sup>95</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 46.

<sup>96</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 46.

<sup>97</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 19; сравни: BVerfGE 103, 44 (64) в отношении „[...] неограниченной публичности слушаний/рассмотрения [...]».

<sup>98</sup> Смотри по данному поводу: *Papier*, NJW 2001, 1089 (1091).

<sup>99</sup> *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

слов, между независимостью и подчинением на первый взгляд существует противоречие, правосудие и связанность законом с юридической позиции не исключают друг друга<sup>100</sup>. Ведь связанность правом, как и подчинение закону, конкретизируют задачи правосудия, которые согласно ст. 92 Основного закона должны решать судьи<sup>101</sup>. В частности, судья задание предоставления применимому праву силы в случае спора из-за его выражения может выполнить только способом, соответствующим Конституции, когда он связан границами этих законов. Таков единственный критерий поиска судьей правомерных решений<sup>102</sup>. Поэтому предметная/сущностная его независимость гарантирует, что решение судьей принимается исключительно исходя из положений закона<sup>103</sup>. Эта связанность законом не является вмешательством в гарантированную судьей независимость<sup>104</sup>. Она также постулирует абз. 3 ст. 20 Основного закона, который связывает правосудие с законом и правом, причем, несмотря на разные способы формулировки, однако не означает иной объем связанности, чем предусмотрено в абз. 1 ст. 97 Основного закона («только законом»)<sup>105</sup>. В абз. 1 ст. 97 Основного закона принцип связанности законом, упомянутый в абз. 3 ст. 20 Основного закона, разъясняется вне границ правосудия лингвистическими (языковыми) средствами, поскольку теперь норма прямо касается отдельного судьи как лица<sup>106</sup>. Укрепляет правовую связанность судьей демократическая составляющая, ведь только прочная связанность законом является волей соответствующего демократически легитимированного законодательного органа, который в конкретном случае наделяется силой закона<sup>107</sup>. В то же время связанность законом гарантирует демократическую легитимацию судебной власти с предметной/сущностной стороны<sup>108</sup>.

С содержательной точки зрения судьи, в соответствии с абз. 1 ст. 97 и абз. 3 ст. 20 Основного закона, связан не только формальным, но и материальным, сущностным законом, то есть всеми теми нормами права, которые обязательно разворачивают внешнее действие<sup>109</sup>. К ним относятся конституционное право,

<sup>100</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

<sup>101</sup> BVerfGE 111, 307 (325).

<sup>102</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5.

<sup>103</sup> BVerfGE 107, 395 (403); сравни также: W. Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 97 Rn. 3.

<sup>104</sup> BVerfGE 111, 307 (325); смотри так же: BVerfGE 18, 49 (59) und 19, 17 (31 f.), но в отношении связанности судьей правоположениями.

<sup>105</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 36; H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28.

<sup>106</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 35; nach C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5 enthalte Art. 97 Abs. 1 GG eine «[...] bereits in Art. 20 Abs. 3 verankerte Selbstverständlichkeit [...]».

<sup>107</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 35.

<sup>108</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 5 m.w.N.

<sup>109</sup> H. Sodan, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 28; BVerfGE 78, 214 (227).



формально принятые законы, правоположения/постановления<sup>110</sup>, автономные уставы, а также обычное право<sup>111</sup>. В этом контексте также требует к себе внимания судебная достройка/ доформирование права, точнее именно тот момент, когда в действующем законе имеется непреднамеренный/противоестественный пробел<sup>112</sup>. Судья, который применяет соответствующий закон, должен, следовательно, заполнить пробел, причем в свете демократической легитимации деятельности судьи достройка/дополнение права ограничивается тем, что принятые законодательным органом решения и оценки могут быть только дополнены и развиты<sup>113</sup>.

### 3 Личная независимость

Предметная/сущностная независимость судьи «[...] институционально обеспечивается гарантией личной независимости в абз. 2 ст. 97 Основного закона [...]»<sup>114</sup>, поскольку она может быть эффективно обеспечена и соблюдена только в том случае, если за принятое по сути решение судье не придется остерегаться личных последствий<sup>115</sup>. Тем не менее, личная независимость, которая гарантируется Конституцией, также не является безоговорочной<sup>116</sup>. В этом отношении предложение 1 абз. 2 ст. 97 Основного закона предусматривает, что занимающие штатные плановые должности против их воли могут быть навсегда или временно отстранены либо переведены на другую должность, или отправлены на пенсию только на основании судебного решения и только по причинам и в формах, определенных соответствующими законами. Этот принципиальный запрет перевода и увольнения против воли конкретного судьи имеет название «принцип несменяемости»<sup>117</sup>. Поскольку он обеспечивает эффективность предметной/сущностной независимости и, следовательно, полезен с точки зрения третьих лиц, то личная независимость «[...] не является собственной

<sup>110</sup> BVerfGE 18, 52 (59); 19, 17 (31).

<sup>111</sup> BVerfGE 78, 214 (227).

<sup>112</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13 m.w.N.

<sup>113</sup> C.D. Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13.

<sup>114</sup> BVerfGE 87, 68 (85) с указанием на: BVerfGE 4, 331 (346); 14, 56 (69), 26, 186 (198), 42, 206 (209). См. также: BVerfG (K), NJW 2016, 3711 (Rn. 15).

<sup>115</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu /Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 3, 41.

<sup>116</sup> BVerfG, NJW 1996, 2149 (2150).

<sup>117</sup> Deterbeck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 22; Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 41; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 11; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 54; H. Sodan, in: in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 70.

привилегией судьи [...]»<sup>118</sup>. Это дает возможность понять, что речь идет о цели, преследование которой выходит за рамки личности конкретного судьи.

Как вытекает из дословной формулировки ст. 97 Основного закона, личная защитная сфера, предусмотренная предложением 1 абзаца 2, охватывает только штатных и окончательно назначенных на плановые должности судей. Однако «окончательно» в этом случае не обязательно следует понимать как пожизненное назначение, поскольку этим понятием также охватываются и те судьи, которые работают только определенный период времени<sup>119</sup>, но не охватываются те, кто занимает должность добровольно/по совместительству<sup>120</sup> или только кратковременно<sup>121</sup>. Последний статус, в частности, касается судей на испытательном сроке, которые до их назначения на должность судей пожизненно не имеют полной защиты в соответствии с абз. 2 ст. 97 Основного закона и поэтому их не считают судьями на определенный срок<sup>122</sup>. Однако, поскольку они согласно абз. 1 ст. 97 Основного закона обладают предметной/сущностной независимостью, а эффективность их работы требует определенного уровня личной независимости<sup>123</sup>, гарантия, предоставляемая им, реализуется, исходя из абз. 5 ст. 33 Основного закона, где конституционный ранг подпадает под действие части «[...] традиционных принципов, характерных для должностного статуса законных судей [...]»<sup>124</sup> с соответствующей гарантией<sup>125, 126</sup>. Этот вывод убеждает уже тем, что судьи, которые не подпадают под действие предложения 1 абз. 2 ст. 97 Основного закона, также принимают предметные /сущностные решения, и этим, можно сказать не отличаются от судей, защищенных упомянутой нормой. Соответственно, согласно конституционным требованиям, всем судьям, независимо от вида и условий их назначения на должность, должен быть гарантирован минимум

<sup>118</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 41.

<sup>119</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 51; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42.

<sup>120</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42; differenzierend zwischen der Art des Hauptamtes *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 24 und *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 50.

<sup>121</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 26 f.

<sup>122</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 27; *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 42.

<sup>123</sup> *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43.

<sup>124</sup> BVerfGE 12, 81 (88).

<sup>125</sup> BVerfGE 12, 81 (88).

<sup>126</sup> *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 31 f.; сравни также в общем: BVerfGE 55, 372 (391 f.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10a; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Band III., Art. 97 Rn. 48, 60; *H. Sodan*, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 113 Rn. 73; на иной догматической позиции *Heusch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43, который в сфере действия абзаца 2 статьи 97 Основного закона не видит гарантии личной независимости, в том числе и судьи, как совокупности предпосылок, предусмотренных абз. 1 ст. 97 Основного закона.

личной независимости<sup>127</sup>. Ее объем насколько же велик, насколько того требует предметная/сущностная независимость<sup>128</sup>.

С точки зрения своего содержания предложение 1 абз. 2 ст. 97 Основного закона постулирует и оговорку о судьбе («только в силу судебного решения»), и законодательную оговорку («только по причинам и в форме, определенным законом») в отношении персональных мер против судьи<sup>129</sup>. Поэтому того, что определенная мера назначена судьей, недостаточно, если для ее применения отсутствует правовое основание. Требованию предложения 1 абз. 2 ст. 97 Основного закона также не будет отвечать только наличие правового основания для применения той или иной меры, если это происходит не по решению судьи. Кроме того, в этом абзаце дана конституционная оценка освобождению и переводу как чрезвычайным и крайним мерам в отношении судьи<sup>130</sup>.

Хотя предложение 1 абз. 2 ст. 97 Основного закона формально содержит понятия, свойственные законодательству о публичной службе (освобождение, постоянное или временное отстранение от должности, перевод на другую должность или уход в отставку), оно защищает отдельного судью не только от явно и формально определенных законодательством мер служебного характера со стороны начальника по службе, но и от любых мер, материальное содержание которых соответствует мерам служебного права<sup>131</sup>. В ином случае личную независимость судьи можно было бы обходить соответствующими формальными конструкциями<sup>132</sup>. Этот вывод имеет решающее значение для охраняемой сферы личной независимости судей. Предложение 1 абз. 2 ст. 97 Основного закона запрещает применение любой меры, которая касается деятельности судей, наряду с перечисленными в самой норме формальными мерами служебного права, потому что их можно применять только по решению судов на таких основаниях и в таком порядке, которые предусмотрены законом<sup>133</sup>. Следовательно, назначенный пожизненно судья, занимающий штатную должность соответствующего суда, даже оказавшись непригодным для решения возложенной на него задачи, не может быть отстранен судом, если и пока он не дал согласие на свой перевод и такой перевод не осуществлен в предусмотренной законом форме<sup>134</sup>. Какие-либо

<sup>127</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 43; BVerfGE 26, 186 (198 f.) и BVerfGE 14, 56 (70) в отношении судей на общественных началах; сравни также: BVerfGE 42, 206 (209); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10a.

<sup>128</sup> BVerfGE 14, 56 (70).

<sup>129</sup> *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 44.

<sup>130</sup> Сравни: *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 44.

<sup>131</sup> BVerfGE 17, 252 (259).

<sup>132</sup> Сравни: BVerfGE 17, 252 (259).

<sup>133</sup> BVerfGE 17, 252 (259); смотри так же: *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 45.

<sup>134</sup> BVerfGE 17, 252 (260).

конкретные меры служебного надзора, предпринятые в отношении судьи, не могут недопустимо вмешиваться в его судебскую должность, а следовательно, и в его личную независимость<sup>135</sup>. Кроме того, согласно предложению 2 абз. 2 ст. 97 Основного закона законодателью простым законом дополнительно предоставляется возможность устанавливать возрастные ограничения, то есть определять возраст, с которого судьи, назначенные пожизненно, выходят в отставку. В соответствии с предложением 2 абз. 1 § 48 Закона о статусе судей (DRiG) это обычно происходит после достижения 67-летнего возраста (регулярная возрастная граница)<sup>136</sup>. Аналогичные нормы содержат и законы о судьях немецких земель, например § 11 Закона о статусе судей Нижней Саксонии (NRiG)<sup>137</sup>.

Исключение из принципа несменяемости судей закреплено в предложении 3 абз. 2 ст. 97 Основного закона, оно касается изменения в структуре судов или судебных округов. В этом случае судей можно как перевести в другой суд, так и освободить от должности, но только при условии сохранения выплаты полного денежного содержания. Однако такие изменения в организационной структуре судебной власти требуют законодательного регулирования<sup>138</sup>. В абз. 2 и 5 ст. 98 Основного закона предусмотрены дополнительные исключения<sup>139</sup>, а именно, если судья, исполняя должностные обязанности или вне этого, нарушает принципы Основного закона или конституционного строя определенной земли.

#### 4 Конституционная гарантия предоставления правовой защиты

Как уже отмечалось в начале<sup>140</sup>, гарантированная Конституцией независимость судьи должна рассматриваться в сочетании с конституционно-правовой гарантией эффективной правовой защиты.

Закрепленная конституционно-правовыми нормами гарантия эффективной правовой защиты является важной частью правового государства<sup>141</sup>. Содержательно она охватывает «[...] доступ к судам, проверку предмета спора в пределах формального производства, а также обязательное

<sup>135</sup> Сравни: BVerfGE 38, 139 (151 f.).

<sup>136</sup> Различные возрастные границы в зависимости от года рождения соответствующего судьи устанавливаются в абзацах 3 и 4 § 48 НГемецкого закона о судьях (DRiG).

<sup>137</sup> Niedersächsisches Richtergesetz (NRiG), v. 21.01.2010, zuletzt geänd. d. Gesetz v. 11.12.2018 (Nds. GVBl. S. 307).

<sup>138</sup> Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 49; BVerfGE 2, 307 (319) о изменении судебных округов; BVerfGE 27, 18 (34).

<sup>139</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 12.

<sup>140</sup> См. выше п. I).

<sup>141</sup> BVerfGE 107, 395 (401) с указанием на: BVerfGE 88, 118 (123); 96, 27 (39 f.).

судебное решение»<sup>142</sup>. При этом гарантируется не только сама возможность обращения в суд, а и предоставляется предметная претензия гражданину, то есть право на результативный судебный контроль, как этого требует гарантия эффективной правовой защиты<sup>143</sup>. Это основано на идее о том, что эффективность используемой правовой защиты требует рациональной процедуры осуществления судебной защиты, а не только доступа к суду как такового. Тем не менее, оба направления обеспечения неотделимы один от другого, поскольку без доступа к суду использование правовой защиты трудно представить. Однако конституционные нормы не гарантируют право на проверку решения суда первой инстанции, ведь гарантируется только однократное судебное решение<sup>144</sup>, в то же время дальнейший судебный пересмотр решения суда первой инстанции конституционными нормами не требуется<sup>145</sup>.

Гарантия эффективной правовой защиты прямо предусмотрена не только абз. 4 ст. 19 Основного закона, а и общим правом, которое гарантирует правосудие<sup>146</sup>, что следует из принципа правового государства в связи с закреплением основных прав, особенно беря во внимание абз. 1 ст. 2 Основного закона<sup>147</sup>.

Основной предпосылкой обеспечения эффективной правовой защиты является предметная/сущностная и личная независимость судей<sup>148</sup>, поскольку судья только будучи независимым в принятии решений, может удовлетворить эти требования эффективной правовой защиты<sup>149</sup>. Для полноценного и всестороннего обеспечения эффективного судебного контроля в абстрактном его понимании требуется, чтобы при его осуществлении судья был беспристрастным и свободным от инструкций и указаний. Для того, чтобы разъяснить и детализировать это требование, следует опять обратиться к примеру административно-судебной правовой защиты, приведенному в начале. Для того, чтобы судебный контроль государственных мероприятий был эффективным, нужно, чтобы судья как сторонний наблюдатель и «третья сторона» провел проверку, но она оказалась бы под вопросом, как только он, даже абстрактно, находился бы под влиянием того государственного органа, мероприятия которого являются предметом его контроля.

<sup>142</sup> BVerfGE 107, 395 (401).

<sup>143</sup> BVerfG NJW 1976, 141; сравни также: BVerfGE 88, 118 (123).

<sup>144</sup> BVerfGE 96, 27 (39) с дальнейшими указаниями.

<sup>145</sup> BVerfGE 107, 395 (402).

<sup>146</sup> *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 143.

<sup>147</sup> BVerfGE 107, 395 (401) с указанием на: BVerfGE 93, 99 (107).

<sup>148</sup> *Hensch*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 16; смотри также: *Papier*, NJW 1990, 8 (9) в отношении гарантии правосудия со стороны государства.

<sup>149</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089 (1089); *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, 88. EL Aug. 2019, GG, Art. 97 Rn. 2 с указанием на: *Papier*, NJW 1990, 8 (9 f.).

## 5 Итоговое замечание

Гарантированная конституционно-правовыми нормами независимость судей является одной из основных составляющих правового государства. Хотя, исходя из формулировки статьи 97 Основного закона, на первый взгляд может показаться, что она касается личности отдельного судьи – адресата гарантии, но ее действие распространяется за границы сферы внутрисудебных отношений и достигает каждой точки, в которой происходит государственное сосуществование и соответствующее взаимодействие. Поэтому она гарантируется не только самим судьям при исполнении ими своих полномочий, а служит интересам каждой личности, которая ищет правовой защиты, и гарантирует ей судебное рассмотрение ходатайства без вмешательства и дачи любых указаний, приказов или распоряжений с любой стороны. Следовательно, она имеет решающее значение. Итак, независимость судей в конституционной структуре является не просто следствием определенных государственных принципов, а одной из важнейших составляющих взаимодействия правового государства, разделения власти и правовой защиты. Ее существование гарантирует, что эти три составляющие конституции могут эффективно действовать и взаимодействовать между собой. Она является связующим звеном, которое объединяет соблюдение всех этих ключевых требований правового государства и структурных принципов в абстрактной персоне должности судьи. Гарантированная конституционно-правовыми нормами независимость судей является не только функцией судьи, ее наличие является имманентным, внутренне присущим признаком последней.

## Основные требования относительно независимости судей в правовом государстве

*Др. Ольга Косилова / Екатерина Кравченко /  
Проф. д-р Роман Мельник*

Украина является демократическим, правовым государством. Именно так закреплено в ст. 1 Конституции Украины (далее КУ)<sup>1</sup>. Одним из фундаментальных принципов демократического общества является независимость судов и судей. Его значение как предпосылки верховенства права и основополагающей гарантии справедливого суда является общепризнанным. Исполнительная и законодательная ветви власти должны гарантировать независимость судей и воздерживаться от шагов, которые могли бы поставить ее под угрозу<sup>2</sup>.

Функционирование самостоятельной и авторитетной судебной власти предполагает наличие независимости судей, которая, в свою очередь, способна обеспечить объективное правосудие и предоставить эффективную защиту прав и свобод человека и гражданина<sup>3</sup>. Независимость судебной власти имеет два уровня – внешний (объективный) и внутренний (личностный).

---

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>2</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (дата обращения 30.03.2020).

<sup>3</sup> Рачинський А.П., Огілько А.В. Незалежність суддів як передумова функціонування самостійної й авторитетної судової влади, що відповідає європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини. *Вісник НАДУ при Президентіві України*. 2016. №1. С. 72.

## 1 Внешняя независимость

Внешняя независимость не является прерогативой или привилегией, предоставляемой для удовлетворения собственных интересов судей. Она существует в интересах верховенства права для осуществления беспристрастного правосудия. Независимость судей следует понимать, как гарантию свободы, уважения к правам человека и беспристрастного правоприменения. Беспристрастность и независимость судей необходимы для обеспечения равенства сторон перед судом<sup>4</sup>.

### 1.1 Внешний уровень

Внешний уровень, в свою очередь, делится на политическую и социально-экономическую (материальную) независимость.

Уровень политической независимости определяется общественно-политическими условиями, в которых осуществляется деятельность суда. При этом важно отметить, что реальная независимость суда абсолютно исключает воздействие политических партий, общественных движений и их лидеров на судебную власть. Политическая независимость судей закреплена в ст. 126, 127 Конституции Украины, п. 2 ч. 1 ст. 6, и ч. 1 ст. 48 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей»<sup>5</sup>. В данных законодательных актах установлено, что: «Судья не может принадлежать к политическим партиям, профсоюзам, принимать участие в любой политической деятельности, иметь представительский мандат, занимать любые другие оплачиваемые должности, выполнять иную оплачиваемую работу, кроме научной, преподавательской или творческой»<sup>6</sup>.

Социально-экономическая (материальная) независимость заключается в обеспечении государством финансирования и надлежащих условий для функционирования судов и деятельности судей.

### 1.2 Внутренний уровень

Внутренний уровень независимости судебной власти обуславливает, с одной стороны, собственно деятельность суда по осуществлению правосудия, а с другой – уставные гарантии судей. Независимость судьи гарантируется Конституцией Украины и законами Украины. В частности, Законом Украины «О

---

<sup>4</sup> Рекомендация CM/Rec (2010) 12 Комитета Министров Рад Европы державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (дата обращения 30.03.2020).

<sup>5</sup> Про судостроїть і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>6</sup> Ч. 1 ст. 127 Конституції України. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.



судоустройстве и статусе судей», действующим гражданским процессуальным, уголовным процессуальным и другим законодательством, предусматривается ответственность за вмешательство в деятельность суда, в тайну совещательной комнаты, нарушение конфиденциальности (части) судебной деятельности и запрещается требовать ее разглашения. Судья к тому же не обязан давать какие-либо объяснения по существу дел, находящихся в его производстве, кроме случаев, установленных законом (ч. 3 ст. 48 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»<sup>7</sup>).

Организация и реализация судебной власти в Украине регулируются законами, принятыми на основании и в развитие конституционных положений. К такому относятся законы Украины «О судоустройстве и статусе судей» от 2 июня 2016 года, «О доступе к судебным решениям» от 22 декабря 2005 года<sup>8</sup>, «О Высшем совете правосудия» от 21 декабря 2016 года<sup>9</sup>, «О Высшем антикоррупционном суде» от 7 июня 2018 года<sup>10</sup>, «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно недопущения злоупотреблений правом на обжалование» от 13 мая 2010 года<sup>11</sup>, «О гарантиях государства относительно выполнения судебных решений» от 5 июня 2012 года<sup>12</sup>, «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» от 23 февраля 2006 года<sup>13</sup>, «О государственной защите работников суда и правоохранительных органов» от 23 декабря 1993 года<sup>14</sup> и др.

Принцип независимости суда закреплен в международно-правовых документах, в частности, таких, как: Всеобщая декларация прав человека (Статья

<sup>7</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>8</sup> Про доступ до судових рішень: Закон України від 22 грудня 2005 року № 3262-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 15. ст.128.

<sup>9</sup> Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 7-8. ст. 50.

<sup>10</sup> Про Вищий антикорупційний суд: Закон України від 07 червня 2018 року № 2447-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 24. ст. 212.

<sup>11</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження: Закон України від 13 травня 2010 року № 2181-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 26. ст. 272.

<sup>12</sup> Про гарантії держави щодо виконання судових рішень: Закон України від 05 червня 2012 року № 4901-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 17. ст. 158.

<sup>13</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. ст. 260.

<sup>14</sup> Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3781-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3781-12#Text> (дата обращения: 05.04.2020).

10)<sup>15</sup>, Конвенция о защите прав человека и основных свобод (статья 6)<sup>16</sup>, Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 14)<sup>17</sup>, Монреальская универсальная декларация о независимости правосудия<sup>18</sup>, Основные принципы независимости судебных органов<sup>19</sup>, Европейская хартия о законе «О статусе судей»<sup>20</sup>, Пояснительная записка к Европейской хартии о законе «О статусе судей»<sup>21</sup>, Общая (универсальная) хартия судьбы<sup>22</sup>, Пекинские положения о принципах независимости судей юридической ассоциации стран азиатского и тихоокеанского региона (LAWASIA)<sup>23</sup>, Вывод №1 (2001) Консультативного совета европейских судей для Комитета Министров Совета Европы о стандартах независимости судебных органов и несменяемости судей<sup>24</sup>, Бангалорские принципы деятельности судьи<sup>25</sup>, Рекомендация СМ / Рес (2010) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно судей: независимость, эффективность и обязанности<sup>26</sup> и другие.

Международная практика выработала принципы, на которых основывается независимость судебной системы. К ним относятся следующие: 1) судьи должны быть независимыми (это означает, что их решения могут пересматриваться только посредством применения специальных судебных процедур, ука-

---

<sup>15</sup> Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>16</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата обращения 04.04.2020).

<sup>17</sup> Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 19 жовтня 1973 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>18</sup> Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя від 01.01.1983 року. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/mu83323?an=2> (дата обращения 03.03.2020).

<sup>19</sup> Основні принципи незалежності судових органів від 13 грудня 1985 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_201#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>20</sup> Європейська хартія про закон «Про статус суддів» від 10.07.1998 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_236#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>21</sup> Пояснювальна записка до Європейської хартії про закон «Про статус суддів» від 10 липня 1998 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a46#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a46#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>22</sup> Загальна (Універсальна) хартія судді від 17 листопада 1999 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j63#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j63#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>23</sup> Пекинські тези щодо принципів незалежності суддів юридичної асоціації країн азійського та тихоокеанського регіону (LAWASIA) від 1 січня 1995 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j78#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j78#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>24</sup> Висновок №1 (2001) Консультативної ради європейських суддів для Комітету Міністрів ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів від 01 січня 2001 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a52#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a52#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>25</sup> Бангалорські принципи діяльності судді від 19 травня 2006 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67#Text) (дата обращения 03.03.2020).

<sup>26</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (дата обращения 30.03.2020).

занных в законе, а судьям гарантируется нахождение на должности до достижения определенного возраста или до истечения установленного срока); 2) судьи должны иметь достаточные полномочия для выполнения своих обязанностей; 3) судья должен принимать каждое решение без каких-либо прямых или косвенных ограничений, влияния, давления, угроз или вмешательства; 4) судьи не обязаны докладывать об обстоятельствах дел лицам, которые не имеют отношения к судопроизводству; 5) судьи должны делать фактические выводы из имеющихся доказательств, соблюдать процедуры ведения заседания и заслушивания свидетелей, правильно применять закон и выносить окончательное решение; 6) дело нельзя отозвать от определенного судьи, не имея на то достаточных оснований, например, таких, как болезнь или конфликт интересов; 7) распределение дел между судьями не должно происходить по желанию лиц, которые могут быть заинтересованы в его решении; 8) критериями назначения судей должны быть высокая квалификация, безупречная репутация, преданность идеалам правосудия; порядок отбора судей должен быть четко определен; 9) должен существовать справедливый порядок дисциплинарного производства в отношении судей<sup>27</sup>.

## 2 Материальная (служебная) независимость судьи

Независимость судьи означает право и обязанность судьи свободно, законно и справедливо обеспечивать рассмотрение дела по внутреннему убеждению и на основании закона без всякого неправомерного влияния в целях обеспечения эффективной защиты прав человека и интересов государства<sup>28</sup>. Иными словами, независимость судей заключается в их праве при осуществлении правосудия быть свободными от любого ограничения, влияния, давления, угроз, вмешательства, в частности, со стороны должностных лиц органов государственной власти<sup>29</sup>.

Проанализируем нормативные основания независимости судей в Украине. Как уже отмечалось выше, независимость и неприкосновенность судей гарантируется статьями 126 и 129 Конституции Украины, в которых закреплено, что

<sup>27</sup> Струс-Духнич Т. В. Роль і місце судової влади у правовій державі / Т. В. Струс-Духнич. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2011. Вип. 6. С. 172 URL:[http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp\\_2011\\_6\\_40](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzlubp_2011_6_40) (дата обращения 30.03.2020).

<sup>28</sup> Галайденко Т.В. Гарантії незалежності суддів та їх реалізація в сучасній Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Одеса, 2013. С. 15.

<sup>29</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учб. л-ри, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата обращения 30.03.2020).

судьи при осуществлении правосудия независимы и подчиняются только закону<sup>30</sup>. Важным элементом лично независимости судьи является бессрочность вступления в должность и запрет влияния на судью любым способом<sup>31</sup>.

Законом Украины «О судоустройстве и статусе судей» определены условия выполнения профессиональных обязанностей судей и правовые средства, с помощью которых обеспечивается реализация конституционных гарантий самостоятельности судов и независимости судей. В частности, п.1 ст. 6 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» закрепляет принцип независимости судей от третьих лиц: «Осуществляя правосудие, суды независимы от любого незаконного влияния. Суды осуществляют правосудие на основании Конституции и законов Украины и на принципах верховенства права»<sup>32</sup>.

В соответствии с п. 5 ст. 48 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», независимость судьи обеспечивается: 1) особым порядком назначения, привлечения к ответственности, освобождения от должности и прекращения полномочий; 2) неприкосновенностью и иммунитетом судьи; 3) гарантией незыблемости на должности судьи; 4) порядком осуществления правосудия, определенным процессуальным законом, тайной принятия судебного решения; 5) запретом вмешательства в осуществление правосудия; 6) ответственностью за неуважение к суду или судье; 7) отдельным порядком финансирования и организационного обеспечения деятельности судов, установленным законом; 8) надлежащим материальным и социальным обеспечением судьи; 9) функционированием органов судейского управления и самоуправления; 10) установленными законом средствами обеспечения личной безопасности судьи, членов его семьи, имущества, а также другими средствами их правовой защиты; 11) правом судьи на отставку<sup>33</sup>.

Это означает запрет любых действий в отношении судей независимо от формы их проявления со стороны государственных органов, органов местного самоуправления, их должностных и служебных лиц, учреждений, организаций, граждан и их объединений, юридических лиц с целью помешать выполнению судьями профессиональных обязанностей или склонить их к вынесению неправосудного решения. Запрет влияния на судей любым способом распространяется на все время занятия ими должности судьи<sup>34</sup>.

Для выделения личной сферы применения гарантии независимости необходимо обратиться к определению понятия «судья». Итак, судьей является

---

<sup>30</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>31</sup> Там же.

<sup>32</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>33</sup> Там же.

<sup>34</sup> Про незалежність судової влади : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 8 від 13 червня 2007 р. *Вісн. Верхов. Суду України*. 2007. № 6.

гражданин Украины, который в соответствии с Конституцией Украины и Законом Украины «О судостроительстве и статусе судей» назначен судьей, занимает штатную судейскую должность в одном из судов Украины и осуществляет правосудие на профессиональной основе (ст. 52 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей»<sup>35</sup>).

Предметная область применения гарантии независимости судьи касается только выполнения профессиональных обязанностей судьи. Для этого нужно выяснить, что понимают под профессиональной деятельностью судьи. Считается, что независимость судей является легитимной только при осуществлении ими судейской профессиональной деятельности. Понятие «независимость» при определении составляющих статуса судей законодатель использует только при характеристике полномочий судьи в процессе судопроизводства, то есть когда речь идет о процессуальном аспекте судейской деятельности. Вне пределов суда, судебного рассмотрения дела принцип независимости судьи не действует<sup>36</sup>, хотя попытки посягнуть на нее могут предприниматься и вне судебного разбирательства<sup>37</sup>.

Так, в ст. 129 Конституции Украины<sup>38</sup> закреплено, что судья, осуществляя правосудие, является зависимым и руководствуется верховенством права. Нужно отметить, что в предыдущей редакции этой статьи Конституции было указано, что судьи подчиняются только закону. Считаем, что предыдущее формулировка была вполне логичной и обоснованной, как является надлежащей и соответствующая формулировка немецкой Конституции. Одна из важнейших гарантий независимости судей закреплена в положении части 2 статьи 126 Конституции Украины, предусматривающей, что запрещается воздействие на судью любым способом. Часть первая статьи 48 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» закрепляет, что судья в своей деятельности по осуществлению правосудия является независимым от любого незаконного влияния, давления или вмешательства. В ст. 6 указанного Закона установлен запрет на вмешательство в осуществление правосудия, влияние на судей любым способом, проявление неуважения к судьям, а также на сбор, хранение, использование и распространение информации в любой форме с целью нанесения вреда авторитету судей или влияния на беспристрастность суда.

Указанные положения следует понимать как обеспечение независимости судей в связи с осуществлением ими правосудия и запрет на предпринятие

<sup>35</sup> Про судостроїть і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>36</sup> Шульгач Н. М. Поняття та сутність принципу незалежності суддів. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. 2011. Вип. 6. С. 228. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzclubp\\_2011\\_6\\_53](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzclubp_2011_6_53) (дата обращения 30.03.2020).

<sup>37</sup> Галайденко Т.В. Гарантії незалежності суддів та їх реалізація в сучасній Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Одеса, 2013. С. 8.

<sup>38</sup> Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141. (із останніми змінами від 03.09.2019).

любых действий в отношении судей независимо от формы их проявления со стороны государственных органов, учреждений и организаций, органов местного самоуправления, их должностных и служебных лиц, физических и юридических лиц с целью помешать выполнению судьями профессиональных обязанностей или склонить их к вынесению неправосудного решения и т.п.<sup>39</sup>.

Как разъяснил Пленум Верховного Суда Украины в пункте 11 Постановления Пленума Верховного Суда Украины « О независимости судебной власти» № 8 от 13.06.2007, под вмешательством в деятельность судебных органов следует понимать влияние на судью в любой форме (просьба, требование, указание, угроза, подкуп, насилие, критика судьи в средствах массовой информации и т.п.) со стороны любого лица с целью склонить его к совершению или несовершению конкретных процессуальных действий, или к принятию определенного судебного решения. При этом не имеет значения, с помощью каких средств, на какой стадии процесса и в деятельность суда какой инстанции происходит вмешательство<sup>40</sup>. Влияние на судью может осуществляться и через третьих лиц – близких родственников, коллег по работе и тому подобное. Запрет на влияние на судей любым способом распространяется на все время занятия ими должности судьи.

Судья осуществляет правосудие на основании Конституции и законов Украины, руководствуясь при этом принципом верховенства права. Как уже отмечалось, вмешательство в деятельность судьи по осуществлению правосудия запрещается и влечет за собой ответственность, установленную законом (ч. 2 ст. 48 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»<sup>41</sup>). Такая ответственность, в частности, предусматривается Уголовным кодексом Украины (далее – УК Украины)<sup>42</sup>. Так, согласно ч. 1 ст. 376 УК Украины, вмешательство в любой форме в деятельность судьи с целью помешать выполнению им служебных обязанностей или добиться вынесения неправосудного решения влечет за собой наказание в виде штрафа до пятидесяти необлагаемых минимумов доходов граждан или исправительных работ на срок до двух лет, или арестом на срок до шести месяцев. Согласно ч. 2 ст. 376 УК Украины, за те же действия, если они помешали предотвращению преступления или задержанию лица, его совершившего, или совершены лицом с использованием своего служебного положения, лицо подлежит наказанию в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на

<sup>39</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата обращения 30.03.2020).

<sup>40</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 року № 8 «Про незалежність судової влади». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07> (дата обращения 30.03.2020).

<sup>41</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>42</sup> Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25-26. ст.131. (із останніми змінами від 17.03.2020).

срок до пяти лет, или ареста на срок до шести месяцев, либо лишения свободы на срок до трех лет.

Статьей 377 УК Украины предусмотрена уголовная ответственность за угрозу или насилие в отношении судьи, а именно угроза убийством, насилием или уничтожением, или повреждением имущества в отношении судьи, в связи с его деятельностью по осуществлению правосудия влечет за собой наказание в виде исправительных работ на срок до двух лет или ареста на срок до шести месяцев, или ограничения свободы на срок до трех лет, или лишения свободы на тот же срок. Часть 2 ст. 377 УК Украины предусматривает, что за умышленное нанесение судье и/или его близким родственникам побоев, легких или средней тяжести телесных повреждений в связи с их деятельностью по осуществлению правосудия наступает наказание в виде ограничения свободы на срок до пяти лет или лишения свободы на срок до шести лет. Тогда как за умышленное причинение судье или его близким родственникам тяжкого телесного повреждения в связи с их деятельностью предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от пяти до двенадцати лет (ч. 3 ст. 377 УК Украины)<sup>43</sup>.

Судья и его деятельность должны быть независимыми от общества. Так, согласно ч. 6 ст. 48 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», органы государственной власти, органы местного самоуправления, их должностные и служебные лица, а также физические и юридические лица и их объединения обязаны уважать независимость судьи и не посягать на нее. В то же время судьи не могут эффективно осуществлять правосудие без доверия общества, ведь они являются его частью и служат ему. Им следует понимать ожидания общественности от судебной системы и жалобы на ее функционирование. Этому могло бы способствовать наличие постоянных механизмов получения такой информации, созданных советами судей или другими независимыми органами (п. 20 Рекомендаций Комитета Министров Совета Европы)<sup>44</sup>.

Составляющими независимости судьи являются неприкосновенность и иммунитет судьи. Неприкосновенность судей является одним из элементов их статуса. Она не считается личной привилегией, имея публично-правовое назначение – обеспечение осуществления правосудия беспристрастным, объективным и справедливым судом<sup>45</sup>.

Неприкосновенность судьи гарантируется ст. 126 Конституции Украины, где указано, что без согласия Высшего совета правосудия судья не может быть

<sup>43</sup> Там же.

<sup>44</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (дата обращения 30.03.2020).

<sup>45</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата обращения 30.03.2020).

задержан или содержаться под стражей либо арестом до вынесения обвинительного приговора судом, за исключением задержания судьи во время или сразу же после совершения тяжкого или особо тяжкого преступления. Важной гарантией независимости судьи следует признать закрепление положения о том, что судья не может быть привлечен к ответственности за принятое им судебное решение, за исключением совершения преступления или дисциплинарного проступка (ст. 126 УК Украины, абз. 2 ч. 1 ст. 49 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судьей»). Неприкосновенность и иммунитет судьи конкретизируются в ст. 49 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судьей». Так, судья не может быть подвергнут приводу или принудительно доставлен в любой орган или учреждение, кроме суда, за исключением случаев, указанных в части второй статьи 49 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судьей» (ч. 3 ст. 49 Закона), а о подозрении в совершении уголовного преступления судьи могут сообщить только Генеральный прокурор или его заместителем (ч. 4 ст. 49 Закона)<sup>46</sup>. Судья может быть временно отстранен от осуществления правосудия на срок не более двух месяцев в связи с привлечением к уголовной ответственности на основании мотивированного ходатайства Генерального прокурора или его заместителя в порядке, установленном законом. Решение о временном отстранении судьи от осуществления правосудия принимается Высшим советом правосудия.

Также отмечается, что независимость суде при рассмотрении конкретных судебных дел должна обеспечиваться и в самом суде. В связи с этим недопустимыми являются:

- непроцессуальное влияние на судью со стороны других судьей, в том числе, занимающих административные должности в судах;
- установление контроля над осуществлением судопроизводства судьей, вызов его в вышестоящий суд и требование отчета или объяснений о конкретных рассмотренных делах;
- истребование от судьи любой информации или справок о ходе и перспективах рассмотрения дела, другой информации, которая может предоставляться только сторонам по делу и другим лицам, определенным процессуальным законодательством, а также сведений, составляющих тайну совещательной комнаты;
- принятие судьей от любых лиц и рассмотрение им заявлений, жалоб и других документов вне установленного законом процессуального порядка<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>47</sup> Телішко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата обращения 30.03.2020).



Итак, исходя из того, что независимость судей является основной предпосылкой их объективности и беспристрастности, судья не подотчетен никому при осуществлении правосудия<sup>48</sup>.

### 3 Личная независимость судьи

Личная независимость судьи также проявляется в его несменяемости. Это означает, что судье гарантируется то, что он может быть освобожден или его полномочия могут быть прекращены только в соответствии с предусмотренным законом основаниями. Согласно абз. 4 ст. 126 Конституции Украины, судья занимает должность бессрочно. Это положение уточняет ч. 1 ст. 53 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»<sup>49</sup> от 2 июня 2016 года, гарантируя судьям нахождение в должности до достижения ими шестидесяти пяти лет. Исключения предусмотрены в случаях освобождения судьи от должности или прекращения его полномочий в соответствии с законодательством.

Судья может быть освобожден от должности исключительно на основаниях, предусмотренных ч. 6 ст. 126 Конституции Украины. Такими являются:

- 1) неспособность выполнять полномочия по состоянию здоровья;
- 2) нарушения судьей требований относительно несовместимости;
- 3) совершение существенного дисциплинарного проступка, грубое или систематическое пренебрежение обязанностями, несовместимое со статусом судьи или выявление его несоответствия занимаемой должности;
- 4) подача заявления об отставке или об освобождении от должности по собственному желанию;
- 5) несогласие на перевод в другой суд в случае ликвидации или реорганизации суда, в котором судья занимает должность;
- 6) нарушение обязанности подтвердить законность источника происхождения имущества.

Более подробно вопрос освобождения судьи от должности регулируется разделом VII Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»<sup>50</sup>. Согласно ч.2 ст. 112 этого Закона решение об освобождении судьи от должности принимает Высший совет правосудия в порядке, установленном Законом Украины «О Высшем совете правосудия».

Полномочия судьи прекращаются исключительно на основаниях, предусмотренных ч. 7 ст. 126 Конституции Украины, а именно в случае:

- 1) достижения судьей шестидесяти пяти лет;

---

<sup>48</sup> Теліпко В. Е. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Наук.-практ. коментар / за ред. В.В. Молдована. Київ: Центр учбової літератури, 2011. URL: <https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3> (дата обращения 30.03.2020).

<sup>49</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>50</sup> Там же.

- 2) прекращения гражданства Украины или получения гражданства другого государства;
- 3) вступления в законную силу решения суда о признании судьи безвестно отсутствующим или объявления умершим, признания недееспособным или ограниченно дееспособным;
- 4) смерти судьи;
- 5) вступления в законную силу обвинительного приговора в отношении судьи за совершение им преступления.

Вопрос о прекращении полномочий судьи детализирован в главе 2 раздела VII Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей».

Несменяемость судьи также закреплена ч. 2 ст. 53 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», в которой предусмотрено, что судья не может быть переведен в другой суд без его согласия. Исключение из этого правила составляют два случая: 1) перевод в связи с реорганизацией, ликвидацией или прекращением работы суда; 2) перевод в порядке дисциплинарного взыскания.

Особенности перевода судьи в другой суд раскрыты в ст. 82 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей». Так, судья может быть переведен, в том числе временно путем командировки, на должность судьи в другой суд Высшим советом правосудия в порядке, предусмотренном законом. Такой перевод осуществляется на основании и в пределах рекомендации Высшей квалификационной комиссии судей Украины, внесенной по результатам конкурса на замещение вакантной должности судьи. Без конкурса перевода судьи на соответствующую должность в другой суд того же или более низкого уровня может осуществляться только в случаях реорганизации, ликвидации или прекращения работы суда, в котором такое лицо занимает должность судьи. В части 4 ст. 82 этого Закона отдельно отмечается о возможности перевода судьи в другой суд в порядке дисциплинарной ответственности, осуществляемого на основании представления органа, принявшего решение о привлечении судьи к дисциплинарной ответственности.

Одним из важных признаков личной независимости судей считается финансовая независимость, то есть материальное обеспечение судьи.

Вознаграждение судьи регулируется Законом Украины «О судоустройстве и статусе судей» и состоит из должностного оклада и доплат за: 1) выслугу лет; 2) нахождение на административной должности в суде; 3) научную степень; 4) работу, предусматривающую доступ к государственной тайне (ст. 135 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей») <sup>51</sup>.

Базовый размер должностного оклада судьи, предусмотренный ч. 3 ст. 135 указанного Закона, зависит от того, в суде какого уровня работает судья и составляет:

---

<sup>51</sup> Про судоустрій і статус судів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

- 1) для судьи местного суда – 30 прожиточных минимумов для работоспособных лиц, размер которого установлен на 1 января календарного года<sup>52</sup>;
- 2) для судьи апелляционного суда, высшего специализированного суда – 50 прожиточных минимумов для работоспособных лиц;
- 3) для судьи Верховного Суда – 55 прожиточных минимумов для работоспособных лиц.

Дополнительно к базовому размеру должностного оклада применяются региональные коэффициенты (ч.4 ст. 135 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»), доплата за выслугу лет (ч. 5 ст. 135 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей») и др.

Государство обеспечивает судьям социальные гарантии. Так, в соответствии со ст. 136 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», судьям предоставляется удлиненный ежегодный оплачиваемый отпуск продолжительностью 30 рабочих дней с выплатой, кроме судейского вознаграждения, помощи на оздоровление в размере должностного оклада. К тому же судьям со стажем работы более 10 лет предоставляется дополнительный оплачиваемый отпуск продолжительностью 15 календарных дней.

После назначения на должность судья, нуждающийся в улучшении жилищных условий, органами местного самоуправления обеспечивается служебным жильем по месту нахождения суда в порядке, определенном Кабинетом Министров Украины.

Кроме этого, судьям предоставляется пакет социальной помощи при выходе в отставку (ст.140, 142-145 Закона). Судья и члены его семьи имеют право на бесплатное медицинское обслуживание в государственных учреждениях здравоохранения, пенсию или денежное содержание судьи в отставке.

В пункте 13 постановления Пленума Верховного Суда Украины отмечается, что важными гарантиями независимости судей являются обеспечение их личной безопасности и их государственная защита. В случае, если при осуществлении правосудия или в связи с ним возникают обстоятельства, свидетельствующие о наличии опасности для жизни, здоровья, жилья или имущества судьи или его близких родственников, в соответствии с Законом Украины «О государственной защите работников суда и правоохранительных органов», председатели судов обязаны принимать меры для беспрепятственного осуществления правосудия, контролировать реализацию органами внутренних дел таких мер безопасности, как осуществление личной охраны этих лиц, их жилья, имущества, выдача оружия или средств индивидуальной защиты и т.д.<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> По состоянию на 01.01.2021 прожиточный минимум для трудоспособных лиц составляет – 2 102 грн. (прибл. € 62).

<sup>53</sup> Постановление Пленума Верховного Суда Украины «Про незалежність судової влади» від 13.06.2007. N 8. *Адвокат*. 2007. № 06. С. 57.

Часть 7 ст. 48 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» предусматривает, что при принятии новых законов или внесении изменений в действующие не допускается сужение содержания и объема определенных Конституцией Украины и законом гарантий независимости судьи (ст. 48 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»), то есть не допускается снижение уровня гарантий судей.

Однако, по-видимому, несмотря на нормативно закрепленные гарантии судейской деятельности, ограничения права на материальное обеспечение судей и судейского аппарата все же допускаются. Так, 13 апреля 2020 года Верховная Рада Украины приняла Закон № 553-IX, которым дополнила Закон «О Государственном бюджете Украины на 2020 год»<sup>54</sup> статьей 29, а именно: «Установить, что в апреле 2020 года и на период до завершения месяца, в котором отменяется карантин, установленный Кабинетом Министров Украины с целью предотвращения распространения на территории Украины острой респираторной болезни COVID-19, вызванной коронавирусом SARS-CoV-2, заработная плата, денежное обеспечение работников, служебных и должностных лиц бюджетных учреждений (включая органы государственной власти и другие государственные органы, органы местного самоуправления) начисляются в размере, не превышающем 10 размеров минимальной заработной платы, установленной на 1 января 2020 года».

Судьи Верховного Суда Украины обратились в Конституционный Суд Украины (далее – КС) для проверки законности введения ограничений на время карантина<sup>55</sup>. Согласно установленным ограничениям, размер заработной платы не может превышать 10 минимальных зарплат (47 230 гривен). В своем представлении судьи отмечают, что среди всех таких работников именно для судей снижение уровня материального обеспечения является наиболее ощутимым. В то же время уровень зарплат представителей органов законодательной и исполнительной власти не претерпел существенных изменений<sup>56</sup>. В это же время большинству государственных служащих из-за карантина зарплаты были уменьшены на 5–30 процентов, у судей – на 50–85 процентов. Судьи Верховного Суда обратили внимание на то, что в 2019 году из всего перечня госслужащих лишь один процент (900 человек) получал зарплаты выше 47000 гривен. Поэтому введенное правительством сокращение

<sup>54</sup> Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік»: Закон України від 13 квітня 2020 року № 553-IX. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2020, № 19, ст.126). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/553-20#Text> (дата обращения 10.02.2021).

<sup>55</sup> Поступило конституційне представлення Верховного Суда стосовно конституційності установлених на час карантину обмежень прав і свобод громадян. Конституційний Суд України. / Конституційний Суд України. URL:<http://www.ccu.gov.ua/novyna/nadiyshlo-konstytuciyne-podannya-verhovnogo-sudu-shchodo-konstytuciynosti-vstanovlenyh-na> (дата обращения 10.02.2021).

<sup>56</sup> Думанська М. В Україні планують скоротити зарплати високопосадовцям. DW від 29.03.2020. URL: <https://www.dw.com/uk/> (дата обращения 10.02.2021).

зарплата коснется мало кого из госслужащих. В то же время на уровне отдельно взятых областей ограничения касаются всех без исключения судей.

Также судьи Верховного Суда отметили, что, несмотря на то, что уровень их зарплат был уменьшен законом, его восстановление поставлено в зависимость от действий правительства<sup>57</sup>.

Конституционный Суд 28 августа признал, что ограничения заработных плат государственных служащих и судей в период карантина являются незаконными<sup>58</sup>. В частности, решением Конституционного Суда Украины признаны не соответствующими Конституции положения части первой, а также части третьей статьи 29 Закона № 294.

#### **4 Ограничение деятельности судьи в соответствии с конституционным законодательством (включая соблюдение Конституции, подчинение закону)**

В правовом государстве обращение в суд является универсальным механизмом защиты прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц<sup>59</sup>. Цель обеспечения независимости судебной власти – гарантирование каждому основополагающего права на рассмотрение дела справедливым судом исключительно на законных основаниях и без какого-либо постороннего влияния<sup>60</sup>. Реализация правовых гарантий осуществления правосудия выступает необходимым условием надлежащего выполнения судом своих конституционных функций по обеспечению действия принципа верховенства права, защиты прав и свобод человека и гражданина, утверждение и обеспечение которых является главной обязанностью государства (ст. 3, 8, 55 Конституции Украины).

Судебная власть в Украине, в соответствии с конституционными принципами разделения власти, осуществляется независимыми и беспристрастными судами, образованными законом. Согласно ст. 1-2 Закона Украины «О судебном устройстве и статусе судей», судебную власть реализуют судьи и, в определенных законом случаях, присяжные путем осуществления правосудия в рамках соответствующих судебных процедур. Правосудие в Украине в соответствии

---

<sup>57</sup> Губар О. Судді Верховного суду просять КСУ перевірити законність карантинних обмежень. DW від 04.06.2020. URL: <https://www.dw.com/uk/> (дата обращения 10.02.2021).

<sup>58</sup> Решение Конституционного Суда Украины №10-р/2020 від 28 серпня 2020 року. URL: <http://www.ccu.gov.ua/dokument/10-r2020> (дата обращения 10.02.2021).

<sup>59</sup> Решение Конституционного Суда Украины від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12> (дата обращения 08.04.2020).

<sup>60</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата обращения 04.04.2020).

со ст. 124 Конституции Украины осуществляют исключительно суды. Делегирование функций судов, а также присвоение этих функций другими органами или должностными лицами не допускается<sup>61</sup>.

Осуществляя правосудие, суд обеспечивает каждому право на справедливый суд, уважение к правам и свободам других людей, гарантированных Конституцией и законами Украины, а также международными договорами, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины<sup>62</sup>. Как указано выше, ст. 129 Конституции Украины и ч. 1 ст.6 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» закреплено, что судья, осуществляя правосудие, является независимым и руководствуется верховенством права.

Реализация принципа независимости судей предполагает существование следующих конституционно-правовых гарантий: установление порядка избрания (назначения) и увольнения судей; право судьи на отставку; предусмотренная законом процедура осуществления правосудия; запрет на вмешательство в осуществление правосудия; ответственность за неуважение к суду; неприкосновенность судей; наличие органов судейского самоуправления; создание необходимых организационно-технических и информационных условий для деятельности судов; надлежащее материальное и социальное обеспечение судей<sup>63</sup>.

Конституционные положения о правовых гарантиях, предоставляемых судьям, закреплены в п. 2 ст. 48 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»: «судья осуществляет правосудие на основании Конституции и законов Украины, руководствуясь при этом принципом верховенства права. Вмешательство в деятельность судьи по осуществлению правосудия запрещается и влечет за собой установленную законом ответственность»<sup>64</sup>. Аналогичное положение предусмотрено постановлением Пленума Верховного Суда Украины «О независимости судебной власти» от 13 июня 2007 года № 8, а именно, согласно Конституции Украины (ст. 6, 126, 129), государственная власть в Украине осуществляется по принципу ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Судьи при осуществлении правосудия независимы и подчиняются только закону, а влияние на них любым способом запрещается<sup>65</sup>.

Исходя из того, что независимость судей является основной предпосылкой их объективности и беспристрастности, судья при осуществлении правосудия

---

<sup>61</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>62</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. ст.545.

<sup>63</sup> Конституція України. Науково-практичний коментар / за ред. В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш та ін. Х.: Право, 2011. С. 875.

<sup>64</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>65</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 року № 8 «Про незалежність судової влади». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07> (дата обращения 30.03.2020).

подчиняется только закону и никому не подотчетен. Судьям обеспечивается свобода непредвзятого решения судебных дел в соответствии с их внутренним убеждением, основанным на требованиях закона. Решение по делу суд должен принимать, исходя из всестороннего, полного и объективного изучения всех обстоятельств дела, во время чего не допускается предоставление преимущества правовой позиции какому-либо участнику судебного процесса, в том числе прокурору, защитнику, представителю юридического или физического лица<sup>66</sup>.

В рекомендациях Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно судей отмечается, что они должны иметь неограниченную свободу для непредвзятого рассмотрения дел в соответствии с законодательством и собственным пониманием фактов (п. 5)<sup>67</sup>. В то же время судьи, исполняя свои обязанности, должны действовать в правовом поле, с соблюдением всех процессуальных форм осуществления правосудия. Таким образом, требование подчинения судебной власти закону заключается в соответствии закону судебных структур и судебных процедур.

При осуществлении правосудия судьи должны утверждать гарантированную Конституцией и законами Украины независимость и самостоятельность судов, повышать авторитет судебной власти, обеспечивать обязательность судебных решений путем справедливого, беспристрастного и своевременного рассмотрения и разрешения судебных дел, быть верными присяге, надлежащим образом реагировать на факты давления на них, вмешательство в судебную деятельность и на другие противоправные посягательства на правосудие. При наличии оснований полагать, что происходит посягательство на независимость судьи в связи с непредвзятым решением судебного дела, судья должен предпринять меры для прекращения такого посягательства и привлечения виновных лиц к установленной законом ответственности.

## **5 Гарантия конституционно-правовой защиты судей в отношениях с другими ветвями власти и внутри судебной системы**

Взаимодействие судебной власти с другими ветвями власти в Украине осуществляется благодаря «механизму сдержек и противовесов», что на практике выглядит следующим образом. Согласно Конституции Украины (ст. 6, 126, 129), государственная власть в нашей стране осуществляется по принципу ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную.

---

<sup>66</sup> Там же.

<sup>67</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38https://textbook.com.ua/pravo/1474611184/s-3) (дата обращения 30.03.2020).

Судебная власть призвана защищать свободы граждан, конституционный строй Украины, обеспечивать соответствие актов законодательной и исполнительной власти Конституции Украины. Правосудие в Украине осуществляется исключительно судами и в соответствии с определенными законом процедурами судопроизводства (ч. 1 ст. 5 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»)<sup>68</sup>. Решения, выносимые органами судебной власти, в связи с указанным, не требуют какого-либо утверждения другими властями.

Согласно рекомендации Комитета Министров Совета Европы, государствам-членам относительно судей: независимость, эффективность и обязанности от 17.11.2010 г. (п.16, 17 18), решения судов не могут подлежать любому пересмотру вне апелляционных процедур, заложенных в законодательстве. За исключением решений об амнистии, помилования или подобных мероприятий, исполнительная и законодательная власть не должны принимать решения, которые отменяют судебные решения. Комментируя решение суда, исполнительная и законодательная власть должны избегать критики, которая может подорвать независимость судебной власти или доверие общества к ней. Им также следует избегать действий, которые могут поставить под сомнение их желание выполнять решение судей, за исключением случаев, когда они намерены обжаловать полученное решение<sup>69</sup>.

## 5.1 Образование судов

Судебная система Украины сегодня – это самостоятельная в организационном отношении ветвь власти. Взаимодействие судебной ветви власти с другими государственными органами и механизм сдержек и противовесов находит отображение также в процедуре создания судов. В соответствии со ст. 125 Конституции Украины и ст. 19 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», суд образуется и ликвидируется законом. Проект закона о создании или ликвидации суда вносит в Верховную Раду Украины Президент Украины после консультаций с Высшим советом правосудия. Основаниями для образования или ликвидации суда являются изменение определенной вышеуказанным Законом системы судоустройства, необходимость обеспечения доступности правосудия, оптимизация расходов государственного бюджета или изменение административно-территориального устройства.

---

<sup>68</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. ст.545. (із останніми змінами від 31.10.2019).

<sup>69</sup> Рекомендація CM/Res (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38) (дата обращения 30.03.2020).



## 5.2 Взаимодействие органов судебной власти с Президентом Украины и Верховной Радой Украины

В соответствии со ст. 128 Конституции Украины назначение на должность судьи осуществляется Президентом Украины по представлению Высшего совета правосудия в порядке, установленном законом. Судья по результатам конкурса назначается на должность, кроме случаев, определенных законом. Следует отметить, что до судебной реформы 2016 года назначение на должность профессионального судьи осуществлял Президент Украины только сроком на пять лет.

Верховная Рада Украины формирует правовое поле для деятельности судебной власти путем принятия законов, в которых регламентирует организацию судебной системы и порядок деятельности судов. Согласно п. 14 ст. 92 Конституции Украины, исключительно законами Украины, принятыми Верховной Радой, определяются судоустройство, судопроизводство, статус судей, основы судебной экспертизы.

Следует обратить внимание на то, что случаи давления на судей Конституционного Суда Украины и вмешательство в их деятельность абсолютно недопустимы в правовом государстве. В частности, в конце 2020 Президент Украины В. Зеленский после длительного скандала отстранил от должности председателя Конституционного Суда Украины А. Тушицкого для преодоления конституционного кризиса, который начался в октябре, когда Конституционный Суд Украины отменил наказание для чиновников и депутатов за ложные сведения в декларациях и лишил Национальное антикоррупционное бюро Украины ряда полномочий.

Государственное бюро расследований сообщило А. Тушицкому о подозрении в заведомо ложных показаниях в сочетании с искусственным созданием доказательств для своей защиты, в подкупе свидетеля с целью отказа от показаний (преступления, предусмотренные ч. 2 ст. 384, ст. 386 УК Украины). На следующий день судья был президентским Указом отстранен от должности сроком на два месяца.

В своем Указе Президент ссылается на ст. 154 Уголовно-процессуального кодекса Украины, которая предусматривает, что президент может отозвать чиновников, которых он назначил. Однако в ней не говорится о судьбах Конституционного Суда<sup>70</sup>.

В то же время отметим, что Конституция Украины запрещает прекращать таким образом полномочия судей Конституционного Суда Украины. В ее ст. 1491 дан четкий перечень оснований для увольнения или прекращения полномочий судьи:

<sup>70</sup> Міняйло Н. Президент відсторонив суддю Тушицького «заради справедливості». Mediasapiens від 15 січня 2021 р. URL: <https://ms.detector.media/trendi/post/26480/2021-01-25-prezydent-vidstoronyv-suddyu-tupytskogo-zarady-vidnovlennya-spravedlyvosti-a-tak-mozhna-bulo/> (дата обращения 11.02.2021).

«Полномочия судьи Конституционного Суда Украины прекращаются в случае:

- 1) истечения срока его полномочий;
- 2) достижения им семидесяти лет
- 3) прекращения гражданства Украины или получения им гражданства другого государства;
- 4) вступления в законную силу решения суда о признании его безвестно отсутствующим или объявления умершим, признания недееспособным или ограниченно дееспособным;
- 5) вступления в законную силу обвинительного приговора в отношении него за совершение им преступления;
- 6) смерти судьи Конституционного Суда Украины.

Основаниями для увольнения судьи Конституционного Суда Украины с должности являются:

- 1) неспособность осуществлять свои полномочия по состоянию здоровья;
- 2) нарушения судьей требований относительно несовместимости;
- 3) совершение судьей существенного дисциплинарного проступка, грубое или систематическое пренебрежение своими обязанностями, несовместимое со статусом судьи Суда, или выявление его несоответствия занимаемой должности;
- 4) подача судьей заявления об отставке или об освобождении от должности по собственному желанию»<sup>71</sup>.

Кроме того, в ответ на решение, которое было принято судьями Конституционного Суда, Президент В. Зеленский 30 октября 2020 подал в Верховную Раду законопроект «О восстановлении общественного доверия к конституционному судопроизводству», которым предложил освободить весь состав Конституционного Суда Украины и начать отбор новых судей<sup>72</sup>. Следует подчеркнуть, что в Конституции Украины нет пункта об увольнении судей по решению парламента.

Сегодня судей Конституционного Суда Украины назначают два политических органа власти – президент и парламент (Верховная Рада). Кроме того, судей также назначает и съезд судей. Однако влияние этих органов на судей Конституционного Суда заканчивается после принятия ими присяги. После этого уволить или привлечь к ответственности судью Конституционного Суда могут судьи этого же суда. Целью установления такого механизма назначения судей является обеспечение независимости Конституционного Суда как высшего органа конституционной юрисдикции и ограждение от влияния высших политических органов власти – президента и Верховной Рады, ведь именно судьи Конституционного Суда устраняют

<sup>71</sup> Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. ст. 141. (із останніми змінами від 03.09.2019).

<sup>72</sup> Коломієць В. Зеленський хоче розпустити КС і скасувати його рішення щодо антикорупційної реформи. 30.10.2020. URL: <https://hromadske.ua/posts/zelenskij-proponuye-povnistyu-zvilniti-sklad-konstitucijnogo-sudu> (дата обращения 11.02.2021).

противоречия между Конституцией и законами, которые принимает Верховная Рада, а также множеством других актов органов власти. Итак, имеется достаточно оснований утверждать, что действующий Президент Украины превысил свои полномочия при отстранении А. Тупицкого с должности.

С критикой действий нынешнего Президента Украины В. Зеленского выступил и Совет Европы, не одоблив его идею распустить Конституционный Суд. В письме глав органов Совета Европы – Венецианской комиссии и Группы государств против коррупции (GRECO) председателю Верховной Рады Дмитрию Разумкову констатируется, что СМИ, в частности «Радио Свобода», подчеркивают: «Прекращение полномочий судей является грубым нарушением Конституции и фундаментального принципа разделения властей. Нарушение Конституции, даже если для него имеется бесспорно важная причина, не может соответствовать культуре конституционализма и уважению верховенства права»<sup>73</sup>.

Во избежание подобных ситуаций считаем целесообразным внести следующие изменения в нормативные акты:

Во-первых, необходимо внести изменения в Закон «О Конституционном Суде Украины». Судей КС следует назначать по результатам конкурса, как это происходило с судьями Антикоррупционного суда, что позволит наполнить КС Украины профессиональными и достойными судьями. Нынешнее законодательство не предусматривает проведение такого конкурса.

Во-вторых, следует внести поправки в Уголовный кодекс Украины и другие законодательные акты, касающиеся ответственности за ложные сведения о декларировании.

В-третьих, необходимо пересмотреть нормы об ответственности судей и четко указать основания и полномочия увольнения судьи Конституционного Суда Украины<sup>74</sup>. Сейчас решение об отстранении судьи принимают сами судьи Конституционного Суда Украины (для этого необходимо 12 голосов); также они самостоятельно решают, что такое дисциплинарный проступок и каким является безупречное поведение. Как показывает случай с увольнением бывшего председателя Конституционного Суда Украины С. Шевчука, это может привести к злоупотреблениям<sup>75</sup>. Судьи самостоятельно решили, что Шевчук злоупотреблял служебным положением и освободили его от должности судьи.

---

<sup>73</sup> Глава венецианской комиссии не поддержал роспуск КСУ: комментарий НАПК URL: <http://finbalance.com.ua/news/venetsiyaska-komisiya-rozpusk-ksu-hrupo-porushu-konstitutsiyu-navit-yakshcho-prichina-povazhna> (дата обращения 11.02.2021).

<sup>74</sup> Мінняло Н. Президент відсторонив суддю Тупицького «заради спораведливості». Mediasapiens від 15 січня 2021 р. URL: <https://ms.detector.media/trendi/post/26480/2021-01-25-prezydent-vidstoronyv-suddyu-tupytskogo-zarady-vidnovlennya-spravedlyvosti-a-tak-mozhna-bulo>.

<sup>75</sup> Звільнення голови Конституційного суду України: Шевчук звинуватив Порошенка. DW від 14.05.2019. URL: <https://www.dw.com/uk/> (дата обращения 30.03.2020).

### 5.3 Взаимоотношения с органами исполнительной власти

Согласно ст. 21 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», в Украине созданы административные суды, рассматривающие административные дела, связанные с правоотношениями в сфере государственного управления и местного самоуправления (дела административной юрисдикции), то есть решают вопрос законности действий и распоряжений органов исполнительной власти и органов местного самоуправления на местах и в центре.

В то же время не может быть никакого контроля со стороны исполнительной власти над органами, рассматривающими дела о привлечении к дисциплинарной ответственности. Также недопустимо политическое влияние на процесс привлечения к дисциплинарной ответственности. Необходимо избегать какого-либо контроля со стороны исполнительной власти над советами судей или органами, уполномоченными привлекать судей к дисциплинарной ответственности<sup>76</sup>.

### 5.4 Государственная судебная администрация Украины

Государственная судебная администрация Украины по согласованию с Высшим советом правосудия определяет количество судей в соответствующем суде с учетом судебной нагрузки и в пределах расходов, предусмотренных в Государственном бюджете Украины на содержание судов и оплату труда судей (ч. 6 ст. 19 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»).

### 5.5 Высший совет правосудия

В соответствии со ст. 131 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», в Украине действует Высший совет правосудия, который:

- 1) вносит представление о назначении судьи на должность;
- 2) принимает решение о нарушении судьей или прокурором требований относительно несовместимости;
- 3) рассматривает жалобы на решения соответствующего органа о привлечении к дисциплинарной ответственности судьи или прокурора;
- 4) принимает решение об освобождении судьи от должности;
- 5) дает согласие на задержание судьи или содержание под стражей;
- 6) принимает решение о временном отстранении судьи от правосудия;
- 7) принимает меры по обеспечению независимости судей;
- 8) принимает решение о переводе судьи из одного суда в другой;

---

<sup>76</sup> Київські рекомендації щодо незалежності судочинства у Східній Європі, на Південному Кавказі та у Середній Азії. Адміністрування судівництва, добір та відповідальність суддів. Київ, 23-25 червня 2010. URL: <https://www.osce.org/uk/odihr/86319?download=true> (дата обращения 30.03.2020).

9) осуществляет другие полномочия, определенные Конституцией и законами Украины.

Как уже отмечалось выше, согласно ст. 126 КУ, судья не может быть задержан или содержаться под стражей или арестом до вынесения обвинительного приговора судом без согласия Высшего совета правосудия.

Существенным и важным недостатком Закона Украины «О Высшем совете правосудия» является отсутствие нормы, определяющей сроки рассмотрения жалобы на судью. На практике жалобы могут рассматриваться год, полтора, что обуславливает потерю актуальности для лица, подавшего жалобу, и при этом нарушенные права не восстанавливаются, а судья продолжает осуществлять правосудие. Эта проблема сейчас нашла свое решение, речь идет о том, что законопроектом №1008<sup>77</sup> были внесены изменения в Закон Украины «О Высшем совете правосудия», определяющие, что дисциплинарное производство должно осуществляться в разумный срок, который не может составлять более 60 дней с момента получения дисциплинарной жалобы.

Высший совет правосудия участвует в определении финансирования деятельности судов и заработной платы судей: согласно ст. 130 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» государство обеспечивает финансирование и надлежащие условия для функционирования судов и деятельности судей. В Государственном бюджете Украины отдельно определяются расходы на содержание судов с учетом предложений Высшего совета правосудия.

Высший совет правосудия состоит из двадцати одного члена, из которых десять выбирает съезд судей Украины из числа действующих судей или судей в отставке, двух назначает Президент Украины, еще двух выбирает Верховная Рада Украины, двух – съезда адвокатов Украины, еще двух – всеукраинская конференция прокуроров, и наконец двух выбирает съезд представителей юридических высших учебных заведений и научных учреждений.

В 2019 году в Высший совет правосудия от судей поступило 335 сообщений о вмешательстве в их деятельность, что свидетельствует об активном использовании судьями механизма защиты своей независимости. В то же время такие показатели свидетельствуют о негативной тенденции к росту количества подобных случаев<sup>78</sup>.

Кстати, многие судьи резко критикуют деятельность Высшего совета правосудия, отмечая влияние политики и даже прямую зависимость от Офиса Президента, указывая на выборочные и неодинаковые подходы к решению аналогичных дисциплинарных дел и тому подобное. Одной из основных гарантий независимости

---

<sup>77</sup> Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування: Закон України від 16 жовтня 2019 року № 193-ІХ. *Відомості Верховної Ради України*. 2019, № 50, ст.354 URL: [https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=66251](https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66251).

<sup>78</sup> Горещький О. Незалежність суддів vs безкарність суддів: як знайти баланс. *Юридична газета*. №49 (703). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/nezalezhnist-suddiv-vs-bezkarnist-suddiv-yak-znayti-balans.html> (дата обращения 07.02.2021).

судьи является особенный порядок его привлечения к уголовной ответственности. При этом важно быстрое и эффективное продвижение уголовных производств в отношении судей, связанных с профессиональной деятельностью, чтобы упредить его использование как средства воздействия на судью и побуждения его к совершению конкретных действий<sup>79</sup>.

## 5.6 Независимость от судов высших инстанций

Принцип независимости судебной власти означает независимость каждого судьи при выполнении им функции принятия судебных решений. Система судоустройства в Украине в соответствии с п. 1-3 ст. 17 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» выстраивается в соответствии с принципами территориальности, специализации и инстанционности. Высшим судом в системе судоустройства является Верховный Суд, а ее элементами являются местные, апелляционные суды, Верховный Суд. Для рассмотрения отдельных категорий дел в соответствии с настоящим Законом в системе судоустройства действуют высшие специализированные суды.

В процессе принятия решений судьи должны быть независимыми и беспристрастными, а также иметь возможность действовать без каких-либо ограничений, влияния, давления, угроз или прямого либо косвенного вмешательства любых органов власти, в том числе внутренних органов судебной власти. Иерархическая организация судебной власти не должна подрывать независимость судей, которая предполагает независимость как от внешнего (от факторов, содержащихся за пределами судебной системы), так и внутреннего (от факторов внутри самой судебной системы) воздействия на процесс принятия судьей решения.

Высшие суды не должны давать судьям указания по поводу того, какие решения следует принимать в конкретных делах, за исключением предварительных определений или, например, при решении вопроса об избрании средств правовой защиты в соответствии с законом. Распределение дел среди судей суда должно осуществляться на основании объективных предварительно установленных критериев для обеспечения права на независимость и беспристрастность судей. На такое распределение дел не должны влиять стороны по делу или другие лица, заинтересованные в результатах его рассмотрения. Судьи должны иметь возможность создавать профессиональные организации, целью которых является защита их независимости, интересов и содействие утверждению верховенства права, а также присоединяться к ним<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Горецький О. Незалежність суддів vs безкарність суддів: як знайти баланс. Юридична газета. №49 (703). URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/nezalezhnist-suddiv-vs-bezkarnist-suddiv-yak-znayti-balans.html> (дата обращения 07.02.2021).

<sup>80</sup> Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Радн Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL:

Высшие суды должны отказаться от практики издания директив, разъяснений или постановлений, и, пока они существуют, не допускается их наделение обязательной силой для судей судов низших инстанций. Иначе такие директивы, разъяснения и постановления становятся вмешательством в индивидуальную свободу судей. Кроме этого, решения-образцы высших судов и решения, специально определенные этими судами в качестве прецедентов, должны иметь статус рекомендаций и не являются обязательными для применения судьями судов низших инстанций по другим делам. Они также не могут быть использованы для ограничения свободы судей низших инстанций в процессе принятия ими решений, а также для привлечения их к ответственности. Единство толкования законов должно поощряться путем изучения судебной практики, которая при этом не должна иметь обязательной силы<sup>81</sup>.

Как попытку давления на судей следует расценивать законопроект № 2271 от 16.10.2019 г., который был подан на рассмотрение Верховной Рады и согласно которому предлагалось внести изменения в Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей»<sup>82</sup> относительно привлечения к дисциплинарной ответственности судей, решения которых были отменены или изменены в порядке апелляционного обжалования. Законопроектом предлагалось «усовершенствовать» порядок привлечения к дисциплинарной ответственности судей за вынесение неправосудных решений, отмененных судами высших инстанций или Европейским судом по правам человека по делу против Украины.

В пояснительной записке к законопроекту были предложены следующие санкции в отношении судьи: «отмена или изменение судебного решения влечет за собой привлечение судьи, который участвовал в его принятии, к дисциплинарной ответственности в виде наложения такого дисциплинарного взыскания:

- 1) в случае принятия такого решения Европейским судом по правам человека против Украины – внесения представления об увольнении всех судей всех инстанций, которые участвовали в его принятии;
- 2) в случае принятия такого решения Верховным судом – внесения представления об увольнении всех судей первой и апелляционной инстанций, которые участвовали в его принятии;

---

[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a38](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38)<https://textbook.com.ua/pravo/> /1474611184/s-3 (дата обращения 30.03.2020).

<sup>81</sup> Київські рекомендації щодо незалежності судочинства у Східній Європі, на Південному Кавказі та у Середній Азії. Адміністрування судівництва, добір та відповідальність суддів. Київ, 23-25 червня 2010. URL: <https://www.osce.org/uk/odihr/86319?download=true> (дата обращения 30.03.2020).

<sup>82</sup> Проект Закону про внесення змін до Закону України "Про судоустрій і статус суддів" щодо вдосконалення порядку притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів від 16.10.2019 р. № 2271. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=67098](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67098) (дата обращения 10.02.2021).

3) в случае принятия такого решения судом апелляционной инстанции – вынесение предупреждения в отношении судей первой инстанции, участвовавших в его принятии.

При повторном принятии такого решения в течение года по одному и тому же судьбе – внесение представления о временном (от одного до шести месяцев) отстранения его от осуществления правосудия ... »<sup>83</sup>.

По нашему мнению, проект несет угрозу для независимости судей и авторитета правосудия в целом. Кроме того, проектом не предусмотрена ответственность судей апелляционной инстанции в случае отмены или изменения решения в порядке кассационного обжалования.

---

<sup>83</sup> Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо вдосконалення порядку притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів: пояснювальна записка URL:[http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/GI00629A.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI00629A.html)(дата обращения 10.02.2021).



# Демократический контроль за судебной властью

*Доктор Зина Фонтана, магистр европейского права*

## 1 Демократическая легитимация правосудия

В соответствии с предложением 1 абз. 2 ст. 20 Основного закона Федеративной республики Германия (далее – Основного закона) вся государственная власть исходит от народа. Из этого следует необходимость демократической легитимации всей государственной власти, включая правосудие (ср.: предложение 2 абз. 2 ст. 20 Основного закона) в том смысле, что все действия должны опираться на волю народа и сводиться к ней<sup>1</sup>. Функционально-институциональная легитимация правосудия гарантируется непосредственно конституционным положением ст. 92 и следующих Основного закона<sup>2</sup>, в то время как личная легитимация осуществляется путем назначения или выборов<sup>3</sup>. К вышеизложенному добавляется и юридическая квалификация, способствующая адекватному выполнению задач<sup>4</sup>. Сущностно-содержательная легитимация находит отображение преимущественно в связанности законом (сравни абз. 3

---

<sup>1</sup> BVerfGE 83, 60 (72) 107, 59 (77) 136, 194 (261).

<sup>2</sup> Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20 Rn. 139.

<sup>3</sup> Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 24.

<sup>4</sup> Vofskuhle / Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680).

ст. 20, абз. 1 ст. 97 Основного закона)<sup>5</sup>, и ее границы – в независимости судебной власти (абз. 1 ст. 97 Основного закона). В отличие от исполнительной, судебная власть не связана указаниями/инструкциями<sup>6</sup>. Эта независимость правосудия требует обеспечения его связанности альтернативными инструментами<sup>7</sup>, к которым относится принцип публичности, позволяющий обществу, народу осуществлять над ним контроль, а также обоснование судебных решений и приговоров<sup>8</sup>, в котором раскрывается толкование и применение закона, обеспечивая возможность их проверки. Предыдущее утверждение справедливо тем более вследствие обнародования судебных решений и приговоров как самими судами, так и через средства массовой информации, а следовательно, их доступности для оценки публики.

## 2 Публичность судебных слушаний

«Все действия в отношении прав других людей, максима которых не совместима с публичностью, являются противоправными»<sup>9</sup>. Этими словами Эммануил Кант описывает принцип публичности, определяя таким образом фундаментальность ее требования. Такое бескомпромиссное понимание во все более усложняющемся современном обществе, которое становится сетевым и плюралистическим, оказывается перед новыми вызовами. В частности, повсеместное распространение социальных сетей и медиа, а также беспрепятственный и мгновенный доступ к звуку, тексту и изображению требуют соответствующей реакции правового государства. Масштабом реагирования здесь является принцип публичности, как это закреплено в Конституции, воспроизведено и детализировано в простых законах.

### 2.1 Доступ общественности/публичность

Публичность судебных производств регулируется нормами простых законов, в частности, предложением 1 абз. 1 § 169 Закона о судеустройстве (GVG), § 55 Кодекса административного судопроизводства Германии (VwGO). Эти нормы регулируют только публичность в зале судебных заседаний, согласно положениям которых каждому открывается доступ в зал суда в качестве посетителя,

---

<sup>5</sup> Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 24; Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (118).

<sup>6</sup> BVerfGE 87, 68 (85); 148, 69 (90) Kment, in: Jarass / Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage 2020, Art. 97 Rn. 3.

<sup>7</sup> Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20 Rn. 141.

<sup>8</sup> Voßkuhle / Sydon, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680 f.).

<sup>9</sup> Kant, Zum ewigen Frieden, Anhang, II. S. 50 (Reclam).

при условии достаточности места<sup>10</sup>. Такая возможность предоставляется каждому, независимо от того, имеет он определенный интерес или те или иные личные признаки<sup>11</sup>. Ввиду этого, публичность защищена, если существует абстрактная возможность доступа, независимо от фактического доступа<sup>12</sup>.

## 2.2 Основы принципа публичности

Четкое регулирование принципа публичности содержится в предложении 1 абз. 1 § 169 Закона о судеустройстве (GVG), § 55 Кодекса административного судопроизводства Германии (VwGO) и в п. 6 § 338 Уголовно-процессуального кодекса Германии, где его нарушение является абсолютным основанием для пересмотра соответствующего решения. Его также можно вывести из предложения 1 абз. 1 ст. 6 ЕКПЧ. Принцип публичности не нашел четкого закрепления в положениях конституций. Однако Федеральный верховный суд Германии (BGH) и Федеральный конституционный суд Германии, тем не менее, выводят его как «давнее демократическое требование» из принципа правового государства и демократии<sup>13</sup>.

### 2.2.1 Контроль

Публичность, прежде всего, содействует контролю за судебными органами при осуществлении ими верховной власти<sup>14</sup>. Это является гарантией власти народа – собственно носителя фактической власти, от имени которого и осуществляется правосудие<sup>15</sup>, ведет к интеграции и принятию решения, что в то же время, с помощью информирования общественности, способствует формированию демократического волеизъявления<sup>16</sup>. В частности, необходимость доступа к судебным слушаниям/заседаниям вытекает в том числе и из фунда-

---

<sup>10</sup> *Gierhake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031) BVerfGE 103, 44 (65).

<sup>11</sup> BVerfGE 103, 44 (65) *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 1.

<sup>12</sup> BGHSt 21 72 (73) 27, 13 (14) *Diemer*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 169 GVG Rn. 8.

<sup>13</sup> BGH, NJW 1953, 1442 (1443).

<sup>14</sup> *Gierhake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031) *Stürmer*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (700) *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 41; *Kulhanek*, in: MüKoStPO, 1. Aufl. 2018, § 169 GVG Rn. 1.

<sup>15</sup> «Именем народа», согласно закону, является общей вводной формулой для всякого рода судебных приговоров и решений; ср.: §§ 25 Abs. 4 BVerfGG, 311 Abs.1 ZPO, 268 Abs. 1 StPO, 117 Abs. 1 S. 1 VwGO, 105 Abs. 1 S. 1 FGO, 132 Abs. 1 S. 1 SSG.

<sup>16</sup> BVerfGE 103, 44 (59, 65); *Stürmer*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (700) *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, BVerfGE 103, 44 (59). Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42; *Kulhanek*, in: MüKoStPO, 1. Aufl. 2018, § 169 GVG Rn. 9.

ментального права на свободу информации, поскольку судебные слушания/заседания в целом являются общедоступным источником информации в понимании второй половины предложения 2 абз. 1 ст. 5 Основного закона<sup>17</sup>. Вместе с тем принцип публичности, кроме своей функции в вопросе демократического контроля, приобретает конституционно-правовое измерение.

### 2.2.2 *Открытость*

Подобный подход позволяет предотвратить тайное правосудие с его подчинением государственному и политическому воздействию<sup>18</sup>. Эта угроза юстиции – принятие решений «за закрытыми дверями» – должна быть устранена посредством общей открытости зала судебных заседаний, что гарантирует ее участникам уверенность в процессуальной справедливости<sup>19</sup>. Это способствует общему пониманию решения, а следовательно, также служит правовому миру и согласию<sup>20</sup>. Решение, являющееся непонятным, либо из-за нехватки обоснования, либо из-за секретности процедуры, подрывает доверие к функционированию правового государства и приводит к правовой неопределенности среди тех, кто подчинен государственному правопорядку<sup>21</sup>, то есть тех, кто, собственно, и является носителем верховной власти<sup>22</sup>.

### 2.2.3 *Публичность СМИ*

При достижении этих целей СМИ сейчас выступают катализатором, документируя и распространяя сведения о протекании судебного заседания и самом судебном решении, информируя об этом общественность<sup>23</sup>. Соответствующий суд также должен учитывать особые интересы, в частности, иностранных СМИ, особенно если они имеют отношение к рассмотрению и содержанию решения, как это было, например, в так называемом «судебном процессе Национал-социалистического подполья (НСУ/NSU)»<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> BVerfGE 103, 44 (59).

<sup>18</sup> BVerfGE 103, 44 (63 f.); EGMR NJW 1986, 2177 (2178) Gierhake, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1031).

<sup>19</sup> BGHSt 7, 218, (221) BGH, NJW 1956, 1646 (1647).

<sup>20</sup> Kischel, Die Begründung, 2003, S. 55.

<sup>21</sup> Ср.: Degenhart, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 52.

<sup>22</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 5, Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 35; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 594.

<sup>23</sup> von Coelln, Der Zutritt von Journalisten zu öffentlichen Gerichtsverhandlungen, DÖV 2006, 804 (806) Degenhart, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42.

<sup>24</sup> По данному поводу: BVerfG, DVBl. 2013, 719.

### 2.3 Ограничения принципа публичности

Публичность слушаний в суде, несмотря на принципиальность этих вопросов, не является абсолютной гарантией. Она, например, подлежит ограничениям, таким, как запрет на запись слушаний, предусмотренный предложением 2 абз. 1 § 169 Закона о судоустройстве (GVG), а также общее исключение публичности в уголовных делах в отношении несовершеннолетних, в соответствии с § 48 Закона о защите несовершеннолетних от угроз (JGG).

#### 2.3.1 Противоречивые интересы

Эти ограничения обусловлены противоречивым конфликтом интересов, что связано с существованием противоположной публичности стороны конституционных прав. В конфликте интересов такого рода сторонами являются лица, участвующие в рассмотрении спора, и общественность, которая заинтересована в точности установления обстоятельств дела и нахождении истины, что является сущностным признаком справедливого/честного судебного разбирательства.

##### 2.3.1.1 Противоречивые интересы причастных к процессу

Вследствие участия общественности и возможности распространения присутствующими представителями СМИ сведений, оглашаемых в ходе рассмотрения дела причастными к нему лицами, последние могут стать известными широкой публике, причем упомянутые лица не имеют никакого влияния на такое распространение. И при установлении обстоятельств/фактов дела, и при правовой оценке появляется возможность сделать общеизвестными обстоятельства личной жизни, что потенциально способно значительно повлиять на личную или интимную сферы. Это в первую очередь касается уголовных производств, а также причастных к ним лиц, не по своей воле оказавшихся в эмоционально напряжённых обстоятельствах. Публичное внимание и возможное негативное воздействие, связанные с публичным освещением процесса в СМИ, усиливают такого рода эффекты<sup>25</sup>.

Эти интересы лиц, которые причастны к процессу, подлежат защите со стороны общего права на собственную личность (абз. 1 ст. 2 в сочетании с абз. 1 ст. 1 Основного закона) в специальной форме, в которой выражается право на информационное самоопределение<sup>26</sup>. Если контроль со стороны общественности требует прежде всего принципиального присутствия и отслеживания/осмысления хода судебного производства, то не существует достойной защиты интереса к ознакомлению с каждой судебной информацией, в том

<sup>25</sup> BVerfGE 103, 44 (68); BVerfG, NJW 2009, 350 (351).

<sup>26</sup> BVerfGE 35, 202 (220) 103, 44 (64 f.) BVerfG, NJW 2017, 798 (798) *Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 43.

числе и тесно связанной с личностью<sup>27</sup>. Процесс не обязательно должен происходить с максимальной публичностью<sup>28</sup>. Предохранителем вредной публичности, среди прочего, является возможность полного исключения участия общественности (то есть секретность) в соответствии с §171b Закона о судоустройстве (GVG), при условии, что интересы заинтересованного лица, достойные защиты, преобладают над широкими общественными интересами. Уже сама буквальная формулировка этого положения является балансирующим компонентом, наличие которого и требуют конституционные положения.

Кроме того, была обоснована необходимость закрепления требования обезличивания/анонимности с целью противодействия нарушениям общего права на собственную личность<sup>29</sup>. Наряду с этим существует и интерес в реабилитации и ресоциализации того обвиняемого в уголовном производстве, который отбыл наказание и больше не готов носить клеймо публичного осуждения<sup>30</sup>. Эта проблема обостряется в эпоху диджитализации/цифровизации настолько, что каждая заметка (или сообщение), в том числе и в средствах массовой информации, остается в постоянном доступе для большого количества адресатов, и поэтому оказывается, что просто забыть о ней невозможно. Однако в данном случае, Федеральный конституционный суд считает необходимым дать возможность нового старта, т. е. не понуждать осужденного к повторному переживанию своих предыдущих действий<sup>31</sup>. В этой ситуации тоже возникает необходимость в нахождении соответствующего баланса<sup>32</sup> между распространением информации, которая вызывает общественный интерес, и правом на информационное самоопределение – «правом быть забытым», которое принадлежит конкретному лицу, что может потянуть за собой ограничение принципа публичности.

Преступник, осужденный вступившим в законную силу приговором, должен в определенной степени поступиться своим правом ввиду интереса общества к соответствующей информации. Однако такое бремя не может быть переложено на плечи обвиняемого, который еще не осужден, а нарушение его права не будет оправданным<sup>33</sup>. Презумпция невиновности, которая существует до вынесения приговора, требует соответствующих ограничений при информировании общественности до того, как будет вынесен и оглашен приговор<sup>34</sup>,

<sup>27</sup> BVerfGE 35, 202 (220) 103, 44 (64 f.) BVerfG NJW 2017, 798 (799) *Gierhake*, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1036).

<sup>28</sup> BVerfGE 103, 44 (64).

<sup>29</sup> По этому поводу всестороннее рассмотрение: BVerfG, NJW 2017, 798; BGH, NStZ-RR 2018, 257.

<sup>30</sup> BVerfGE 35, 202 (233f.) 36, 174 (188) BVerfG, NJW-RR 2007, 1191 (1191).

<sup>31</sup> BVerfG, NJW 2020, 300 (309).

<sup>32</sup> BVerfG, NJW 2020, 300 (306).

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2009, 350 (351).

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2009, 350 (351) Franke, Öffentlichkeit im Strafverfahren, NJW 2016 2618 (2618) Degenhart, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 44.

в частности, для того, чтобы в случае оправдательного приговора не усложнять последующую возможность его реинтеграции в общество<sup>35</sup>.

### *2.3.1.2 Поиск истины как противоположный/противостоящий интерес*

Как противоположный/противостоящий интерес можно вспомнить опасность влияния общественного мнения на процесс и на беспрепятственное установление истины в деле. В то же время, формируя общественное мнение, что в значительной степени обеспечивают средства массовой информации, можно столкнуться с тем, что суды будут руководствоваться «общепризнанным мнением», и поэтому не уделять надлежащего внимания исключительно потребностям установления «объективной истины»<sup>36</sup>. Это особенно верно в случае, когда результатом освещения в СМИ являются формирование предубеждений и необъективность.

### *2.3.2 Дифференцированное сравнение («взвешивание») интересов*

Для достижения цели публичности и в то же время во избежание непропорционального обременения противостоящих интересов заинтересованных сторон, а также заинтересованной в объективном решении общественности необходимо найти дифференцированный и справедливый баланс интересов.

#### *2.3.2.1 Публичность в зале судебных заседаний и средства массовой информации*

Хотя в абз. 1 § 169 Закона о судеустройстве (GVG) законодатель принципу публичности отдает определенный приоритет, но уже в положениях § 169 и следующих параграфов закрепляет норму, ограничивающую сферу его действия, специально предусматривая основания для исключения действия этого принципа<sup>37</sup>. По сути, суд сам, владея в зале судебных заседаний полицейской властью, согласно § 176 Закона о судеустройстве (GVG), должен обеспечить беспрепятственное выяснения обстоятельств дела и ограничить бремя, которое в связи с этим ложится на стороны, если вмешательство общественности, в частности, представителей средств массовой информации, происходит с нарушением закона<sup>38</sup>.

Ситуация усиленного давления на стороны и свидетелей из-за присутствия публики/общественности должна восприниматься в постоянном самоутверждении, поскольку это, особенно в уголовном производстве, не в последнюю очередь служит защите обвиняемого от произвола судебной власти, принятия

---

<sup>35</sup> Ср.: BVerfGE 103, 44 (68).

<sup>36</sup> Gierhake, Zur Begründung der Öffentlichkeit im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1034).

<sup>37</sup> Например: § 48 JGG.

<sup>38</sup> BVerfG, NJW 1995, 184 (185); ср.: BT-Drucks. IV / 178, S. 45 f..

неправомерных решений<sup>39</sup>. Кроме того, угроза стать жертвой «народного гнева» и т.д. носит скорее абстрактный характер. Суд, как правило, состоит из профессиональных судей, которые провели много лет, обучаясь и получая профессиональный опыт, и можно предположить, что они в определенной степени самостоятельны и устойчивы к критике<sup>40</sup>. Итак, только существование возможности влиять не может служить оправданием ограничения принципа публичности. Ситуация, однако, выглядит иначе, если установление обстоятельств дела находится под тотальным давлением со стороны общественности и представителей средств массовой информации, например, ввиду их влияния на свидетелей<sup>41</sup>.

Угроза частичного предубеждения и скандалы в СМИ, в конце концов, требуют только предотвращать их, устанавливая соответствующие ограничения и правила освещения процесса. В виду того, что средства массовой информации служат сегодня рассказчиками о сложных процессах, которые неспособен самостоятельно осознать и уяснить индивид, они преимущественно определяют содержание общей правовой коммуникации индивидуума-неспециалиста<sup>42</sup>. Причастным лицам в данном случае остается еще возможность обращаться с гражданским иском в суд, опираясь на те заявления, которые выходят за пределы допустимого уровня, а при нарушениях уголовно-правового характера, о которых идет речь, в частности, в § 33 Закона в об авторском праве на произведения изобразительного искусства и фотографии (KunstUrhG) или § 185 и далее Уголовного кодекса, – в правоохранительные органы.

### 2.3.2.2 *Особенный расклад интересов при звуко- и кинозаписях*

Предложением 2 абз. 1 § 169 Закона о судеустройстве (GVG) предусмотрены случаи ограничения публикации. В частности, запрещается фиксация в виде аудио- и телевизионных записей, а также аудио- и видеозаписей после начала судебного заседания, если они осуществляются с целью публичной презентации или публикации. Хотя из этих запретов имеются исключения, предусмотренные абз. 2 и 3 § 169 Закона о судеустройстве (GVG) или § 17а Закона о Конституционном суде Германии (BVerfGG), он, в принципе, остается действующим в силу ограниченности сфер их применения. Кроме того, конституционные правила не предусматривают право на звуко- и видеозаписи<sup>43</sup>.

В то же время уникальная роль средств массовой информации как посредника между обществом и судами, с одной стороны, дает основания проверить,

<sup>39</sup> Ср.: Gierhake, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, 1030 (1034).

<sup>40</sup> В этом смысле также: Degenhart, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 44.

<sup>41</sup> BVerfGE 103, 44 (68 f.).

<sup>42</sup> Degenhart, Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht V, §115 Rn. 42; BT-Drucks. 18/10144, S. 14.

<sup>43</sup> BVerfG, NJW 1993, 915 (915).



не следует ли удовлетворение конфликтующего интереса сделать более дружелюбным к СМИ. С точки зрения демократического контроля, простой показ фильмов и прослушивание звукозаписей помогают формировать у общественности четкое представление о судебных процессах. К тому же полезным сопутствующим явлением следует признать улучшение понимания ответственностью немецкого права, ведь до сих пор представление о судебных процессах формируется скорее американскими сериалами и фильмами как продуктами поп-культуры.

С другой стороны, в сообщениях СМИ, независимо от того, где они были размещены, в изданиях, заметках или передачах, существует риск искажения, особенно ради сенсационности, в условиях конкуренции рынка новостей и развлечений<sup>44</sup>. Однако простого риска искажения недостаточно для обязательного и всеобщего запрета. Последующее индивидуальное применение санкций к средствам массовой информации, которые распространяют сведения, превышающие объемом пределы допустимости, будет менее отягощающим, и таким образом позволит достичь более разумного баланса интересов. Однако такие санкции, с учетом защищенных правовых ценностей носителей соответствующих прав, имеют неодинаковое защитное воздействие, ведь деградация/унижение человека и уничтожение его репутации в глазах общественности вследствие соответствующих сообщений в прессе уже не могут быть восстановлены, как только соответствующий образ будет сформирован. Как показывает опыт, часто даже оправдательный судебный приговор, появившийся впоследствии, не гарантирует восстановление репутации тех, чей образ публично пострадал и был, пусть даже незаслуженно, запятнан.

Особенная опасность аудиозаписей и видеосъемок состоит в том, что пострадавший превращается в объект для созерцания, выставочный экземпляр, что является унижительным для человеческого достоинства и противоречит принципам справедливого судебного производства<sup>45</sup>, ведь именно из-за видеозаписей индивидуумы становятся узнаваемыми и уязвимыми, благодаря им происходит концентрация внимания на отдельном человеке. Такое привязывание определенного предмета (спора – *прим. перев.*) к конкретному человеку является гораздо более интенсивным вмешательством в информационное самоопределение сторон, чем в случае – понятного для суда<sup>46</sup> – привычного освещения происходящего в зале судебных заседаний и в СМИ. Это значительно усиливается неограниченным повторением и достоверностью, достигаемыми передачей изображения<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> BVerfGE 103, 44 (67); *Stürmer*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (701).

<sup>45</sup> *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 23; *Kaulbach*, Moderne Medien in der Gerichtsverhandlung, ZRP 2009, 236 (238).

<sup>46</sup> *Zimmermann*, in: MüKoZPO, 5. Auflage 2017, § 169 Rn. 33; *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf, 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 23.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 1995, 185 (185).

Информационная ценность звуко- и видеозаписей к тому же является довольно низкой<sup>48</sup> и может даже поставить под угрозу преследуемую цель – демократический контроль со стороны общественности. При этом следует всегда иметь в виду, что образы быстро рождают симпатию, которая, вместе с сопутствующими суждениями о личности, не имеет никакого отношения к объективному приговору суда<sup>49</sup>. Кроме того, возникает угроза, что произнесенное в прениях слово либо извращенный монтаж видеотчет о процессе способны исказить сформулированные процессом обоснования и причины, заменив их поверхностными суждениями вместо собственно обстоятельств и выводов суда в решении<sup>50</sup>.

Тем не менее законодательный орган, приняв «Закон о расширении медийного присутствия в судебных процессах и улучшении содействия в коммуникации людям с нарушениями слуха и речи» от 8 октября 2017 года, несколько смягчил общий запрет записи заседаний, чтобы приспособиться к росту интереса к судам со стороны СМИ. Новое регулирование, правда, не потянуло за собой общей либерализации, принеся лишь только разрешение на запись звука и изображения при объявлении решений в федеральных судах (абз. 3 § 169 Закона о судоустройстве (GVG)), а также записи звука и видео с научными и историческими целями (абз. 2 § 169 /Закона о судоустройстве (GVG)). Однако это позволяет признать – с учетом противоположно направленных интересов<sup>51</sup> – готовность к более углубленной модернизации процедур, учитывая изменения в среде СМИ в отношении публичности.

### 3 Обоснование решений суда и публичность

Наряду с принципом публичности демократическую легитимацию судебной власти обеспечивают обоснование/обоснованность и публикация судебных решений. Ведь общественность и, в конечном счете, носитель власти получают таким образом возможность ознакомиться с толкованиями и применением закона, войти по этому поводу в дискурс и инициировать, при необходимости, законодательные изменения.

<sup>48</sup> *Eckertz-Höfer*, Fernsehöffentlichkeit im Gerichtssaal, DVBl. 2012, 389 (390).

<sup>49</sup> *Stürner*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (703).

<sup>50</sup> *Franke*, Öffentlichkeit im Strafverfahren, NJW 2016 2618 (2620) *Allgayer*, in: BeckOK GVG, Graf. 9. Edition, Stand: 15.11.2020, § 169 Rn. 29.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 18/10144, S. 15.

### 3.1 Обязанность мотивировать / обосновывать решения

Обязанность мотивировать причины может быть выведена как из простого закона, так и из конституционных норм. Прежде всего, обязанность обосновывать решения предусматривают процессуальные нормы<sup>52</sup>. Это также следует из принципа правового государства<sup>53</sup> и из абз. 1 ст. 6 ЕКПЧ<sup>54</sup>. Смысл и цель мотивации решения, с одной стороны, заключается в информировании причастных о фактических и правовых соображениях, на которых базируется решение, а с другой – в обеспечении возможности апелляционного суда пересмотреть это решение<sup>55</sup>. В то же время решение суда оказывает легитимирующее воздействие, если его принимают стороны и другие причастные лица<sup>56</sup>. Основная предпосылка этого заключается в том, что причастные – и, в частности, сторона, которая проиграла в споре, – считают решение правильным<sup>57</sup>. Принятие решения тесно связано с его понятностью и возможностью проверки<sup>58</sup>. Поэтому решение должно быть обосновано, то есть изложено таким образом, что доводы и выводы суда становятся понятными и воспроизводимыми для сторон<sup>59</sup>. Вместе с тем прослеживаемость/ воспроизводимость решения, опять же, используется для контроля со стороны общества<sup>60</sup>, и, следовательно, для демократической подотчетности судебной власти.

### 3.2 Публичность судебного решения

Только с момента публикации решение может подлежать контролю со стороны общественности, в частности, специалистами, кроме тех, которые непосредственно участвуют в конкретном процессе<sup>61</sup>. Итак, гласности/публичности решения придается особое значение как инструменту демократического контроля.

#### 3.2.1 Широкая общественность

Широкая общественность может, например, знакомиться с судебными решениями, благодаря доступу к базам данных, публичным веб-сайтам судов, журналам и прессе в целом. Этот доступ значительно упростил ознакомление и

<sup>52</sup> Например: § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 117 Abs. 2 Nr. 5 VwGO; ср.: § 338 Abs. 1 Nr. 7 StPO.

<sup>53</sup> *Voßkuhle / Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680) ср.: OLG Saarbrücken, FamRZ 1993, 1098 (1099) *Musielak*, MüKoZPO 6. Auflage 2020, § 313 Rn. 16.

<sup>54</sup> EGMR, NJW 1999, 2429 (2429).

<sup>55</sup> BVerwG, NJW 1998, 3290 (3290).

<sup>56</sup> *Voßkuhle / Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (681).

<sup>57</sup> *Saenger*, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 313 Rn. 26

<sup>58</sup> По этому поводу всестороннее рассмотрение: *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 52 ff.

<sup>59</sup> Ср. *Musielak*, MüKoZPO 6. Auflage 2020, § 313 Rn. 4.

<sup>60</sup> *Saenger*, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 313 Rn. 2.

<sup>61</sup> *Voßkuhle / Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 (680).

восприятие, повысил осведомленность публики. Однако доставка сторонам процесса судебных документов предусмотрена процедурными правилами<sup>62</sup>, чего, в свою очередь, нет для публикации судебных решений. Суд, таким образом, решает, в какой форме и вообще будут ли опубликованы те или иные судебные решения. В то же время действие принципов правового государства, таких как гарантия обеспечения правосудия, распределение власти, а также требование господства демократии обуславливают обязанность публиковать судебные решения, по крайней мере, те, которые достойны этого<sup>63</sup>, ведь с точки зрения демократического контроля публикация решения является необходимым условием для того, чтобы, при необходимости, внести изменения в закон<sup>64</sup>. Свидетельством того, является ли решение достойным публикации, служит фактический или предполагаемый общественный интерес и заинтересованность тех, кто ищет правовой защиты в таких вопросах, независимо от того, о каком конкретно суде идет речь и какая инстанция приняла соответствующее решение<sup>65</sup>.

Ввиду требований демократического контроля, широкое обнародование судебных решений можно только приветствовать, даже сверх предусмотренных Конституцией предписаний по этому поводу. Дополнительно к обязанности публиковать достойные судебные решения Федеральный верховный суд по гражданским делам в своем решении по соответствующему иску подтвердил право заинтересованных третьих лиц на доступ к анонимизированным судебным решениям<sup>66</sup>, а в уголовных делах в таком доступе отказано<sup>67</sup>. Как свидетельствуют эти решения, следует учитывать противоречивые правовые ценности, например, основное право на собственную личность причастного лица и на надлежащую защиту соответствующих ценностей. По большому счету, уже анонимизация решения для этого будет достаточно, а демократическому контролю, который следует всегда должным образом брать во внимание при взвешивании противоречивых интересов<sup>68</sup>, это, как правило, не мешает, поскольку применение и толкование права можно проследить независимо от идентификации заинтересованного лица.

---

<sup>62</sup> BVerfG, NJW 2015, 3708 (3079).

<sup>63</sup> BVerfG NJW 1997, 2694 (2694 f.) 2015, 3708 (3079) OLG München, OLGZ 84, 477 (479) OVG Bremen, JZ 1989, 633 (635) Hirte, Mitteilung und Publikation von Gerichtsentscheidungen, NJW 1988, 1698 (1700).

<sup>64</sup> BVerfG, NJW 1997, 2694 (2695).

<sup>65</sup> BVerfG, NJW 1997, 2694 (2695).

<sup>66</sup> BGH, NJW 2017, 1819 (1820).

<sup>67</sup> BGH, NJW 2018, 3124 (3123).

<sup>68</sup> Ср.: BVerfG, NJW 2015, 3708 (3709) BVerfGE 35, 202 (233).

### 3.2.2 Правовой статус прессы

Особая роль при доступе общественности к судебным решениям принадлежит прессе, которая своим информированием сообщает широкой общественности те решения, которые не были опубликованы, раскрывая их суть преимущественно юридически неквалифицированным общественным кругам. Поэтому пресса имеет основания для того, чтобы заявлять далеко идущие претензии на доступ к судебным решениям. В этой связи законы федеральных земель о прессе порождают претензию на получение информации от органов власти<sup>69</sup>, что касается в том числе и судов<sup>70</sup>. Рассматривая с конституционно-правовой позиции свободу прессы, которая предусмотрена предложением 2 абз. 1 ст. 5 Основного закона, вместе с закрепленным в нем правом на информацию<sup>71</sup>, можно увидеть, что лишь беспрепятственный доступ к информации как принцип позволяет прессе эффективно выполнять те функции, которые на нее возложены в условиях свободной демократии<sup>72</sup>. Таким образом, при реализации своей прямой функции пресса способствует демократическому контролю над судебной системой. Однако и право на информацию, которое принадлежит прессе, не может, тем не менее, быть безграничным в условиях противоречивости противоположно направленных правомерных интересов. Здесь, в частности, еще раз напоминает о себе общее право на собственную личность причастного лица, так что при определенных обстоятельствах – особенно в случае судебных решений в уголовных производствах – после взвешивания противоречивых интересов может возникнуть необходимость анонимизации судебного решения<sup>73</sup>.

## 4 Вывод

Демократический контроль над судебной системой осуществляется, прежде всего, благодаря тому, что общественности обеспечен доступ к действиям судов и их решениям. Сначала это касается публичности судебных заседаний. Однако его также обеспечивает обязанность суда мотивировать/обосновывать, а также публиковать решения судов. Противоречивые/противоположные интересы, в частности общее право на собственную личность причастных и конституционный интерес в установлении действительных обстоятельств дела, обуславливают ограничение публичности как заседаний, так и решений.

<sup>69</sup> Например: § 4 Abs. 1 S. 1 BayPrG, § 4 Abs. 1 PresseG NRW, § 4 Abs. 1 Nds. PresseG.

<sup>70</sup> *Söder*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf / Paal, 30. Edition, Stand: 01.11.2020, § 4 BayPrG Rn. 10, *Engel*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf / Paal, 30. Edition, Stand: 01.08.2019, § 4 Rn. 9.

<sup>71</sup> Устоявшаяся судебная практика, ср.: BVerfG, NVwZ 2020, 1360 (1361) NVwZ 2013, 1006 (1007) *Starck / Paulus*, in: von Mangoldt / Klein / Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 5 Rn. 149.

<sup>72</sup> BVerfGE 50, 234 (240).

<sup>73</sup> BVerfG, NJW 2015, 3708 (3710).

Несмотря на то, что средства массовой информации играют особую роль в распространении сведений, широкой поддержкой пользуется мнение, что звуко- и видеозапись в судебном производстве допускаться не должны. Независимо от этого, изменения «ландшафта» средств массовой информации способствуют широкому распространению и обнародованию судебных решений, одновременно усиливая возможности демократического контроля.

# Демократический контроль над судебной властью

*Проф., д-р Валерия Поединок / Анна Ющак / Проф., д-р Роман Мельник*

## 1 Надлежащее обоснование судебного решения как основание демократического контроля

Утверждение правового государства происходит, в частности, благодаря обеспечению каждому судебной защиты прав и свобод, а также внедрению механизма такой защиты.

### 1.1 Судебный контроль в демократической Украине: конституционные положения

Часть 1 статьи 55 Конституции Украины устанавливает, что права и свободы человека и гражданина защищаются судом. Как отметил Конституционный Суд Украины, это положение следует понимать так: каждому гарантируется защита прав и свобод в судебном порядке. Суд не может отказать в правосудии, если гражданин Украины, иностранец, лицо без гражданства считают, что их права и свободы нарушены или нарушаются, созданы или создаются препятствия для их реализации или имеют место другие ущемления прав и свобод (решение № 9-зп от 25.12.1997 г.<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> *Офіційний вісник України*. 1998. №1. Ст.25.

Согласно ч. 2 ст. 55 Конституции Украины, каждому гарантируется право на обжалование в суде решений, действий или бездействия органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных и служебных лиц. Конституционный Суд разъяснил, что данное конституционное право касается *любых* решений, действий или бездействия *всех* субъектов властных полномочий (решение № 19-рп / 2011 от 14.12.2011 г.<sup>2</sup>).

В решении от 25.11.1997 г. № 6-зп Конституционным Судом Украины сформулирована правовая позиция, согласно которой совершенствование законодательства в контексте ст. 55 Конституции Украины должно быть постепенной тенденцией, направленной на расширение судебной защиты прав и свобод человека, в частности *судебного контроля* за правомерностью и обоснованностью решений, действий или бездействия субъектов властных полномочий (п. 2 мотивировочной части)<sup>3</sup>. Эта правовая позиция соответствует положениям ст. 13 Европейской конвенции о правах человека в отношении эффективного средства правовой защиты от нарушений, совершенных лицами, осуществляющими официальные полномочия.

Учитывая сказанное, следует вспомнить о том, что Украина является постсоветским государством. В условиях советского тоталитарного строя законодательство о судебной системе строилось на идеологической догме П. Стучки о том, что «... советская власть ... является одновременно властью законодательной, исполнительной и судебной. Она не отрицает технического разделения труда, но отказывается от лицемерной теории разделения властей»<sup>4</sup>. Суды должны были выполнять социально-политический заказ государственных и партийных органов власти, а система советского правосудия находилась в зависимости от политических органов и их исполнительных структур<sup>5</sup>. При таких обстоятельствах о выполнении судами функции демократического контроля не могло быть и речи. Учитывая советское прошлое, в Украине не могли сформироваться глубокие национальные традиции судебного контроля, поэтому наша страна до сих пор находится в поиске собственного пути в этой сфере. Естественно, важными ориентирами выступают положения конвенций, резолюций и рекомендаций, посвященные путям улучшения доступа к правосудию и требованиям к его качеству, принятые под эгидой Совета Европы (соответственно, и в этом исследовании право Совета Европы играет ведущую роль).

<sup>2</sup> *Офіційний вісник України*. 2012. №101. Ст.3724.

<sup>3</sup> *Офіційний вісник України*. 2003. №28. Ст.1377.

<sup>4</sup> Стучка П. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига: Латгосиздат., 1964. С. 264.

<sup>5</sup> Суд радянської доби // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2012. №2 (6). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12hvosrd.pdf>.



## 1.2 Мотивирование судебных решений и право на справедливый суд

Статья 6 Европейской конвенции по правам человека (далее – Конвенция) устанавливает, что каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона (*право на справедливый суд*). Важным элементом права на справедливый суд является четкая мотивировка и надлежащее обоснование судебных решений.

Как определил Консультативный совет европейских судей (КСЕС) в Заключении № 11 (2008) о качестве судебных решений, судебное решение высокого качества – это решение, которое достигает правильного результата, насколько это позволяют предоставленные судье материалы, справедливым, быстрым, понятным и однозначным способом (п. 3 Заключения № 11 (2008))<sup>6</sup>.

В свою очередь, качество судебного решения зависит главным образом от качества его мотивирования. Изложение мотивов принятия решения не только облегчает понимание судебного решения и способствует признанию сторонами его сути, но в то же время и прежде всего является гарантией против нелегитимных решений. Во-первых, изложение мотивов обязывает судью дать ответ на аргументы сторон и указать доводы, лежащие в основе решения, обеспечивая таким образом его законность; во-вторых, это дает возможность обществу понять, каким образом функционирует судебная система (п. 34-35 Заключения № 11 (2008)) .

Право стороны на мотивированное судебное решение, а затем и обязанность суда мотивировать судебное решение признаны практикой Европейского суда по правам человека. Этот вопрос был поднят в деле «Пронина против Украины» (заявление №63566 / 00). Пенсионерка Светлана Пронина обратилась в городской суд с иском к пенсионному органу в связи с отказом начислить ей пенсию большего размера. В своем иске она утверждала, что в соответствии со статьей 46 Конституции Украины, пенсия не может быть ниже прожиточного минимума, в то время как размер ее пенсии ниже. Городской суд, сославшись на Закон Украины «О пенсионном обеспечении», в удовлетворении иска отказал. Суд высшей инстанции оставил это решение в силе, никак не отреагировав на аргумент истца относительно требования Конституции.

ЕСПЧ указал, что «... В этом деле заявительница обращалась в национальные суды с требованием разрешить ее пенсионный спор с органами социального обеспечения. Заявительница ссылалась, в частности, на положения статьи 46 Конституции, заявляя,

---

<sup>6</sup> Висновок №11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про якість судових рішень. URL: <https://rm.coe.int/opinion-n-11-2008-on-the-quality-of-judicial-decisions-/16806a1fbc>.

*что ее пенсия не должна быть ниже прожиточного минимума. Однако национальные суды не предприняли ни одной попытки проанализировать иск заявительницы под этим углом зрения, несмотря на прямую ссылку на положения статьи 46 Конституции при каждом обращении в каждую судебную инстанцию. Не в компетенции Суда решать, какой путь мог бы быть адекватным для национальных судов при рассмотрении этого аргумента. Однако, по мнению Суда, национальные суды, полностью игнорируя этот момент, хотя он имел особенное и важное значение, не выполнили свои обязательства в соответствии с пунктом 1 статьи 6 Конвенции» (пункты 23, 25)<sup>7</sup>.*

Как отметила КСЕС, «мотивы принятия решения должны быть согласованными, понятными, недвусмысленными ни непротиворечивыми. Они должны давать возможность читателю проследить логику мотивации, которая привела судью к принятию решения. ... При изложении мотивов принятия решения следует ответить на аргументы сторон, то есть на каждый отдельный пункт требований и каждый аргумент защиты. Это является важной гарантией, которая дает возможность сторонам убедиться в том, что их доводы были изучены, а значит, судья принял их во внимание. Обоснование не должно содержать никаких оскорбительных или критических замечаний относительно сторон (п. 36, 38 Заключения № 11 (2008))».

### 1.3 Проигравшая спор сторона – ключевой адресат судебного решения!

В Украине форма текстуальной презентации судебного решения отличается от принятой в Германии. В Германии собственно решение по делу подается *в начале* процессуального документа. Это определяет характер судебного стиля в немецкой литературе: «Отличительной чертой судебного стиля является выдвижение на первый план единого и окончательного, завершеного решения, которое в дальнейшем подлежит детальному и логическому обоснованию. «А вправе требовать от В передачи вещи на основании ст. 985 BGB», – отмечается как свершившийся результат, поскольку проверка того, действительно ли А принадлежит право требовать передачи вещи от В, уже в деталях осуществлена и на исходный вопрос получен утвердительный ответ. Рассуждения, которые привели к указанному результату, излагаются в строгом соответствии с правилами субсумции и, по возможности, «проблемно ориентированным» способом)<sup>8</sup>.

В Украине же резолютивная часть располагается в конце судебного решения. Впрочем, в любом случае, мотивировочная часть служит цели обоснования резолютивной части, и прежде всего в глазах проигравшей спор стороны.

<sup>7</sup> *Офіційний вісник України*. 2006. №47. Ст.3182.

<sup>8</sup> Bringewat, P. *Methodik der juristischen Fallbearbeitung*. 3. Auflage. Kohlhaemer, 2016. S.58.

Обычно сторона, выигравшая дело, довольна результатом. Уже сам факт победы ее радует. Несомненно, ей приятно найти в судебном решении аргументы в пользу своей позиции, но признать сторону-победителя придирчивым и требовательным читателем нельзя. Ее не нужно убеждать в том, что она права, — она и так в этом небезосновательно уверена.

В случае частичного удовлетворения требований сторона будет ждать аргументов, которые стали основанием для отклонения остальных ее требований. Она потенциально заинтересована в обжаловании судебного решения, если требования, которые не были удовлетворены, имеют для нее важное значение, поэтому она будет более пристальна к содержанию судебного решения.

И, конечно же, проигравшая дело сторона является наиболее внимательным читателем. Такой стороне важно понять, почему она проиграла<sup>9</sup>.

На необходимость уделить первоочередное внимание стороне, проигравшей дело, обратили внимание авторы пособия для судей по написанию судебных решений, изданного в рамках проекта USAID «Украина: верховенство права»: «Часто в текстах судебных решений несколько страниц отводится на анализ позиций как стороны, выигравшей дело, так и той, которая проиграла. Нередко внимание уделяется главным образом позиции или аргументам победившей стороны. Однако подробное рассмотрение позиций обеих сторон часто ведет к повторению сказанного ранее и не является необходимым. Во многих случаях отклонение или опровержение позиции проигравшей стороны означает признание правильности позиции выигравшей. Иными словами, во многих делах, рассмотренных судами первой и апелляционной инстанций, одна сторона настаивает на утверждении «Х», в то время как другая настаивает на утверждении «не Х». В таких случаях аналитическое опровержение «не Х» фактически означает подтверждение «Х». Таким образом, лицо, пишущее текст решения, должно осознавать озабоченность проигравшей стороны и посвятить аналитическую часть решения вопросу справедливости опровержения позиции именно этой, проигравшей, стороны, а не подтверждению позиции стороны победившей»<sup>10</sup>.

Так, Р. Куйбида и О. Сыроид обращают внимание на то, что контраргументы суда должны давать четкое представление о том, *почему* суд отвергает аргументы стороны. Здесь недостаточно сказать что-то вроде «позиция ответчика является более убедительной, чем позиция истца» или «утверждение ответчика является неверным, поскольку истец действовал правомерно». Это, скорее, вывод из анализа, который уже провел и должен был представить суд. Такой анализ всегда целесообразно воссоздать в судебном решении<sup>11</sup>. При

<sup>9</sup> Куйбида Р., Сыроид О. Посібник із написання судових рішень. С.14-15.

<sup>10</sup> Хоффер Р., Нетесайм Н. Написання судових рішень. Посібник для суддів. Київ: Проект USAID «Україна: верховенство права», 2010. С. 11-12.

<sup>11</sup> Куйбида Р., Сыроид О. Посібник із написання судових рішень. С.16.

этом изложение мотивов принятия решения не должно непременно быть длинным, поскольку следует найти соответствующий баланс между краткостью и должным пониманием принятого решения (п. 40 Заключения № 11 (2008)).

Анализ текстов решений украинских судов, в частности административных, свидетельствует о том, что эти рекомендации выполняются далеко не всегда. Справедливости ради следует отметить, что с течением времени качество отечественных судебных решений постепенно улучшается. Так, административные суды как специализированные суды, рассматривающие жалобы физических и юридических лиц на действия или бездействие субъектов властных полномочий в Украине, были созданы после вступления в силу Кодекса административного судопроизводства Украины в 2005 году. Если ранний этап деятельности этих судов характеризовался излишне лаконичными шаблонными решениями (особенно это касалось решений по жалобам на решения налоговых органов о применении финансовых санкций), то теперь они существенно «выросли» с точки зрения как их объема, так и глубины детализации. Впрочем, и сейчас в большинстве решений лучше представлена позиция стороны, *выигравшей* спор (ведь именно она совпадает с позицией самого суда!).

Кроме того, суды в Украине злоупотребляют цитированием законодательства. Большое по объему (и, наверное, более качественное с точки зрения суда) решение обычно содержит ссылки на все релевантные, по его мнению, нормы *с дословным воспроизведением текста таких норм*, то есть имеет место механическое копирование соответствующих статей (частей статей) из электронных текстов актов законодательства в текст судебного решения<sup>12</sup>. Проблема заключается в том, что суд не пытается объяснить, каким образом та или иная норма конкретно влияет на решение спора (часто на самом деле и не влияет вообще, то есть норма не является релевантной). Вследствие нагромождения в судебном решении цитат из законодательства аргументы сторон в споре просто трудно найти, а само решение является крайне сложным для прочтения и понимания.

#### 1.4 Практика ЕСПЧ: неожиданности в применении

Другая, специфическая именно для Украины, проблема качества судебных решений в аспекте их обоснования связана с использованием практики ЕСПЧ. Статья 17 Закона Украины от 23.02.2006 «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» закрепляет, что украинские суды применяют при рассмотрении дел Конвенцию и практику Суда как источник права. В свою очередь, судебная реформа в Украине проходит под

---

<sup>12</sup> См. напр. решение Черновицкого окружного административного суда от 25 марта 2020 года по делу № 824/29/20-а, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88428433>. Это решение является довольно типичным.

лозунгом как можно более полного применения практики ЕСПЧ при осуществлении правосудия. Кроме очевидных позитивов, это принесло и неожиданные последствия скорее негативного характера.

Прежде всего следует упомянуть проблему с релевантным применением практики ЕСПЧ, которая проявляется в том, что в украинских судебных решениях цитируются решения ЕСПЧ, которые, попросту говоря, «не о том». По утверждению начальника отдела Департамента исполнения решений ЕСПЧ Генерального директората по правам человека и верховенства права Совета Европы Павла Пушкаря и руководителя Департамента аналитической и правовой работы Верховного Суда Расима Бабанлы: «Иногда неуместное применение практики ЕСПЧ проявляется в использовании цитат из решений, которые были сформулированы Судом в отношении принципиально иных обстоятельств, или таких, которые обосновывают иные правовые выводы, чем те, к которым пришел Суд. Часто можно увидеть ссылки на решения ЕСПЧ без контекста самой применяемой нормы Конвенции, или без фактического контекста соответствующего решения. Произвольная трактовка таких цитат, которые иногда не отражают саму правовую позицию ЕСПЧ, закрепленную в деле, довольно часто имеет место даже без ознакомления с полным текстом решения ЕСПЧ. Такое применение практики ЕСПЧ может приводить к тому, что определенная правовая проблема решается, на первый взгляд, в соответствии с общепризнанными стандартами практики ЕСПЧ, однако на самом деле не учитывается то, что в данной ситуации имеются совершенно противоположные обстоятельства»<sup>13</sup>.

Еще более парадоксальной и острой является проблема использования решений ЕСПЧ ... с целью отстаивания прямо противоположных идей! Особенно показательным в этом плане является решение от 10.05.2010 г. по делу *«Серявин и другие против Украины»* (заявление № 4909/04). Всего в Едином государственном реестре судебных решений насчитывается более 15 000 актов правосудия, в которых упоминается приведенное решение ЕСПЧ. Чаще всего цитируется п. 58 решения: *«Хотя пункт 1 части 6 Конвенции обязывает суды обосновывать свои решения, его нельзя толковать как требование детального ответа на каждый аргумент. Степень выполнения обязанности по обоснованию решения, может быть различной в зависимости от характера решения»*<sup>14</sup>. При этом, как правило, ссылка на эту фразу служит цели отклонения аргументов сторон без указания каких-либо мотивов этого вообще.

Так, по делу об отводе судьи в уголовном производстве суд процитировал вышеупомянутый пункт решения по делу *«Серявин и другие против Украины»*, а также

<sup>13</sup> Бабанлы Р., Пушкар П. До питання про (не)релевантне застосування практики Європейського суду з прав людини: практичні поради. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/140972-do-pitannya-pro-ne-relevantne-zastosuvannya-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-praktichni-poradi>.

<sup>14</sup> *Офіційний вісник України*. 2011. №67. Ст.2833.

п. 41 Заключения № 11 (2008), согласно которому «обязанность судей излагать мотивы решений не означает необходимости отвечать на каждый аргумент защиты в поддержку каждой позиции защиты. Объем ожидаемой обязанности ответить на аргументы защиты может изменяться в зависимости от характера решения. Согласно практике ЕСПЧ такой ожидаемый объем мотивации решения зависит от различных доводов, приведенных каждой из сторон, а также от различных правовых положений, обычаев и доктринальных принципов и, кроме того, еще и от неодинаковых практик подготовки и принятия решений в разных странах». Лишь на основании этого суд принял решение отказать в удовлетворении ходатайства об отводе председательствующего в судебном производстве<sup>15</sup>.

В ином деле административный суд отметил, что право на мотивирование судебного решения является составляющей права на справедливый суд, гарантированного статьей 6 Конвенции. Однако это не помешало этому суду дальше сказать: «доводы истца, приведенные в апелляционной жалобе, основаны на произвольной трактовке фактических обстоятельств и норм материального права, а поэтому не требуют подробного ответа, поскольку, оценивая приведенные сторонами доводы, апелляционный суд исходит из того, что все конкретные, уместные и важные доводы сторон были проверены и проанализированы судом первой инстанции, и им было дано надлежащую правовую оценку»<sup>16</sup>.

Выше была рассмотрена лишь часть проблем, касающихся обоснования судебных решений в Украине и мешающих эффективному осуществлению судами демократического контроля. Подытоживая, можно сказать, что в обосновании судебного решения должна проявлять себя завершенная и понятная юридическая догматика, которая в Украине до сих пор не сформирована.

Корни таких проблем лежат в плоскости украинского юридического образования, соискатели которого в основном не получают элементарных навыков письменной юридической аргументации. Традиционный для Украины абстрактный описательный способ преподавания не дает студентам возможности подготовиться к практической юридической деятельности, в частности, к деятельности судьи и помощника судьи. Полезным с этой точки зрения будет изучение опыта Германии, где в основе юридического образования лежит отшлифованная на протяжении многих десятилетий методика решения юридических казусов. Первым в Украине практическим руководством по полноценному внедрению этого метода решения казусов как основы преподавания юридических дисциплин является учебное пособие «Методика решения

---

<sup>15</sup> Определение Малиновского районного суда г. Одессы от 05.11.2018 г. по делу № 521/21817/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81831948/>.

<sup>16</sup> Постановление Восьмого административного апелляционного суда от 17.03.2020 г. по делу № 500/1971/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88273495>.

юридических задач (казусов): теоретические и практические аспекты»<sup>17</sup>. Особое внимание в учебном пособии уделено и судебному стилю.

## 2 Гласность судебного процесса в современной культуре средств массовой информации

Гласность судебного процесса и его полная фиксация техническими средствами являются основными принципами судопроизводства в Украине, которые прямо закреплены в п. 6 ст. 129 Конституции Украины<sup>18</sup>. Уже сам этот факт указывает на взаимосвязь основных составляющих понятий данного раздела: «гласность» и «средства массовой информации», ведь именно в средствах массовой информации как в части публичного пространства, может использоваться зафиксированная техническими средствами информация о процессе и его результатах.

### 2.1 Принцип гласности судопроизводства в законодательстве Украины

Принцип гласности означает открытость рассмотрения дел в судах, а именно: обеспечение возможности присутствовать на слушании дела любому лицу, свободный доступ в зал судебного заседания не только лиц, участвующих в деле, но и всех других лиц, изъявивших желание присутствовать при разрешении спора. К числу указанных лиц относятся также представители средств массовой информации (далее – «СМИ»).

Открытое рассмотрение дел, с одной стороны, ведет к признанию и надлежащему выполнению международных стандартов в области прав человека и справедливого суда путем предоставления возможности различным лицам, в том числе членам мониторинговых миссий, непосредственно ознакомиться с работой суда, повышая его ответственность за законное и правильное разрешение дел, способствуя снижению субъективизма судей и позволяя всем желающим убедиться в соблюдении установленных процессуальным законом правовых процедур<sup>19</sup>. С другой стороны, сама судебная власть как институт и судьбы, которые осуществляют правосудие в ее составе, могут быть заинтересованы в гласности судебного разбирательства, поскольку она может предотвратить вмешательство в их работу со стороны исполнительной и законодательной ветвей власти или любых других ненадлежащих источников влияния, укрепляя доверие к судебной системе.

<sup>17</sup> Б. Шлоер, В. Поєдинок, І. Лукач, О. Косілова. Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти / за заг. Ред. Р. Мельника. Видавничий дім «Гельветика», 2020.

<sup>18</sup> Конституція України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>19</sup> Мониторинг судебных процессов. Пособие для практиков. URL : <https://www.osce.org/uk/odihhr/233511?download=true>.

Основными международно-правовыми актами по правам человека, которыми предусмотрена гласность (публичность) судебного разбирательства, являются Международный пакт о гражданских и политических правах от 16.12.1966 г., Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1959 г., Всеобщая декларация прав человека от 10.12.1948 г. Указанные международно-правовые акты действуют в отношении Украины, а поэтому Украина должна имплементировать международно-правовые обязательства обеспечения гарантий гласности судебного разбирательства в своем национальном законодательстве.

Кроме Конституции Украины, источниками национального права, регулирующими гласность судебного процесса в нашем государстве, являются: Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей»<sup>20</sup> от 02.06.2016 г., Закон Украины «Об обеспечении права на справедливый суд»<sup>21</sup> от 12.02.2015 г., Закон Украины «О доступе к судебным решениям»<sup>22</sup> от 22.12.2005 г., Гражданский процессуальный кодекс Украины от 18.03.2004 г.<sup>23</sup> (далее – ГПК Украины), Хозяйственный процессуальный кодекс Украины от 06.11.1991 г.<sup>24</sup> (далее – ХПК Украины), Уголовный процессуальный кодекс Украины от 13.04.2012 г.<sup>25</sup> (далее – УПК Украины) и Кодекс административного судопроизводства Украины от 06.07.2005 г.<sup>26</sup> (далее – КАС Украины).

## 2.2 Гласность судебного заседания и открытость информации по судебным делам

Нормы указанных актов национального законодательства Украины регулируют вопросы свободного доступа к судебному заседанию, содержат положения, расширяющие или ограничивающие право посещения открытого заседания в хозяйственных, уголовных, гражданских делах, а также делах, рассматриваемых в порядке административного судопроизводства, или тех, которые регулируют доступ к обвинительным актам, приговорам, решениям, постановлениям, определениям и другим подобным судебным документам.

---

<sup>20</sup> Про судоустрій та статус суддів : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>21</sup> Про забезпечення права на справедливий суд : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 18, № 19-20. Ст. 132.

<sup>22</sup> Про доступ до судових рішень : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 15. Ст. 128.

<sup>23</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст.492.

<sup>24</sup> Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст.56.

<sup>25</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст.88.

<sup>26</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.



Общим для процессуальных кодексов Украины является такой подход к закреплению принципов гласности и открытости судебного процесса:

- любое лицо имеет право присутствовать в открытом судебном заседании. От лица, желающего присутствовать в судебном заседании, запрашивается требование каких-либо документов, кроме документа, удостоверяющего личность;
- лица, присутствующие в зале судебного заседания, представители средств массовой информации могут проводить фотосъемку, видео- и аудиозапись с использованием портативных видео- и аудиотехнических средств без получения отдельного разрешения суда, но с учетом ограничений, установленных законом;
- судебное решение (полное или сокращенное), принятое в открытом судебном заседании, объявляется публично;
- если судебное решение объявляется публично, участники дела, другие лица, присутствующие в зале судебного заседания, представители средств массовой информации могут проводить в зале судебного заседания фотосъемку, видеозапись, трансляцию принятия решения по радио и телевидению, в сети Интернет.

Составной частью открытости судебного процесса является открытость информации о судебных делах. В процессуальных кодексах Украины<sup>27</sup> данный вопрос законодательно урегулирован следующим образом:

- никто не может быть лишен права на информацию о времени и месте рассмотрения своего дела или ограничен в праве получения в суде устной или письменной информации о результатах рассмотрения его судебного дела. Любое лицо, не являющееся участником дела, имеет право на доступ к судебным решениям в порядке, установленном законом (ч. 1 ст. 8 ГПК Украины, ч. 1 ст. 9 ХПК Украины, ч.1 ст. 11 КАС Украины);
- информация относительно суда, рассматривающего дело, участников дела и предмета иска, даты поступления искового заявления (жалобы) или любого иного заявления или ходатайства по делу, в том числе лица, подавшего такое заявление, принятых мерах обеспечения иска и (или) доказательствах, стадии рассмотрения дела, места, даты и времени судебного заседания, движения дела из одного суда в другой, является открытой и подлежит безотлагательному обнародованию на официальном веб-портале судебной власти Украины в порядке, опре-

---

<sup>27</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст.492; Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6, Ст.56; Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

деленном Положением о Единой судебной информационно-телекоммуникационной системе (ч. 3 ст. 8 ГПК Украины, ч. 3 ст. 9 ХПК Украины, ч. 3 ст. 11 КАС Украины);

- в случае вынесения судом определения о рассмотрении дела в закрытом судебном заседании информация по делу не раскрывается, кроме сведений о сторонах, предмете иска, дате поступления искового заявления, стадии рассмотрения дела, места, даты и времени судебного заседания, движения дела из одного суда в другой (ч. 4 ст. 8 ГПК Украины, ч. 4 ст. 9 ХПК Украины, ч. 4 ст. 11 КАС Украины).

В то же время законом<sup>28</sup> (ч. 5 ст. 8 ГПК Украины, ч. 5 ст. 9 ХПК Украины, ч. 5 ст. 11 КАС Украины) запрещается обнародование информации, отнесенной к категории «личная»:

- места жительства или нахождения физических лиц с указанием адреса, номера телефонов или других средств связи, адреса электронной почты, регистрационные номера учетной карточки налогоплательщика, реквизиты документов, удостоверяющих личность, уникальные номера записи в Едином государственном демографическом реестре;
- регистрационные номера транспортных средств;
- номера банковских счетов, номера платежных карт;
- информация, для обеспечения защиты которой рассмотрение дела или совершение отдельных процессуальных действий происходили в закрытом судебном заседании.

При обнародовании такой информации на официальном веб-портале судебной власти Украины указанные сведения заменяются буквенными или цифровыми обозначениями.

### 2.3 Ограничение гласности судебных заседаний

Вместе с тем и международные стандарты, и нормы национального законодательства Украины предусматривают возможность недопущения общественности на судебные заседания в особых случаях. Например, в соответствии со статьей 14 (1) Международного пакта о гражданских и политических правах недопущение прессы и представителей общественности может быть оправдано «... соображениями морали, общественного порядка или национальной безопасности, необходимыми в демократическом обществе, или в случае, когда того требуют интересы частной жизни сторон, или... при особых обстоятель-

---

<sup>28</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42, Ст.492; Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992, № 6. Ст. 56; Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

ствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия». Указанные стандарты предусматривают обязанность соблюдать конфиденциальность в целях защиты информации, что обуславливает необходимость проведения закрытых заседаний.

Что касается норм законодательства Украины, то ограничения в применении принципа открытости судебного рассмотрения дела имеют исключительный характер и приведены в перечне, не подлежащем расширенному толкованию судом, субъектами властных полномочий или иными лицами<sup>29</sup>. А именно закрытое судебное разбирательство допускается в случае:

- если открытое разбирательство может привести к разглашению государственной или иной охраняемой законом тайны, а также по ходатайству лиц, участвующих в деле, с целью обеспечения 1) тайны усыновления, 2) предотвращения разглашения сведений об интимных или других личных сторонах жизни лиц, участвующих в деле, или 3) сведений, унижающих их честь и достоинство (ст. 3 ГПК Украины)<sup>30</sup>;

- когда это противоречит требованиям по охране 1) государственной, 2) коммерческой или 3) банковской тайны, или 4) когда стороны или одна из сторон обоснованно требуют конфиденциального рассмотрения дела и подают соответствующее ходатайство до начала рассмотрения дела по существу. О рассмотрении хозяйственного дела в закрытом заседании или об отклонении ходатайства по этому поводу выносятся определение (ст. 4-4 ХПК Украины<sup>31</sup>); а также

- суд своим постановлением может объявить судебное заседание или его часть закрытыми с целью 1) неразглашения государственной тайны или 2) другой охраняемой законом информации, 3) защиты личной и 4) семейной жизни человека, 5) в интересах малолетнего или несовершеннолетнего лица, а также в других случаях, установленных законом<sup>32</sup>.

- согласно ст. 27 УПК<sup>33</sup>, следственный судья, суд может принять решение об осуществлении уголовного производства в закрытом судебном заседании в течение всего судебного разбирательства или его отдельной части лишь в случаях: 1) если обвиняемым является несовершеннолетний; 2) рассмотрения

---

<sup>29</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення судьям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд» [http://open-court.org/importants/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/importants/11512/?sphrase_id=23389).

<sup>30</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст.492.

<sup>31</sup> Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст.56.

<sup>32</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

<sup>33</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013, № 9-10, № 11-12, № 13. Ст.88.

дела о преступлении против половой свободы и половой неприкосновенности личности; 3) необходимости предотвратить разглашение сведений о личной и семейной жизни или обстоятельств, которые унижают достоинство лица; 4) если осуществление производства в открытом судебном заседании может привести к разглашению охраняемой законом тайны; 5) необходимости обеспечения безопасности лиц, участвующих в уголовном производстве. Кроме того, согласно ч. 3 ст. 27 Уголовно-процессуального кодекса Украины<sup>34</sup>, личные записки, письма, содержание личных телефонных разговоров, телеграфных и иных сообщений могут быть объявлены в открытом судебном заседании, если следственный судья, суд не примет решение об их исследовании в закрытом судебном заседании на основании пункта 3 части второй данной статьи.

Постановление суда о проведении закрытых заседаний по делу должно быть мотивировано и содержать исчерпывающие основания для принятия соответствующего обоснованного и правомерного решения.

#### 2.4 Осуществление фото-, видео-, аудиозаписи судебного заседания

Что касается возможности осуществлять фотосъемку, видео- и аудиозапись судебного процесса, то в результате вынесения судом решения о закрытом судебном заседании любое лицо, которое не является непосредственным участником дела, не наделяется соответствующим правом, как и вообще правом присутствовать во время судебных заседаний. Это связано с необходимостью создания условий для неразглашения сведений и обстоятельств, которые становятся предметом исследования в зале судебного заседания. В то же время суд не может ограничить право участника дела на осуществление письменных записей, заметок, проведение фотосъемки, видео- и аудиозаписи, ведение стенограммы судебного процесса. Однако участники дела не должны обнародовать вышеуказанную информацию, которая им стала известна в ходе рассмотрения дела.

Принцип гласности и открытости судебного процесса признается также Законом Украины «О судостроительстве и статусе судей». Этот Закон<sup>35</sup> содержит нормы об организации судебной власти и осуществлении правосудия в Украине. В ч. 1 ст. 11 указанного Закона закреплено, что судебные решения, судебные заседания и информация по делам, которые рассматриваются судом, являются открытыми, за исключением случаев, установленных законом. Также

<sup>34</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013, № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.

<sup>35</sup> Про судостроїть та статус суддів : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

любое лицо имеет право на свободный доступ к судебному решению в предусмотренном законом порядке. В контексте исследуемой темы о гласности судебного процесса в медиакультуре Украины необходимо обратить внимание на п. 4 ст. 11 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», где зафиксировано, что лица, присутствующие в зале судебного заседания, представители средств массовой информации могут проводить в зале судебного заседания фотосъемку, видео- и аудиозапись с использованием портативных видео- и аудиотехнических средств без получения отдельного разрешения суда, но с учетом ограничений, установленных законом. Трансляция судебного заседания осуществляется с разрешения суда.

Кроме ограничения в проведении фотосъемки, видеозаписи, а также трансляции закрытого судебного заседания, в указанной статье также имеется ссылка на то, что они должны осуществляться без создания помех в ведении заседания и реализации участниками судебного процесса их процессуальных прав, а именно: суд может определить место в зале судебных заседаний, с которого должна проводиться фотосъемка, видеозапись.

Необходимо обратить внимание на то, что законодательство Украины разделяет понятия «проведение фотосъемки, видеозаписи, а также трансляции судебного заседания» и «фиксация судебного процесса техническими средствами». Последнее употребляется, в частности, в ч. 6 ст. 11 «О судоустройстве и статусе судей»<sup>36</sup> и процессуальных кодексах: в соответствии с п. 15 ст. 7, ст. 247 ГПК Украины<sup>37</sup>, ст. 222 ХПК Украины<sup>38</sup>, ст. 229 КАС Украины<sup>39</sup>, официальной записью судебного заседания является лишь техническая запись, сделанная судом.

Это справедливо, так как несмотря на конституционное правило о гласности судопроизводства, все, что происходит в зале судебного заседания, должно происходить под контролем судьи, поскольку именно на него возложена обязанность по соблюдению законности при осуществлении судопроизводства. Если судья не давал право делать записи, не участвовал в сделанных записях, то он не может гарантировать соответствие сделанной записи действительным обстоятельствам хода судебного процесса<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Про судоустрій та статус судів : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>37</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст. 492.

<sup>38</sup> Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

<sup>39</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

<sup>40</sup> Гласність і відкритість судового процесу. URL : [https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge\\_base/284885/](https://gl.lv.court.gov.ua/sud1304/knowledge_base/284885/).

Также суд в ходе судебного разбирательства дела осуществляет полное фиксирование судебного заседания с помощью видео- и (или) звукозаписывающего технического средства в порядке, предусмотренном Положением о Единой судебной информационно-телекоммуникационной системе. Техническая запись судебного заседания является приложением к протоколу судебного заседания и после окончания судебного заседания приобщается к материалам дела. В соответствии со ст. 107 УПК Украины<sup>41</sup>, фиксация с помощью технических средств уголовного производства при рассмотрении вопросов следственным судьей, кроме решения вопроса о проведении негласных следственных (розыскных) действий, и в суде во время судебного производства является обязательной.

## 2.5 Открытость информации о судебных решениях в Украине

Отдельное внимание в контексте исследуемой темы следует уделить положениям Закона Украины «О доступе к судебным решениям»<sup>42</sup>, принятого в 2005 году с целью обеспечения открытости деятельности судов общей юрисдикции, прогнозируемости судебных решений и содействия одинаковому применению законодательства. Указанным Законом был создан Единый государственный реестр судебных решений (далее – «Реестр») как автоматизированная система сбора, хранения, защиты, учета, поиска и предоставления электронных копий судебных решений. На суды общей юрисдикции была возложена обязанность внесения всех изложенных в письменной форме судебных решений и особых мнений судей в данный Реестр.

Судебные решения, внесенные в Реестр, являются открытыми для бесплатного круглосуточного доступа на официальном веб-портале судебной власти Украины. Таким образом, любое лицо может осуществлять поиск, просмотр, копирование, распечатку судебных решений или их частей. Ограничения касаются только дел, рассмотрение которых осуществляется в закрытом режиме.

Законодательство Украины разграничивает понятия «официальное опубликование судебных решений» и «воспроизведение судебных решений в СМИ». Так, судебные решения считаются официально опубликованными при условии удостоверения Государственной судебной администрацией Украины, которая обеспечивает ведение Реестра, соответствия судебных решений оригиналам или электронным копиям судебных решений, внесенных в Реестр.

---

<sup>41</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.

<sup>42</sup> Про доступ до судових рішень : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 15. Ст. 128.

Что касается воспроизведения судебных решений в СМИ, то ст. 6 Закона Украины «О доступе к судебным решениям»<sup>43</sup> закрепляет, что:

- каждый имеет право полностью или частично воспроизводить судебные решения, провозглашенные судом публично, любым способом, в том числе путем обнародования в печатных изданиях, в СМИ, посредством создания электронных баз данных судебных решений.

- любое редактирование текста судебного решения не должно искажать его содержание;

- суд при осуществлении судопроизводства может использовать только текст судебного решения, который опубликован официально или внесен в Реестр.

В общем, создание Реестра следует рассматривать как полезный ресурс в работе как практикующих юристов и ученых, так и всех граждан, которым по каким-либо причинам необходимы ссылки на существующую в Украине судебную практику. Облегченный доступ к информации о правовых позициях высших судебных инстанций способствует унификации правоприменения.

## 2.6 Виды устройств для фиксации/съемки судебного процесса

Множество дискуссий<sup>44</sup> в Украине вызывает вопрос о том, какими устройствами разрешается проведение в зале судебного заседания фотосъемки, видео- и аудиозаписи, не являющихся официальной технической фиксацией судебного процесса. Анализ норм законодательства и публикаций в СМИ и на официальных интернет-страницах органов государственной власти<sup>45</sup> свидетельствует о том, что все устройства для проведения фотосъемки, видео- и аудиозаписи принято делить на две категории:

- 1) стационарная аппаратура;
- 2) портативные средства (устройства).

---

<sup>43</sup> Про доступ до судових рішень : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 15. Ст. 128.

<sup>44</sup> Интернет страница Института массовой информации // <https://imi.org.ua/advices/dozvil-na-zyomku-v-sudi-zalejit-vid-vidu-sudovogo-protsesu-rozysnennya-yuristiv-imi-i2360>

Интернет страница Украинской Хельсинкской группы по правам человека <https://hel-sinki.org.ua/articles/pravova-abetka-foto-ta-audio-video-zapys-pid-chas-sudovoho-zasidannya/>.

<sup>45</sup> Правила съемки в суде // Интернет страница Апелляционного суда Винницкой области: <https://court.gov.ua/sud0290/pres-centr/connect1/348352>

Що таке відкритість адміністративного процесу і які права мають журналісти? // Інтернет сторінка Одеського окружного адміністративного суду: <https://adm.od.court.gov.ua/sud1570/pres-centr/interview/352701> Правила знімання: коли потрібен дозвіл, а коли ні // Интернет страница Министерства юстиции Украины: <https://min-just.gov.ua/m/pravila-znimannya-koli-potriben-dozvil-a-koli-ni>.

В ч. 8 ст. 6 ГПК Украины, ч. 8 ст. 12 КАСУ, ч. 6 ст. 27 УПК Украины<sup>46</sup> регламентирован порядок проведения в зале судебного заседания фото-, видео-, звукозаписи с применением стационарной аппаратуры (а также трансляции судебного заседания по радио и телевидению, в частности), указано, что их проведение допускается исключительно на основании постановления суда при наличии согласия на это лиц, принимающих участие в деле. Таким образом, именно суд решает вопрос о предоставлении разрешения на проведение фото-, видео-, звукозаписи заседания с применением стационарной аппаратуры или отказе в предоставлении такого разрешения с указанием мотивов решения.

Проведение в зале судебного заседания фото-, видео-, звукозаписи с применением портативных устройств, которое гарантировано во всех процессуальных кодексах, не зависит от разрешения суда и является правом лица, которое принимает участие в деле или же находится в зале судебных заседаний на других основаниях:

- в соответствии с ч. 8 ст. 6 ГПК Украины<sup>47</sup>, участники гражданского процесса и другие лица, присутствующие на открытом судебном заседании, имеют право делать письменные записи, а также использовать портативные аудиотехнические устройства;

- в соответствии с ч. 8 ст. 12 КАС Украины<sup>48</sup>, лица, присутствующие в зале судебного заседания, могут использовать портативные аудиотехнические средства;

- в соответствии с ч. 6 ст. 27 УПК Украины<sup>49</sup>, каждый присутствующий в зале судебного заседания может вести стенограмму, делать заметки, использовать портативные аудиозаписывающие устройства.

При этом при реализации права на осуществление письменных записей, заметок, стенограмм и право на использование именно портативных устройств не требуется получение дополнительного разрешения суда, поскольку правовая кон-

---

<sup>46</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст.492; Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

<sup>47</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст.492.

<sup>48</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005, № 35-36, № 37. Ст. 446.

<sup>49</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013, № 9-10, № 11-12, № 13. Ст.88.



струкция, применяемая в актах процессуального законодательства по данному поводу, предусматривает гарантированность осуществления указанных прав в ходе судебного разбирательства<sup>50</sup>.

В дополнение к перечисленным нормам процессуальных кодексов ч. 3 ст. 11 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»<sup>51</sup> также предусматривает, что участники судебного процесса, другие лица, присутствующие в зале судебного заседания, представители средств массовой информации могут проводить в зале судебного заседания фотосъемку, видео- и аудиозапись с использованием *портативных* видео и аудиотехнических средств без получения отдельного разрешения суда, но с учетом ограничений, установленных законом.

Как видим, исследуемый вопрос достаточно четко урегулирован в законодательстве и соответствует конституционному принципу гласности судебного процесса. Поскольку фотосъемка, видео- и аудиозапись судебного заседания с использованием портативных видео- и аудиотехнических средств проводится без получения отдельного разрешения суда, можно сделать вывод о том, что возможность вынесения судом решения о разрешении или отказе в разрешении на реализацию вышеуказанного права в действующем законодательстве Украина не предусмотрена.

В то же время в законодательстве не даны определения понятий «стационарная аппаратура» и «портативные устройства». В украинском языке термин «портативный» означает «удобный для ношения при себе, для переноски с места на место, небольшой по размеру, негромоздкий»<sup>52</sup>. К техническим характеристикам портативного устройства можно отнести: способность к работе при перемещении в пространстве и возможность по своим свойствам функционировать без обязательной стационарной установки и без обязательного бесперебойного питания от сети.

Слово «*стационарный*» в украинском языке трактуется как связанный с постоянным или длительным нахождением на одном месте<sup>53</sup>. На практике часто происходит так, что отнесение устройства к стационарной или портативной аппаратуре связывается с использованием его с помощью штатива или

---

<sup>50</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення суддям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд» [http://open-court.org/importants/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/importants/11512/?sphrase_id=23389).

<sup>51</sup> Про судоустрій та статус судав : Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>52</sup> Тлумачний словник української мови <https://slovyk.ua/index.php?swrd=%D0%BF%D0%BE%D1%80%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D0%B9>.

<sup>53</sup> Тлумачний словник української мови <https://slovyk.ua/index.php?swrd=%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%86%D1%96%D0%BE%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BD%D0%B8%D0%B9>.

другого вспомогательного оборудования. Однако с технической точки зрения этот подход не является правильным, поскольку функционирование портативного оборудования не зависит от применения вспомогательного оборудования.

### **3 Защита личных неимущественных прав участников судебного процесса и обеспечение принципа гласности судопроизводства**

Дискуссия об обеспечении гласности судебного процесса невозможна без оценки возможного риска нарушения личных неимущественных прав участников судебного дела в результате фотосъемки и/или видео- и аудиозаписи в ходе судебного заседания. Действительно, обоснованными являются опасения относительно того, что разрешение на проведение фотосъемки, видео- и аудиозаписи с использованием портативных видео- и аудиотехнических средств без получения отдельного разрешения суда и без заслушивания мнения участников процесса может происходить вопреки требованиям ст. 307 Гражданского кодекса Украины<sup>54</sup> (далее – ГК Украины), согласно которой физическое лицо может быть снято на фото-, кино-, теле- или видеопленку только с его согласия. Следствием является нарушение права человека на приватность и конфиденциальность информации о физическом лице, а именно: права на индивидуальность (ст. 300 ГК Украины), права на личную жизнь (ст. 301 ГК Украины), права на уважение чести и достоинства (ст. 297 ГК Украины), права на неприкосновенность деловой репутации (ст. 299 ГК Украины) и другие.

Однако анализ законодательства Украины свидетельствует о том, что в Украине принят подход, согласно которому обеспечивается приоритет верховенства права и конституционного принципа гласности судебного процесса в отношении указанных личных неимущественных прав участников судебного процесса. Так, считается, что фотосъемка и/или видео- и аудиозапись в ходе судебного заседания являются фото- / видеofиксацией судебного процесса как осуществления правосудия, а не отдельного физического лица. Это обстоятельство исключает какие-либо ссылки физического лица на нарушение его личных неимущественных прав<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40-44. Ст.356.

<sup>55</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення судьям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд» [http://open-court.org/important/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/important/11512/?sphrase_id=23389).

Развитые демократические страны все же отказываются от принципа гласности судебного процесса в интересах обеспечения личных немущественных прав лица. Так, Верховный Суд США в 1965<sup>56</sup> и в 1981<sup>57</sup> годах вынес решение о запрете съемок при осуществлении правосудия и объяснил, что такой запрет не может рассматриваться как нарушение прав сторон процесса. В Германии действует разрешение на видеозапись только резонансных дел, которые представляют высокий общественный интерес, но в целом действует запрет проведения фото- или видеозаписи судебного процесса<sup>58</sup>.

Объяснением особенностей законодательного регулирования данного вопроса в Украине является то, что фиксация судебного процесса техническими средствами рассматривается как способ обеспечения гласности судопроизводства<sup>59</sup>, способствующий обеспечению прозрачности деятельности судебной ветви власти с целью повышения уровня доверия общества к судебной системе.

Таким образом, законодательство Украины предусматривает широкий перечень прав участников судебного процесса и посторонних лиц, включая представителей СМИ, на присутствие в судебном заседании, ознакомление с текстом судебных решений, проведение фото-, видео-, аудиозаписи судопроизводства. Такой способ обеспечения принципа гласности судопроизводства является максимально расширенным и имеет определенный приоритет перед защитой личных немущественных прав участников судебного процесса.

## 4 Противостояние свободы законотворчества и судебного контроля

В Конституции Украины установлено, что Украина является правовым государством (ст. 1); в Украине признается и действует принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8). Учитывая содержание ст. 8 Конституции Украины, верховенство права следует понимать, в частности, как механизм обеспечения контроля за использованием власти государством и защиты человека от произвольных действий государственной власти (абз. 3 3.1 решения Конституционного Суда Украины от 23.01.2020 г. №1-р / 2020)<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Сайт Верховного суда США <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/532/>.

<sup>57</sup> Сайт Верховного суда США <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/560/>.

<sup>58</sup> Закон про розширення медіапублічності судового процесу ФРН від 08.10.2017р. [https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGB1&jumpTo=bgb1117s3546.pdf#\\_bgb1\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgb1117s3546.pdf%27%5D\\_\\_1588711182859](https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1117s3546.pdf#_bgb1_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1117s3546.pdf%27%5D__1588711182859).

<sup>59</sup> Правила відеофіксації в суді: роз'яснення суддям, прокурорам, адвокатам, юристам, ЗМІ, вільним слухачам від ГО «Відкритий суд» [http://open-court.org/important/11512/?sphrase\\_id=23389](http://open-court.org/important/11512/?sphrase_id=23389).

<sup>60</sup> *Офіційний вісник України*. 2020. № 16. Ст. 632.

#### 4.1 «Качество закона» как требование к законодателю

Согласно практике Европейского суда по правам человека, принцип верховенства права требует, среди прочего, соблюдения требований «качества закона». Понятие «качество закона» означает, что национальное законодательство должно быть доступным для заинтересованного лица и предсказуемым, то есть содержать достаточно четкие положения для того, чтобы дать людям адекватные указания относительно обстоятельств и условий, при которых государственные органы имеют право принимать меры, которые повлияют на их конвенционные права (см., напр.: решение по делу *«Александр Волков против Украины»* (заявление № 21722/11), п.169-170)<sup>61</sup>.

Соблюдаются ли требования относительно качества украинских законов законодателем? Очевидно, далеко не всегда. Значительное количество нарушений в этой области является неизбежным следствием экстенсивного характера развития украинской нормативной базы и отсутствия преемственности политики в условиях частой смены правительств. Ситуация обострилась после парламентских выборов в Украине 2019 года, когда в результате формирования парламентского большинства одной фракцией возникла практика принятия законов в так называемом «турборежиме», что не могло не сказаться на их [законов] качестве. На пути применения некачественных законов в демократическом обществе стоят суды.

Говоря о судебном контроле как средстве обеспечения качества законов, следует различать контроль, осуществляемый Конституционным Судом Украины, и контроль, осуществляемый судами общей юрисдикции.

#### 4.2 Конституционный контроль за качеством законов.

Контроль, осуществляемый Конституционным Судом Украины, подразделяют на:

- *предварительный (превентивный)* – ст. 159 Конституции Украины: законопроект о внесении изменений в Конституцию Украины рассматривается Верховной Радой Украины при наличии заключения Конституционного Суда Украины о соответствии законопроекта требованиям статей 157 и 158 настоящей Конституции;

- *последующий* – ч. 1 ст. 150 Конституции Украины: Конституционный Суд Украины решает вопрос о соответствии Конституции Украины (конституционности): законов и других правовых актов Верховной Рады Украины; актов Президента Украины; актов Кабинета Министров Украины; правовых актов Верховной Рады Автономной Республики Крым.

---

<sup>61</sup> *Офіційний вісник України*. 2013. № 89. Ст. 3307.

Результаты последующего конституционного контроля имеют форму решения, а превентивного – заключения Конституционного Суда Украины. Несмотря на различия по форме, решения и заключения Конституционного Суда Украины являются обязательным к выполнению.

Среди решений, принятых Конституционным Судом Украины, конкретно упомянем лишь одно, имеющее непосредственное отношение к теме проекта – решение № 4-р / 2020 от 11.03.2020 г.<sup>62</sup>, которым признаны неконституционными изменения Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», внесенные в 2019 г. Указанными изменениями было уменьшено максимальное количество судей Верховного Суда с 200 до 100 и вообще поставлены под сомнение результаты реформирования Верховного Суда в Украине, которое было осуществлено в предыдущие годы. Принятие упомянутого решения Конституционного Суда Украины комментировала Венецианская комиссия Совета Европы; по словам ее Президента: «Комиссия была глубоко обеспокоена тем, что эти изменения приведут к серьезным изменениям в составе Верховного Суда, который уже был всесторонне реформирован на основании законодательства, принятого предыдущей Верховной Радой. Если бы это повторилось после выборов, и судьи, и общественность получили бы сообщение о том, что от воли соответствующего большинства в парламенте зависит, могут судьи высшего суда оставаться на посту или нет. Поэтому я поздравляю Конституционный Суд с его решением, которое укрепляет независимость не только Верховного Суда, но и украинской судебной власти в целом»<sup>63</sup>.

Принятие в 2017 г. концептуально нового Закона Украины «О Конституционном Суде Украины», без сомнения, положительно сказалось на деятельности этого органа. Это проявляется как в существенном увеличении количества дел, рассматриваемых Конституционным Судом, так и во внедрении нового для Украины инструмента защиты прав человека – конституционной жалобы, на которой остановимся подробнее.

Введенная в Украине в 2016 г. модель конституционной жалобы предполагает обязательное наличие конкретного судебного дела как предпосылки для обращения в Конституционный Суд Украины. Только примененный в конечном судебном решении в таком деле закон Украины может быть проверен на соответствие Конституции Украины. При такой модели лицо, обращающееся в Конституционный Суд Украины, естественно руководствуется стремлением защитить свои права, возместить возможные убытки и вернуть правоотношения в прежнее состояние, предшествующее применению положений неконституционного закона. Впрочем, здесь возникает ряд проблем:

---

<sup>62</sup> Решение Конституционного Суда Украины №4-р/2020 від 11.03.2020 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/3050>.

<sup>63</sup> UKRAINE - The President of the Venice Commission Buquicchio welcomes the judgment of the Constitutional Court. URL: <https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2916>.

- Закон «О Конституционном Суде Украины» предусматривает возможность при рассмотрении конституционной жалобы остановить исполнение решения суда по делу лица-заявителя, однако добиться такого решения на практике почти невозможно. Обеспечительный приказ может быть издан только Большой палатой Конституционного Суда Украины (ч. 1 ст. 78 Закона). В то же время, по общему правилу, Большая палата Конституционного Суда Украины не рассматривает конституционные жалобы (ст. 68 Закона). Зато сенаты Конституционного Суда Украины (органы Суда, специально созданные для рассмотрения конституционных жалоб) не наделены таким полномочием;

- на соответствие Конституции Украины по конституционной жалобе может быть проверен только примененный в конечном судебном решении закон Украины. Даже если Конституционный Суд Украины выявит неконституционность других правовых актов, связанных с оспариваемыми нормами и влияющих на решение дела по существу, он не имеет права выйти за пределы предмета конституционной жалобы и признать их несоответствующими Конституции Украины;

- процессуальное законодательство Украины не претерпело необходимых изменений для надлежащего обеспечения возможности восстановить предыдущее юридическое состояние, которое предшествовало применению судом правового акта, в дальнейшем признанного неконституционным. Соответствующие положения украинских процессуальных кодексов закрепляют, что судебное решение, которым закончено рассмотрение дела и которое вступило в силу, может быть пересмотрено в описанной ситуации только в том случае, если такое решение суда еще не выполнено (подробнее по этому поводу ниже в этом разделе);

- Конституционный Суд Украины по результатам рассмотрения конституционной жалобы может сделать вывод о конституционности закона Украины, но одновременно установить, что суд применил закон Украины, истолковав его способом, не соответствующим Конституции Украины. В таком случае Конституционный Суд Украины отмечает об этом в резолютивной части своего решения. Однако это ничего не дает лицу-заявителю, поскольку указанное не является основанием для пересмотра судебного решения в соответствии с процессуальными кодексами;

- согласно ч. 3 ст. 152 Конституции Украины, материальный или моральный ущерб, причиненный физическим или юридическим лицам актами и действиями, признанными неконституционными, возмещается государством в установленном законом порядке. В то же время правовые акты, признанные неконституционными, в соответствии с ч. 2 ст. 152 Конституции Украины, теряют силу не ранее дня принятия Конституционным Судом Украины решения о их неконституционности. Суды, ссылаясь на это положение, утверждают о безосновательности требований о

возмещении ущерба, поскольку решение Конституционного Суда Украины не имеет обратного действия во времени<sup>64</sup>.

Нет сомнений, что положения о конституционной жалобе в Украине нуждаются в совершенствовании. Ориентиром для этого, по нашему мнению, должен стать прежде всего опыт Германии, где конституционная жалоба является чрезвычайно эффективным инструментом защиты прав человека.

#### 4.3 Контроль за качеством законодательства, осуществляемый судами общей юрисдикции

Такой контроль представляется возможным разделить на (а) прямой и (б) опосредованный.

*Прямой судебный контроль* предусматривает возможность признания судами актов законодательства противоправными и недействительными. Такой контроль осуществляется административными судами путем рассмотрения административных дел о:

- законности (кроме конституционности) постановлений и распоряжений Кабинета Министров Украины, постановлений Верховной Рады Автономной Республики Крым;

- законности и соответствия правовым актам высшей юридической силы нормативно-правовых актов министерств, других центральных органов исполнительной власти, Совета министров Автономной Республики Крым, местных государственных администраций, органов местного самоуправления, других субъектов властных полномочий (ч. 1 ст. 264 Кодекса административного судопроизводства (КАС) Украины). Нормативно-правовой акт теряет силу полностью или в отдельной его части с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда (ч. 2 ст. 265 КАС Украины).

В отношении *опосредованного судебного контроля* за качеством законов ЕСПЧ неоднократно отмечал, что формулировка законов не всегда получается четкой, поэтому их толкование и применение зависит от практики. Роль рассмотрения дел в судах заключается именно в том, чтобы избавиться от таких интерпретационных сомнений с учетом изменений в повседневной практике (см., напр., решение по делу «*Веренцов против Украины*» (заявление №20372 / 11), п. 65)<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Д. Терлецький. Навіщо нам конституційна скарга? URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/navishcho-nam-konstituciynna-skarga.html>.

<sup>65</sup> *Офіційний вісник України*. 2013. №89. Ст. 3106.

В этой части отдельно хотелось бы остановиться на деятельности *Большой палаты Верховного Суда*, учитывая то, что реформирование Верховного Суда относится к ключевым достижениям судебной реформы в Украине.

В соответствии с ч. 3–5 ст. 346 КАС Украины, передача дела на рассмотрение Большой Палаты Верховного Суда возможна, если Верховный Суд, рассматривающий дело в кассационном порядке:

- считает необходимым отступить от заключения о применении данной нормы права в подобных правоотношениях, изложенного в ранее принятом решении;

- делает вывод о том, что дело содержит исключительную правовую проблему и такая передача необходима для обеспечения развития права и формирования единой правоприменительной практики.

#### 4.3.1 *Дело № 808/1628/18 (Чернобыльское)*

Важным делом, которое объединяет аспекты как отступления от заключения, сформулированного ранее, так и исключительной правовой проблемы, является дело № 808/1628/18, переданное на рассмотрение Большой Палаты постановлением коллегии судей Верховного Суда от 20.02.2020 г.

В 1986 году Истец как военнослужащий принимал участие в ликвидации последствий аварии на Чернобыльской АЭС и в связи с этим получает пенсию, учитывая инвалидность, в размере возмещения фактических убытков (II группа инвалидности).

В 2018 году Истец обратился в пенсионный орган с заявлением, в котором просил осуществить ему перерасчет пенсии с 01.10.2017 г., исходя из пятикратного размера минимальной заработной платы, установленной законом на 1 января соответствующего года. Пенсионный орган отказал ему в перерасчете пенсии на том основании, что он принимал участие в ликвидации последствий аварии на Чернобыльской АЭС *не во время прохождения действительной срочной службы*. Соответственно, Истец не подпадал под действие части 3 статьи 59 Закона «О статусе и социальной защите граждан, пострадавших вследствие Чернобыльской катастрофы», которая предусматривала начисление пенсии в указанном размере. Суд первой инстанции, с которым согласился суд апелляционной инстанции, отказал Истцу в удовлетворении иска к пенсионному органу по тем же основаниям.

В 2019 году в суд первой инстанции поступило заявление Истца о пересмотре судебного решения по исключительным обстоятельствам. Заявление обосновано тем, что решением Конституционного Суда Украины № 1-р (II) / 2019 от 25.04.2019 *было признано неконституционным* правило части 3 статьи 59 Закона «О статусе и социальной защите граждан, пострадавших вследствие



Чернобыльской катастрофы», согласно которому начисление пенсии, производящееся, исходя из пятикратного размера минимальной заработной платы, установленной законом на 1 января соответствующего года, распространяется только на военнослужащих, принимавших участие в ликвидации последствий Чернобыльской катастрофы во время прохождения действительной срочной службы и вследствие этого получивших инвалидность.

Суд первой инстанции, с которым согласился суд апелляционной инстанции, отказал Истцу в пересмотре решения по исключительным обстоятельствам. Суды ссылались на то, что в соответствии с пунктом 1 части 5 статьи 361 КАС Украины основанием пересмотра судебных решений в связи с исключительными обстоятельствами является установление Конституционным Судом Украины неконституционности закона, примененного судом при решении дела, *если решение суда еще не исполнено*. Поскольку решением суда первой инстанции в удовлетворении иска отказано, это судебное решение не подлежало исполнению, а поэтому не подлежит и пересмотру. Истец подал кассационную жалобу в Верховный Суд.

Верховный Суд неоднократно рассматривал дела, в которых решался этот вопрос. Так, в постановлении от 17.12.2019 г. по делу № 808 / 2492/18 Верховный Суд отметил, что наличие решения Конституционного Суда Украины № 1-р (П) / 2019 от 25.04.2019 г. не изменяет правового регулирования спорных правоотношений и не доказывает факт допущения судом ошибки при разрешении спора. На момент возникновения спорных правоотношений и на момент принятия решения судом закон действовал и подлежал применению. В этом же постановлении Верховный Суд указал, что решение об отказе в иске не может считаться невыполненным в контексте предписаний пункта 1 части 5 статьи 361 КАС Украины, поскольку решением, вступившим в законную силу и отказавшим в удовлетворении иска, принудительное исполнение не предусмотрено<sup>66</sup>.

В постановлении от 29.10.2019 по делу № 922/1391/18 Верховный Суд пришел к выводу, что предостережения о возможности пересмотра судебного решения в связи с исключительными обстоятельствами в случае, если оно еще не выполнено, основываются на принципе *res judicata*, то есть уважения к окончательному решению суда, в полной форме раскрывающемся в формуле «*res judicata pro veritate habetur*» – «судебное решение признается истинным». Суть этого принципа заключается в том, что решение суда, вступившее в законную силу, является обязательным, не может ставиться под сомнение и подлежит исполнению, то есть решение судом спорного вопроса признается истиной<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Постановление Верховного Суда от 17.12.2019 по делу №808/2492/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86387767>.

<sup>67</sup> Постановление Верховного Суда от 29.10.2019 по делу № 922/1391/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8532705>.

#### 4.3.2 *Позиция коллегии судей Кассационного административного суда (постановление от 20.02.2020)*

Коллегия судей считает, что применение нормы пункта 1 части 5 ст. 361 КАС Украины приведенным выше способом исключает эффективную защиту и восстановление прав лица, которому отказано в удовлетворении иска в результате применения закона, признанного впоследствии неконституционным.

Учитывая это, коллегия судей считает необходимым отступить от правовых выводов, изложенных в предыдущих судебных решениях. Институт исключительных обстоятельств преследует цель обеспечить пересмотр судебных решений, принятых с нарушениями, которые имели существенное влияние на решения дела. Признание закона неконституционным, неприменение судом конституционного закона, преступные действия судьи, нарушение Украиной международных обязательств при решении дела судом – все это свидетельствует об ошибке со стороны государства и подрывает доверие к судебному решению (п. 40 постановления от 20.02.2020).

Нарушения принципа *res judicata* связаны с тем, что этот принцип направлен прежде всего на предотвращение пересмотра судебных решений, вступивших в законную силу, по инициативе государства. Однако отсутствует релевантная практика, которая ограничивала бы право человека инициировать пересмотр судебного решения, принятого в результате существенных ошибок со стороны государства, в частности, таких, как неконституционность закона (п. 42 постановления от 20.02.2020). Если в иске отказано, то такое решение не выполняется (и не может быть выполнено по объективным причинам). Оно не может быть «еще не выполненным». Итак, к этому виду решений не может быть применено такое условие пересмотра, как то, что решение суда еще не исполнено. Учитывая это, пересмотр судебных решений, которыми отказано в удовлетворении иска, на основании п. 1 ч. 5 ст. 361 КАС Украины по исключительными обстоятельствам возможен во всех случаях (п. 58 постановления от 20.02.2020).

Кроме несогласия с решениями судов и намерением отступить от их выводов, коллегия судей считает, что затронутые вопросы имеют признаки исключительной правовой проблемы. Исключительная правовая проблема должна оцениваться с учетом количественного и качественного измерений. По количественному критерию после принятия решения Конституционного Суда Украины № 1-р (II) / 2019 от 25.04.2019 г. начались массовые обращения в суды с исками о пересмотре подобных судебных решений по исключительным обстоятельствам. Таким образом, по актуальности каждое следующее решение Конституционного Суда Украины, особенно в делах, касающихся социальных прав, влечет возникновения подобных ситуаций. Кроме того, проблема является «межюрисдикционной», ведь все процессуальные кодексы предусматривают институт пересмотра судебных реше-

ний по исключительным обстоятельствам вследствие установления Конституционным Судом Украины неконституционности закона, примененного судом при решении дела. Зато практика его применения различается.

Учитывая вышесказанное, коллегия судей Кассационного административного суда приняла решение передать дело № 808/1628/18 на рассмотрение Большой Палаты Верховного Суда<sup>68</sup>.

#### 4.3.3 *Позиция Большой Палаты Верховного Суда (постановление от 25.03.2020)*

В приведенном в постановлении кассационного суда обосновании Большая Палата Верховного Суда не видит оснований, которые в аспекте фактических обстоятельств дела позволяют по количественным и качественным критериям усмотреть в них исключительную правовую проблему, решение которой необходимо для обеспечения развития права и формирования единой правоприменительной практики (п. 12 постановления от 25.03.2020). Дело возвращено Кассационному административному суду в составе Верховного Суда<sup>69</sup>.

На момент написания этой работы окончательное решение по вышеупомянутому делу еще не принято; несмотря на надежды на то, что Большая Палата поддержит подход коллегии судей Кассационного административного суда, изложенный в постановлении 20.02.2020 г. Однако считаем, что Большая Палата фактически самоустранилась от решения проблемы, не предоставив ни одного содержательного опровержения наличия исключительной правовой проблемы.

#### 4.3.4 *Рейтинг*

Рассмотренное дело сигнализирует о наличии системной проблемы на уровне законодательства. Как уже отмечалось, все процессуальные кодексы (всего их в Украине четыре) содержат норму о пересмотре судебных решений по исключительным обстоятельствам вследствие установления Конституционным Судом Украины неконституционности закона, примененного судом при решении дела, и, как оказалось, такая норма является некачественной, при том, что все процессуальные кодексы в Украине были изложены в новой редакции в 2017 году уже в контексте судебной реформы. Так, истец, которому в удовлетворении иска отказано, фактически лишается права на пересмотр решения на основании признания неконституционным закона, примененного в его деле. Это касается даже истца, который прошел все инстанции в судах общей юрисдикции, обратился с конституционной жалобой в Конституционный Суд

---

<sup>68</sup> Определение Кассационного административного суда Верховного Суда от 20.02.2020 по делу №808/1628/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87758201>.

<sup>69</sup> Определение Большой Палаты Верховного Суда от 25.03.2020 по делу №808/1628/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88739736>.

Украины и добился признания закона неконституционным – при таком подходе он не может рассчитывать на пересмотр решения. Институт пересмотра дела в исключительных обстоятельствах фактически перестает действовать и теряет практическое значение<sup>70</sup>.

Деятельность Большой Палаты Верховного Суда сигнализирует еще об одной проблеме в процессуальном законодательстве, специфической именно для Украины. Дело подлежит передаче на рассмотрение Большой Палаты Верховного Суда каждый раз, когда участник дела оспаривает судебное решение на основании нарушения правил предметной юрисдикции, то есть разграничения компетенции гражданских, уголовных, хозяйственных и административных судов. Как свидетельствуют отчеты рассмотрения дел Большой Палатой Верховного Суда, абсолютное большинство дел, ею рассматриваемых, касаются вопроса о юрисдикции, то есть решения о том, в порядке какого судопроизводства должен рассматриваться спор:

- административного или гражданского/хозяйственного;
- гражданского или хозяйственного;
- административного или уголовного, а также
- уголовного или гражданского/хозяйственного<sup>71</sup>.

Проблема предметной юрисдикции судов превратилась в «хроническую» для Украины и связана с параллельным существованием гражданских и хозяйственных судов, решающих частноправовые споры, и относительно недавним введением в правовое поле Украине отдельных административных судов. Доктринальные корни этой проблемы лежат в советском прошлом Украины, когда правовая доктрина отвергала разделение права на частное и публичное (соответственно, не сформировались четкие и бесспорные критерии разграничения публично-правовых и частноправовых споров). Вместе с тем, следует снова подчеркнуть, что нормы всех четырех процессуальных кодексов в Украине (включая статьи этих кодексов относительно юрисдикции!) были изложены в новой редакции в 2017 г., и тем не менее законодатель не смог выписать соответствующие положения так, чтобы устранить правовую неопределенность в этой области.

---

<sup>70</sup> Определение Касационного административного суда Верховного Суда от 14.05.2020 по делу №808/1628/18 (п.59). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89251033>.

<sup>71</sup> Рассмотрение дел Большой Палатой Верховного Суда. URL: [https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro\\_sud/rozgl\\_sprav\\_vp\\_vs/](https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/rozgl_sprav_vp_vs/).

## Роль юридической науки в поиске и обосновании судебного решения

*Проф. д-р Томас Манн / Доц. юр. Шагхае Киан*

В соответствии с системно-теоретическим подходом, предложенным Никлаусом Луманом, вопрос о роли науки права в практической деятельности судов выглядит недопустимым, ведь выделение и дифференциация этих отдельных автопоэтических подсистем (функциональных систем) из тех системных сред, в которых они существуют, с помощью бинарного кодирования происходит для общественной функции системы «право» с помощью двоичного кода «правомерно / противоправно»<sup>1</sup>, а в научной системе – в соответствии с кодированием «истинно/ложно»<sup>2</sup>. Строгое следование этой дифференциации по-нуждает судьбу как центрального актера функциональной системы «право» не участвовать в дискурсе институтов науки (в частности, университетов и научных журналов), и наоборот, ученым, чья деятельность находится в ином коде, не позволяется влиять на судебный поиск и установление права. Однако даже сам Луман не следует своему подходу со всей строгостью, когда описывает теорию науки как форму структурного сцепления системы науки с теориями отображения других функциональных систем, понимая ее как идею контактной точки, не желая подвергать сомнению свое фундаментальное деление, оперативную закрытость и функциональную автономию отдельных систем, в данном случае правовой системы и системы науки: «Как всегда, правовая си-

---

<sup>1</sup> Luhmann: Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 67, 147, 215 ff.

<sup>2</sup> Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft. 1990, S. 271 ff.

стема занимается нормативными ожиданиями, а научная система – исследованиями. По-прежнему, не допускается выведение норм из фактов, а любой скрытый обман в этом вопросе можно разоблачить. Тем не менее, избрав соответствующую терминологию, можно создать механизм их структурного сцепления. В этом случае перед системой «наука» будет стоять извечный вопрос, что делать с системами «самоописывания/самоописания», для которых она сама является объектом исследования. Со своей стороны, правовая система, благодаря понятийным достижениям, которые предлагает теория самореферентных систем, могла бы обеспечить собственную саморефлексию, поскольку она функционирует в нормативной науке»<sup>3</sup>.

Эта социологическая находка получила впечатляющее подтверждение в реалиях немецкой практики правосудия, поскольку, в отличие от Украины, взаимозависимость юридической науки и практики правоприменения имеет четко выраженный характер. Почему в Германии имеет место именно такой путь развития, конечно, следует изучить более внимательно. Рабочая гипотеза должна отталкиваться от эмпирических фактов юридического образования и подготовки, а они, начиная еще с первых семестров следуют модели соединения научного дискурса с разрешением практических дел и споров<sup>4</sup>. Перед тем, как далее, в пункте V, будет изучен этот вопрос в более широкой плоскости, сначала, оглянувшись назад, следует установить, а не обязаны ли суды, на которые, согласно действующему в Германии праву, возложено принятие решений, в своих приговорах и решениях разбираться с правовыми взглядами, по крайней мере теми, которые могут привести к альтернативным решениям по переданным на их рассмотрение спорам.

## 1 Минимальные требования к содержанию судебного решения

Ответ на поставленный выше вопрос следует искать в соответствующих процессуальных законах различных юрисдикций, ведь они порой содержат точные указания по абстрактному наполнению судебных решений.

Что касается сферы административного судопроизводства, в абз. 2 § 117 Кодекса административного судопроизводства Германии (VwGO) закреплено необходимое содержание судебного решения. В дополнение к так называемому «рубруму», в котором должны быть указаны имена сторон, их законных и/или уполномоченных представителей, их профессии, места проживания и статус в процессе, название суда и имена тех, кто входит в его состав при поиске и постановлении судебного решения (п. 1 и 2 абз. 2 § 117 Кодекса административного судопроизводства Германии (VwGO)), в установленном там

<sup>3</sup> Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 543 f.

<sup>4</sup> По данному поводу: Hundertmark, *Die Ausrichtung der juristischen Ausbildung (in diesem Band) unter C. I. 1.*

перечне также есть требование указать формулу решения (пункт 3), юридический состав применяемой нормы (пункт 4), мотивы решения (пункт 5) и средства правовой защиты (пункт 6). А местом, где может состояться спор с соответствующими равнонаправленными взглядами, представленными в юриспруденции, является исключительно часть, в которой обосновывается/мотивируется решение. Что именно должно быть содержанием обоснования/мотивов решения в свою очередь, вытекает из предложения 2 абзаца 1 § 108 Кодекса административного судопроизводства Германии (VwGO). Согласно ему, необходимо, чтобы в судебном решении «были указаны основания/мотивы, которыми руководствовались судьи». Положение, аналогичное указанному<sup>5</sup>, закреплено в абз. 3 § 313 Гражданского процессуального кодекса Германии (ZPO), согласно которому мотивация решений по гражданским делам должна иметь вид «короткого итогового изложения соображений, на которых фактически и юридически основывается решение»<sup>6</sup>.

Таким образом, из дословной формулировки предложения 2 абз. 1 § 108 Кодекса административного судопроизводства Германии (VwGO), абз. 3 § 313 Гражданского процессуального кодекса Германии (ZPO), не следует четкого обязательства учитывать дискурсы правовой науки, которые имеют значение для принятия соответствующего решения. В противоположность этому, можно только подтвердить принципиальное деление, известное из теории систем: судебные решения вовсе не являются научными работами, которые имеют целью определить состояние посредством кода истинно/ложно, служа только практической цели определения, что есть правомерным, а что противоправным<sup>7</sup>.

## 2 Различные функции обоснования решений

Однако приведенная выше оценка выглядит иначе, если в рассмотрение включено *ratio legis* требования обоснования, ведь такое основание соответствующих процессуальных норм, как их масштаб выведено из предписания абз. 1 ст. 3 Основного закона<sup>8</sup>, согласно которым существует конституционный запрет на произвол, и претендует на действительность именно в отношении третьей ветви власти<sup>9</sup>. Ввиду конституционной связанности судьи законом и правом

<sup>5</sup> BeckOK VwGO/*Lambiris*, Stand 07/20, § 117 Rn. 18.

<sup>6</sup> § 313 III Гражданского процессуального кодекса Германии (ZPO) применяется соответственно и в процессах в случае возникновения споров по трудовому праву, сравни: § 46 II 1 Закон о трудовых спорах (ArbGG), а также в производствах в социальных судах, сравни: §§ 128 I 2, 202 Закона о социальном суде (SGG, Sozialgerichtsgesetz).

<sup>7</sup> Сравни: Eyermann/*Kraft*, 15. Aufl. 2019, VwGO § 117 Rn. 19; Schoch/Schneider/*Clausing/Kimmel*, VwGO, 39. EL 2020, 117 Rn. 18.

<sup>8</sup> BVerfGE 58, 163 (167 f.).

<sup>9</sup> BVerwG, NVwZ 1993, 975 (976).

(абз. 3 ст. 20 Основного закона), обоснование требуется «по крайней мере тогда и до той степени, которая позволяет отойти от однозначной и дословной формулировки правовой нормы, а причина этого, исходя из известных или легко узнаваемых для сторон обстоятельств и особенностей случая, еще не обнаружилась себя с достаточной четкостью»<sup>10</sup>.

Учитывая сказанное, становится прежде всего понятно, что, обосновывая принятое решение, судья, конечно, обязан цитировать юридические основания, на которые суд должен опираться, однако он не должен загромождать свои доводы тем предпосылками юридического состава нормы, которые являются фактически или юридически очевидными или с ними безусловно соглашаются стороны. Если же между сторонами существует спор о существовании отдельных признаков юридического состава, суду следует изложить свое обоснование решения и объяснить причины, по которым он считает правильным именно такой взгляд. Пространные цитаты академической литературы в данном случае будут лишние настолько, насколько и ссылки на другие судебные решения<sup>11</sup>. Если же участвующие в процессе ранее отстаивали позиции, которых в литературе придерживается меньшинство авторов, обращаясь к ним в своих письменных заявлениях и ходатайствах, подробно их раскрывая, то в мотивах решения по сути можно ожидать ответ и на них. Это касается особенно тех случаев, когда речь идет о правовом вопросе, по которому в литературе идут споры и отсутствует согласие и которое касается предмета текущего спора и соответствующего решения<sup>12</sup>, или если суд, рассматривающий дело, отклоняется от ранее состоявшейся и устоявшейся правовой позиции и присоединяется к представленной в литературе точке зрения меньшинства<sup>13</sup>. Именно тогда суд должен доказать, что его правовая позиция не является своейвольной прихотью, а новое юридическое убеждение опирается на убедительные научные аргументы, ведь суды только тогда удовлетворяют рациональные ожидания, которые легитимно доносят в своих заявлениях и ходатайствах стороны, когда отклонение с их стороны от общепризнанных в судебной практике позиций, как и решения, принятые на основании противоречивых научных позиций, представленных в литературе, они мотивируют весомыми научными аргументами<sup>14</sup>.

Разная интенсивность обоснования/мотивировки решений, изложенная выше, как и возможное обращение к литературе связаны с функцией мотивации соображений и требованиями, которые выдвигаются по этому поводу. В связи с этим во

---

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 1987, 1619 (1620).

<sup>11</sup> MüKoZPO/Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 313 Rn. 15; Musielak/Voit/Musielak, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 313 Rn. 11; Saenger/Saenger, ZPO, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 33.

<sup>12</sup> BVerfG, NJW-RR 1995, 1033 (1034).

<sup>13</sup> MüKoZPO/Musielak ZPO, 6. Aufl. 2020, § 313 Rn. 15.

<sup>14</sup> Так, о взаимосвязи между государственной властью и наукой при принятии решений о рисках: Gärditz, FAZ v. 18.03.2021, S. 11.



всех возможных видах юридических процессов следует разграничивать<sup>15</sup> три важных аспекта<sup>16</sup>:

- выполнение первичной функции обоснования судебного решения предусматривает достижение согласия с решением по делу сторон и причастных к спору лиц, что выходило бы за простое признание государственной власти, именем которой действует суд<sup>17</sup>. При этом информирование осуществляется посредством мотивирования/обоснования, что, в конце концов, является необходимым коррелятом оценочной прерогативы, которая принадлежит судье;

- вторая функция обоснования подтверждает его важность для гарантирования и защиты прав. Это также соответствует требованиям соблюдения принципов правового государства. Лишь когда стороне, проигравшей спор, будет наглядно продемонстрировано причины, по которым суд не удовлетворил ее требования, она сможет достоверно оценить шансы на успех продолжения спора/дальнейшего апеллирования и т.д.<sup>18</sup>;

- и в конце концов, реализация контрольной функции (третий аспект), что имеет значение для апелляционной или ревизионной инстанций<sup>19</sup>. Только в случае, если суд изложит свои основные соображения в мотивировке, следующая инстанция сможет проверить правильность принятого судом низшего уровня решения. Обоснование должно продемонстрировать, выполняются ли предпосылки и требования примененных правовых предписаний, на которых базируется решение, или, соответственно, почему это не так<sup>20</sup>.

Например, в административно-процессуальном праве<sup>21</sup> с точки зрения прав ревизионной/кассационной инстанции абсолютной причиной пересмотра является отсутствие мотивировки решения (п. 6 § 138 Кодекса административного судопроизводства Германии (VwGO)). Такое вряд ли возможно на практике, но суд приравнял отсутствие мотивировки в решении к ситуации,

---

<sup>15</sup> В уголовном процессуальном праве принцип «ne bis in idem» (не допускается наказание дважды за одно и то же) приводит к тому, что юридический состав в письменном изложении судебного решения описывает жизненную ситуацию, оцененную в окончательном судебном решении, которое, таким образом, ограничивает диапазон уголовного преследования, сравни: Karlsruher Kommentar zur StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl. 2019, § 267 Rn. 1; Münchener Kommentar zur StPO/Wenske, 2016, § 267 Rn. 31

<sup>16</sup> По данному поводу: Kopp/Schenke, VwGO, § 108 Rn. 30. Соответственно к § 267 StPO: Karlsruher Kommentar zur StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl. 2019, § 267 Rn. 1; MüKoStPO/Wenske, StPO, 2016, § 267 Rn. 32 ff.

<sup>17</sup> EGMR, NJW 1999, 2429; Oswald, NJW 2020, 3701 (3702); Arz/Gemmer, JA 2020, 608 (611).

<sup>18</sup> Stein, JuS 2014, 320. Kurpat, Das Zivilurteil, 8. Aufl. 2017, Rn. 581; Balzer/Walther, Das Urteil im Zivilprozess, 3. Aufl. 2018, Rn. 311.

<sup>19</sup> BeckOK VwGO/Lambiris, Stand: 07/20, § 117 Rn. 18; Schoch/Schneider/Clausing/Kimmel, Stand 7/20, VwGO § 117 Rn. 18; Stein, JuS 2014, 320; Oswald, NJW 2020, 3701 (3702).

<sup>20</sup> Eyermann/Kraft, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 117 Rn. 18.

<sup>21</sup> Соответствующие положения содержатся в Гражданском процессуальном кодексе (п. 6 § 547) и в Уголовном процессуальном кодексе (п. 7 § 338).

когда решение является настолько некачественным, что приведенная в нем мотивировка не дает возможности выполнить упомянутую выше функцию обоснования. Это особенно справедливо в отношении случаев, когда аргументация «не позволяет понять рассуждения, которые были решающими для принятия решения, поскольку приведенные причины не подлежат рациональному пониманию, являются, по сути, бессмысленными или иным образом совершенно неудовлетворительными»<sup>22</sup>.

### 3 Обязанность включать выводы юридической науки в судебные решения?

На этом фоне возникает вопрос, почему немецкий законодатель не предусмотрел, по крайней мере в сложных или нетипичных случаях, обязанности судов по рассмотрению или даже принятию во внимание научных знаний, представленных в юридической литературе.

#### 3.1 Конкретный нормоконтроль как исключительный случай

В немецком процессуальном праве существует, по сути, только одна ситуация, в которой на суд возложена обязанность провести добросовестную оценку юридической литературы. Речь идет о так называемых «представлениях судей», получивших название конкретного нормоконтроля в соответствии со ст. 100 Основного закона. Однако и в этой ситуации обязанность непосредственно вытекает не из дословной формулировки положения Конституции, в котором говорится лишь о том, что суд «считает» определенный закон неконституционным (предложение 1 абз. 1 ст. 100 Основного закона). Однако Федеральный конституционный суд, обратив свое внимание на рамки допустимости таких представлений, закрепил строгое требование, согласно которому в решении «следует подробнее раскрыть убеждение суда, подавшего обращение, в том, что рассматриваемая норма является неконституционной. В решении нужно подробно рассмотреть правовую ситуацию и учесть те юридические взгляды, которые представлены в литературе и выработаны судебной практикой, а также являются важными для толкования проверяемой нормы»<sup>23</sup>. Причина таких высоких требований заключается, пожалуй, в том, что, останавливая производство с целью обратиться в Федеральный конституционный суд (BVerfG), обращающийся суд этим своим действием сначала отказывает сторонам процесса в разрешении их спора, хотя конституционная гарантия правосудия тре-

<sup>22</sup> BVerwG, NVwZ 2012, 52 (55); NJW 2003, 1753 (1753 f.).

<sup>23</sup> BVerfGE 79, 240 (273 f.) – ständige устоявшаяся судебная практика, сравни, например: BVerfGE 76, 100 (104); 78, 1 (5); 86, 71 (77); 92, 277 (312); 97, 49 (60); 121, 108 (117).

бует от судьи избегать задержек в производстве, когда и насколько это возможно<sup>24</sup>. Только благодаря введению строгих преград, сужающих приемлемость обращения, среди которых существует даже требование обратиться к выводам юридической литературы, – так звучит соответствующее *ratio* – можно предотвратить халатное затягивание процесса той или иной стороной в соответствии с предписанием ст. 100 Основного закона. В то же время с этим резонирует идея субсидиарности конституционного правосудия<sup>25</sup>: основным заданием суда в той или иной инстанции обычной юрисдикции является поиск пути принятия окончательного и по существу убедительного решения, вместо поиска того, что позволило бы обратиться в Конституционный суд.

### 3.2 Судейская независимость как конституционная гарантия

Закрепленная законом обязанность учитывать научные знания, вне этого особенного случая, вступила бы в конфликт с предписанием ст. 97 Основного закона, в которой конституционно закреплена судейская независимость<sup>26</sup>.

В связи со своей предметной/материальной независимостью судья в собственной судебной практике свободен в вопросе того, как применять закон<sup>27</sup>. Вопрос о том, использует ли судья, уполномоченный принять решение по существу дела, как, кстати, и компетентный суд, мнения, высказанные в литературе по юридическому вопросу, который ему предстоит разрешить, и касающиеся конкретного случая действующего закона, а следовательно, законодатель не может оказывать на это никакого влияния, потому что в данной ситуации достаточно лишь конституционных причин<sup>28</sup>. Федеральный конституционный суд сформулировал эту идею следующим образом: «В рамках независимого принятия своих решений объем и степень использования судом для этого судебной практики, в принципе, зависят от предмета его служебного усмотрения как обязательства. Нарушением запрета произвола не является то, что суд не прибегает к более глубокому изучению решения другого суда, на которое ссылается сторона в судебном производстве, особенно когда оно опубликовано лишь в форме одного лейтмотива и заинтересованная сторона, в свою очередь, не считает нужным подробнее разобраться с его содержанием»<sup>29</sup>. Размышление, высказанное во втором предложении, касается исключительно цитат из судебной практики и совпадает с утверждением, сделанным выше в пункте II относительно интенсивности экскурсии к научной литературе.

---

<sup>24</sup> Сравни: BVerfGE 78, 165 (178).

<sup>25</sup> Такие доводы у: Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 152.

<sup>26</sup> Подробно по данному поводу: Bellroth (in diesem Band).

<sup>27</sup> Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, Stand 08/20, Art. 97 Rn. 48.

<sup>28</sup> Redeker, NVwZ 1992, 713 (715).

<sup>29</sup> BVerfG, NJW 1987, 2499.

Прежде всего, выполнение основной функции мотивирования решения требует, чтобы суд дал понять, что разобрался с доводами, представленными сторонами по делу. Если документы причастных к спору лиц касаются работок юридической науки, то, как видно на примере руководящих принципов, цитируемых Федеральным конституционным судом (BVerfG), все зависит от того, является ли отсылка лишь случайной и формальной, или же она подробно разработана и затрагивает суть спора. Правда, только в последнем случае выполнение первичной функции обоснования решения будет требовать рассмотрения отсылки к литературе по сути<sup>30</sup>.

Благодаря своей независимости, в том числе и от остальной судебной власти<sup>31</sup>, суд не обязан соблюдать даже устоявшуюся судебную практику в своем толковании права. Как выражение и продукт независимости судей суд может формировать собственную правовую позицию, даже если его вышестоящие инстанции ранее по тому же вопросу, однако в других случаях придерживались противоположного мнения<sup>32</sup>. Коллизия между независимостью судей (ст. 97 Основного закона) и равенством «перед законом» (абз. 1 ст. 3 Основного закона) тех, кто ему подчиняется, которая следует из принципа правового государства как постулат справедливости в виде всеобщего равенства перед законом, является имманентным конституционным «местом излома»<sup>33</sup>. Практическое согласование с конституционными правилами достигается путем инстанционной иерархии<sup>34</sup>. В этом смысле для защиты единства правопорядка процессуальные кодексы логично и последовательно предусматривают связанность ревизионной инстанции правовой оценкой как исключение (только) для конкретного случая, речь идет о возврате дела в предыдущую инстанцию для дальнейшего рассмотрения и повторного принятия судебного решения (см., например, абз. 6 § 144 Кодекса административного судопроизводства<sup>35</sup>)<sup>36</sup>.

Отмеченное в контексте поставленного выше вопроса, однако, означает то, что обращение к достижениям правовой науки для разрешения той или иной юридической проблемы в пределах поиска правомерного ответа, безусловно, отдается на свободное усмотрение компетентного суда.

<sup>30</sup> В этом смысле также: *Oswald*, NJW 2020, 3701 (3704): позиция требует тем менее тщательного обоснования, чем более «господствующей» она является.

<sup>31</sup> По данному поводу: *Bellroth*, Rechtsstaatliche Grundanforderungen einer richterlichen Unabhängigkeit (in diesem Band) II. 2 d).

<sup>32</sup> Относительно особого случая связанности решениями Федерального конституционного суда (BVerfG), которые, однако, пока не касаются движения дела по инстанциям, см.: § 31 BVerfGG.

<sup>33</sup> *Maunz/Dürig/Hillgruber*, GG, Stand 08/20, Art. 97 Rn. 49.

<sup>34</sup> Также и сравнительно-правовой эффект движения по инстанциям можно проследить в Основном законе: ст. 96, 96, сравни: *Sachs/Detterbeck*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 95 Rn. 8 f.

<sup>35</sup> Параллельными нормами являются: §§ 563 II Гражданского процессуального кодекса Германии (ZPO); 126 V Закона о финансовых судах Германии (FGO); 358 I Уголовного процессуального кодекса Германии (StPO); 96 I 2 Закона о трудовых судах Германии (ArbGG); 170 V Закона о социальных судах Германии (SGG).

<sup>36</sup> В соответствии с решением Федерального конституционного суда Германии: BVerfGE 4, 1 (5), это «общий принцип немецкого процессуального права».

## 4 Фактическая практика немецких судов

Этот сначала отрезвляющий промежуточный результат, свидетельствующий об отсутствии юридического обязательства учитывать выводы правовой науки при обосновании решения, контрастирует с фактическим поведением немецких судов на практике. В этом отношении можно заметить, что все федеральные суды, и в низших инстанциях (прежде всего административные), в мотивации своих решений регулярно во избежание их пересмотра и отмены ссылаются на выводы юридической науки.

### 4.1 Практика Федерального конституционного суда и федеральных судов

Взгляд на практику федеральных судов может послужить первичным выводом. Уже выбор случайных, нерепрезентативных образцов предлагает удивительно четкую картину

#### 4.1.1 *Федеральный конституционный суд Германии*

Для целей настоящего исследования прежде всего была рассмотрена практика принятия решений Федеральным конституционным судом. Представленная позиция, принадлежащая Федеральному конституционному суду Германии в соответствии с его местом в конституционном правопорядке согласно Основного закона (см. ст. 93 и последующие Основного закона), а также высокая профессиональная репутация и социальное признание, которые суд снискал благодаря своей практике и принятым решениям, позволяют выдвинуть рабочую гипотезу о том, что в своих выводах он особенно апеллирует к достижениям юридической науки. В конце концов, решения и выводы Федерального конституционного суда с особым вниманием воспринимаются не только в специализированной печати, а и широкой общественностью и прессой, и поэтому вызывают многочисленные и оживленные обсуждения. Это особое внимание СМИ компенсирует потери, которые обусловлены выполнением упомянутой выше<sup>37</sup> функции обеспечения соблюдения права и контроля, что находит проявление в обсуждении судебных решений, и усиливает их основную – информационную – функцию. Рассуждения в решениях Федерального конституционного суда вовсе направлены не только или преимущественно для сторон конституционного производства, тем более не лишь для стороны, проигравшей процесс. Наоборот, они ориентируются на общественный дискурс в целом, ведь лежащие в их основании доводы всегда на виду и готовы к критическому осмыслению и рефлексии со стороны СМИ и юридической науки.

---

<sup>37</sup> См. выше п. II.

Для выборочного анализа было использовано хронологически упорядоченный официальный сборник решений Конституционного суда (известный как «BVerfGE»). Было оценено 10 последовательных томов обнародованных решений, а именно тома «BVerfGE» с 131 по 140, которые охватывают практику принятия решений в период с мая 2012 года по июль 2015 года. Исходя из содержания 122 решений Федерального конституционного суда, опубликованных в этих томах, можно утверждать, что Федеральный конституционный суд в 78 случаях, то есть в почти 2/3 своих решений, обращается и к анализу (временами очень интенсивному) взглядов, представленных в литературе. Среди остальных 44 решений, в которых нет ссылок на юридическую литературу, есть ряд простых, которые носят исключительно процессуальный характер. Учитывая то, что в них отсутствуют какие-либо высказывания, имеющие материально-правовой характер, нет необходимости в рамках мотивировки приговора разбираться в актуальных научных вопросах. Следует, кроме того задуматься над тем, что оба сената Федерального конституционного суда Германии как последняя инстанция в вопросах толкования конституционных положений, тем временем (особенно в области основных прав) в своем распоряжении имеют широкий арсенал собственных выводов, что вполне понятно, поскольку за весь период, то есть с момента создания суда в 1951 году, их множество, значит, они по необходимости в любой момент могут обратиться к ним для того, чтобы придать более уверенный характер своим решениям и подчеркнуть преемственность их мотивировок<sup>38</sup>. Исходя из этого, сенаты Федерального конституционного суда широко используют возможность самоцитирования.

#### 4.1.2 Федеральные суды

Подобным образом была проведена оценка нерепрезентативной случайной выборки решений из официального сборника Федерального административного суда (BVerwGE). Взятые для этого тома (с 143 по 152) охватывают период публикации решений суда с апреля 2012 года по август 2015 года. Их общий объем – 100 решений, из которых 73 содержат ссылки на позиции в научных работах по правовой тематике. В сравнении с решениями Федерального конституционного суда, упомянутыми выше, можно заметить, что среди решений Федерального административного суда также значительная часть, точнее 2/3, содержит рассуждения, в которых в той или иной форме учитываются научные достижения ученых или имеется упоминание (ссылка) на них. Для пояснения, то есть в качестве гипотезы, можно предположить, что, в отличие от Федерального конституционного суда, который ограничивается разрешением конституционно-правовых вопросов, широта всего административного права,

<sup>38</sup> Ярko представлено в справочном издании BVerfG (Hrsg)/Graßhof (Bearb.), Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Stand 12/20.

порученного Федеральному административному суду, заставляет его чаще принимать решения новых видов, для которых суду не хватает собственной устоявшейся практики. Использование при мотивации собственных решений внешних аргументов, содержание которых порождено вне пределов суда, возможно только путем обращения к мыслям, высказанным по соответствующим вопросам наукой права.

Неожиданно, что оценка десяти томов официального сборника решений Федерального суда по гражданским вопросам (BGHZ) показала еще более высокую долю таких аргументов. Это удивляет, поскольку средний объем напечатанных решений отстает от административного суда, и поэтому статистически остается меньше места для обработки позиций научной литературы. Тем не менее, случайно подобранная и, следовательно, нерепрезентативная выборка из Собрания решений Федерального суда по гражданским делам (BGHZ), тома с 210 по 219 (они охватывают период с апреля 2016 года по май 2018 года), показала, что 246 из 256 решений содержат цитаты из литературы, то есть 96 % всех опубликованных там решений! Этот вывод ошеломляет, поскольку преимущественно не гражданские, а административные суды низших инстанций из-за своего чрезмерно научного рабочего подхода снискали репутацию тех, кто не спешит с предоставлением быстрой судебной защиты.

#### 4.2 Практика административного судопроизводства

Одним из самых заметных критиков этой практики административных судов был адвокат Конрад Редекер, умерший в 2013 году. Он первый, исходя из собственных наблюдений, сделал вывод о том, что административные суды низших инстанций в рамках процесса правоприменения особенно склонны к углублению в имеющуюся литературу и привыкли опираться на ее выводы. Причиной этого может быть, кроме уже упомянутой выше широты<sup>39</sup> административного права, далеко идущая преюдициальность, которую расширяют соответствующие решения, требуя детального и тщательного изучения правовой ситуации, что, в свою очередь, часто имплицитно углубление в научную литературу<sup>40</sup>. Однако детальное рассмотрение отдельных юридических вопросов в практических делах ведет к неуклонному росту длительности судебного процесса<sup>41</sup>. С этим Редекер связывает свою критику того, что административные суды демонстрируют «интеллектуализм», и жалуется, что почти каждый юридический вопрос у них «считается вызовом интеллектуальной остроте и с самого начала обрабатывается соответствующим образом. Из-за того, что при

<sup>39</sup> Сравни: выше IV. 1. b).

<sup>40</sup> Redeker/v.Oertzen/M. Redeker, VwGO, 16. Aufl. 2014, VwGO § 117 Rn. 6.

<sup>41</sup> О чрезмерной длительности судебного процесса в Германии как структурной проблеме в свете статьи 6 ЕКПЧ, сравни: EGMR, NJW 2010, 3355 ff.

объяснении отдельных процессуальных вопросов в судебных решениях приводятся цитаты или имеются ссылки на юридическую литературу, они часто приобретают черты научных работ. К тому же, из поля зрения выпадает то, что судебные решения, в принципе, служат утверждению правового согласия среди участников процесса и, следовательно, «не пишутся для кружков ученых из областей конституционного и государственного права»<sup>42</sup>.

Эта критика, несомненно, является слишком преувеличенной, поскольку она сознательно игнорирует остальные возможные факторы чрезмерной продолжительности судебных производств (включая сложность и частые интервалы изменений норм материального права, чрезмерное понимание правовой защиты)<sup>43</sup>, но, независимо от своего фактического обоснования, эта критика является важным показателем того эмпирического факта, что суды административной юрисдикции также в значительной степени полагаются на выводы правовой науки при мотивировании своих решений.

## 5 Причины рецепции юридических знаний судебной практикой

Если отталкиваться от этого вывода, несложно установить, что, с одной стороны, в Германии не существует юридической обязанности полагаться в мотивировке судебных решений (см. выше п. III.) на наработки юридической науки, а с другой – по крайней мере в решениях Федерального конституционного суда, федеральных судов и всего административного судопроизводства, именно такое обращение к научным дискурсам осуществляется регулярно (см. выше IV.). Таким образом наука права делает свой весомый вклад в поиск решений и их обоснование судом. Если попытаться интерпретировать, поставив перед собой вопрос, какими являются причины, имеющие при этом решающее значение, то ими ожидаемо окажутся два аспекта: юридическое образование, которое формируется в духе научности и определенного фиксированного образа судьи, а также развитая культура публикаций, которая присуща юриспруденции в Германии.

### 5.1 Широкая культура научно-правовых публикаций как предпосылка успеха

Начнем с последнего: основополагающей предпосылкой рецепции судами достижений правовой науки является достаточная публикация научных результатов. Эта сторона правовой культуры, которая касается публикаций, по срав-

---

<sup>42</sup> К. Redeker, NVwZ 1992, 713, 715.

<sup>43</sup> По данному поводу: Mann, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6.



нению с другими, в Германии особенно хорошо выражена. Такой вывод касается не только количественных показателей (число юридических журналов с научными амбициями, прорабатывающих все возможные и предполагаемые отрасли и подотрасли права, является необъятным)<sup>44</sup>, но и качества. В науке права в Германии утвердился целый ряд литературных жанров, которых нет в других странах, особенно заметно их отсутствие в Украине.

В этом отношении особого внимания заслуживает литературный жанр комментария, который распространен также и в других странах романской правовой традиции, но выполняет в них несколько иные задания<sup>45</sup>. Комментарии, которые в Германии издаются не только к ключевым законам, но и к не столь значительным нормативным актам и соответствующим областям права, выполняют определенную функцию в распространении и передаче достижений и выводов правоведов, а также их внедрении в практику. Особенно для нишевых отраслей и периферийных сфер права «комментарии прозрачно демонстрируют часто не слишком прозрачный юридический материал, вводят нормы в систематический контекст толкования, предоставляют информацию о генезисе действующих норм и путем отбора и догматического проникновения способствуют практическому применению законов»<sup>46</sup>. Особое значение комментированной литературы в немецкой юриспруденции<sup>47</sup> также отмечает Научный совет, признанный и важный научно-политический консультативный орган, который в своем докладе оценил состояние судебной практики в Германии: «не все комментарии, написанные правоведами для юридической практики, имеют одинаковый уровень написания [...]. В отношении отдельных объёмных комментариев следует заметить, что своей широтой и аналитической глубиной они часто превосходят монографии, включая квалификационные работы, кандидатские и докторские. В комментированной литературе, прежде всего, в так называемых «предварительных замечаниях» к названиям комментируемого закона и его отдельных разделов, часто на высоком уровне описываются базовые структуры и принципы их формирования»<sup>48</sup>. Среди изданий юридической литературы комментарий выполняет, в частности, функ-

---

<sup>44</sup> Обзор предлагается уже в расширенных рекомендациях по сокращениям названий периодических изданий: Kirchner (Begr.), *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 9. Aufl. 2018, unter 2. Teil Kap. 3.

<sup>45</sup> In Во Франции, Испании и в Италии комментарии в основном являются реестрами судебной практики, охватывающей отдельные нормативные акты, без того, чтобы авторы также стремились предложить собственную систему или подали собственные доводы относительно противоречивых решений, сравни: Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012, S. 67 Fn. 47.

<sup>46</sup> Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012, S. 16.

<sup>47</sup> О важности комментированной литературы при обучении см.: Mann, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, 5. Aufl. 2015, Rn. 120 ff.

<sup>48</sup> Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012, S. 67.

цию посредника в общении науки и практики, поскольку он постоянно фиксирует ориентированные на пользователя сведения о научном прогрессе, следуя по своей структуре и последовательности за положениями закона.

Несмотря на то, что в Германии существует современная инфраструктура передачи научных знаний, способная должным образом функционировать на практике, отличаясь достаточной заметностью и выразительностью, этот факт сам по себе, тем не менее, не объясняет, почему суды очень часто обращаются к этому инструменту. Причину этого следует искать в подготовке юристов.

## 5.2 Научность и сосредоточенность на образе судьбы в немецком юридическом образовании

Ученые, участвующие в этом институциональном партнерстве, уже заметили существенные отличия между юридической подготовкой в Германии и в Украине в рамках предыдущего совместного научного проекта<sup>49</sup>. В частности, в Германии она характеризуется (в этом заключается отличие) научным использованием методов решения конкретных споров. Этим она выделяется и при общеевропейском сравнении. Студенты не просто усваивают знания на основании правоведческих дискурсов, а с самого начала своего обучения должны овладевать умением применять полученные знания на практике. Их задачей является усвоение методичного упорядоченного поиска решения споров, как это происходит в практических делах. Поэтому будет истинным утверждение о том, что правосудие отличается от юридической науки тем, что последняя использует только описательный подход, а первое определяет поведение участников правоотношений на практике. Кроме того, юридическая наука ищет инновации с целью разработки масштабов соответствия, которым должна отвечать функционирующая практика. Метод обучения, в основе которого лежат практические споры, позволяет студентам-юристам в Германии прямо, упражняясь, усваивать методiku, следование которой позволяет всегда разрешить реальные юридические споры и использовать при этом результаты научных исследований. При освоении этих навыков важным инструментом являются домашние работы, в которых от студента требуется разрешать практические юридические споры с помощью научного метода, то есть в процессе решения следует разбираться с имеющимся правовыми взглядами на проблемы, формулировками, применяемыми при их обсуждении в литературе, используя в качестве доказательств точные ссылки на источники, которые указываются в каждом соответствующем случае по имеющимся правилам<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Сравни разные статьи в: Mann (Hrsg.), *Europäisierung der ukrainischen Juristenausbildung*, 2016.

<sup>50</sup> Подробно о научном подходе к домашним / курсовым работам: Mann, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, 5. Aufl. 2015, Rn. 292 ff.; Th. M. Möllers, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 10. Aufl. 2021, Rn. 486 ff.

### 5.2.1 Взгляд на способствующее рациональности и легитимации влияние правовой науки

Следствием этой взаимозависимости и связи науки и практики, оказывающих влияние на немецкую юридическую науку и подготовку, является то, что обратная связь решений с силой легитимации, которую подтверждает научная ценность полученных результатов (особенно «господствующий взгляд») с самого начала обучения, рассматривается студентами как знак особенной правовой добросовестности. Они узнают, что ссылки на аргументы в «литературе» могут генерировать более высокую гарантию точности их решения<sup>51</sup>, и в споре всегда присутствуют веские аргументы противоположной стороны. В юридической подготовке пространство, в котором должен находиться правильный ответ, всегда имеет определенный «заякор», широту, предлагаемую студентам, а ответ студентов считается тем более правильным<sup>52</sup>, чем более тщательно в нем изучены аргументы противоположной стороны. В связи с этим Федеральный конституционный суд высказал свою позицию относительно того, что при проверке заданий в рамках юридической подготовки «приемлемое, разумное и логичное мотивирование решения, подкрепленное весомыми аргументами [...] не должно оцениваться как неправильное»<sup>53</sup>, что особым образом касается подготовки юристов. Однако, что именно является приемлемым, во многом определяется состоянием научного дискурса.

Эта убежденность в эффективности и рациональности, а также легитимации решений посредством включения в них мыслей, высказанных в научной литературе, является одновременно достоянием всех квалифицированных юристов Германии. Ведь исходя из преследуемой в процессе подготовки цели получить так называемого настоящего юриста, достигнению которой подчинено обучение всех юристов вне зависимости от дальнейшего поприща, их подготовка обеспечивает сравнимый и сравниваемый уровень знаний и умений. В частности, беря во внимание состояние научной мысли в праве, ссылки на текущий уровень исследованности проблемы используются как в качестве эффективных инструментов познания при принятии решений, так и в роли аргумента, способствующего рациональному обоснованию решений. Поэтому нередко не только судьи, но и стороны и их адвокаты мотивируют свои процессуальные документы – заявления, жалобы и ходатайства, ссылаясь на соответствующие взгляды в научной литературе. Таким образом, лица, участвующие в производствах, предоставляют судам способствующую поиску решения аргументацию, взамен ожидая, в зависимости от интенсивности своего изложения, более или менее глубокого объяснения позиций суда согласно с представленными тезисами (см. выше III. 2).

<sup>51</sup> Такая же четкая позиция по мотивировке решений: Oswald, NJW 2020, 3701 (3704).

<sup>52</sup> BVerfGE 84, 34 (55); 84, 59 (79).

<sup>53</sup> BVerfGE 84, 34 (55).

### 5.2.2 *Право как вклад в рациональность и предсказуемость решений суда*

Далее следует обратить внимание на следующий, второй аспект. Прежде всего отметим, что упомянутый выше метод разрешения споров не является интуитивной техникой, он в гораздо большей степени представляет собой технику, то есть набор инструментов и подходов в юридической работе, требующий соблюдения строгих формальных правил структурирования, так называемую технику экспертного заключения. Согласно ее внутренней логике, необходимо придерживаться так называемого конструктивного метода<sup>54</sup>, использование которого позволяет, отталкиваясь от идентификации нормативных отношений специальности и исключительности, а также четкого порядка очередности соответствующих элементов юридического состава нормы в жестком и не позволяющем отклонений ходе юридических соображений, разделять норму на составные элементы и с помощью канонов толкования, признанных и применяемых еще со времен Савиньи (исторического, систематического, телеологического)<sup>55</sup>, осуществлять их толкование. Таким образом могут быть выявлены проблемные моменты, которые требуют углубленной научной работы, с их дальнейшей точной локализацией и окончательной субсумпцией по правилам силлогического вывода<sup>56</sup>.

Поскольку эта научно обоснованная методика лежит в основе мышления всех обученных в Германии юристов, определяя их общую профессиональную базу, можно сделать вывод, что она является негласной основой их профессионального общения. В контексте так называемой реляционной техники следование ей является первым шагом на пути поиска решения юридического спора<sup>57</sup>. Она проявляется, в частности, в том, что суды в обоснованиях своих судебных решений по поводу, например, противоречивых моментов тех или иных элементов применяемого юридического состава «оставляют без внимания» либо «открытым» тот или иной вопрос в случае, если другие признаки юридического состава можно легко идентифицировать как кумулятивные элементы, которые точно воспринимаются как невыполненные<sup>58</sup>. Таким образом, правовая наука занимает важное место в процессе принятия решений и их мотивации даже тогда, когда не обращается к научным доктринам или взглядам, подкрепленными цитатами или найденными аналогичными выводами. Дело в том, что овладение в процессе юридической подготовки всеми юристами идентичными методами работы позволяет заранее выявить и локализовать болевые точки правового спора задолго до принятия окончательного решения.

<sup>54</sup> Более подробно по данному поводу: Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 195 ff.

<sup>55</sup> Подробно по данному поводу: Pötters, JA 2010, 566 (568 ff.); Mann, ebda.. Rn. 230 ff.

<sup>56</sup> По данному поводу: Bäcker, JuS 2019, 321 f.; Mann, ebda.. Rn. 248 ff.; Jochum, JuS 2013, 586 (589).

<sup>57</sup> Сравни о реляционной технике недавно: Arz/Gemmer, JA 2020, 608 ff.

<sup>58</sup> О разнице между альтернативными и кумулятивными признаками юридического состава: Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 249 f.

Это, в свою очередь, дает адвокатам по делу представлять свою сторону перед судом, ориентируясь на проблему и суть вопроса, и, таким образом, оттачивать предмет спора. Кроме того, судебные решения, благодаря формальному обоснованию, становятся более прогнозируемыми, поскольку обычно заранее четко выясняется, какие элементы юридического состава станут для суда таковыми, которые определяют результат судебного спора.

В конце концов, юриспруденция таким образом косвенно выполняет все вышеуказанные функции обоснования решения: обоснование решения выступает результатом научно структурированной методологии, усвоенной во время учебы, которая является общей для судей, прокуроров и адвокатов, участвующих в процессе. Профессиональное общение в соответствии с правилами этой правовой методологии позволяет каждому определить конкретное место в ее рамках, которое занимает предложенный судебной оценке аргумент. Это способствует не только системному пониманию обоснования/мотивации решения (информативная функция), но и выявлению ориентиров, на которые будет опираться обжалование (защитная функция) или последующая инстанция (контрольная функция) при методичной обработке дела, его критике и др.

## **6 Вывод**

«Механизм структурной связи», благодаря которому проявляются основные отличия теории систем, дает основания для отсылки к отношениям между юридической наукой и правоприменением. Если гарантированная конституционным нормами независимость судей в принципе противопоставляется обязательству учитывать выводы юридической науки, немецкие суды, тем не менее, относительно часто рекрутируют мысли ученых юристов, чтобы удовлетворить ожидания рациональности, адресованные судам, и обеспечить своим решениям более высокую убедительность. Причина такой особенной культурной идентичности немецкого права может крыться в мощной юридической научной литературе в Германии, а также в сосредоточенности на образе судьи в немецком юридическом образовании.



## Роль юридической науки в поиске и обосновании судебного решения

*Проф. д-р Роман Мельник*

Право, как сказано в Дигестах Юстиниана, – это искусство добра и умение отдать каждому должное<sup>1</sup>. Очевидно, что эта задача должна выполняться на всех уровнях существования права, начиная с создания права (правотворчества) и заканчивая его применением при решении административного и/или судебного дела. Однако между этими уровнями существования права существуют принципиальные различия, на которые стоит обратить внимание. Результатом правотворчества считается норма права, в момент ее «рождения» не имеющая четкого адресата. Она содержит общее правило поведения (которое, очевидно, должно быть справедливым и взвешенным), которое только когда-то (в будущем), при определенных условиях будет применено к конкретному лицу или к конкретизированной группе лиц. Соответственно, измерить уровень справедливости только что созданной нормы довольно проблематично, потому что такое измерение может быть только общим и безличным. Учитывая это, о реальном действии и влиянии права можно говорить только на уровне его применения, когда перед ним возникает широкая палитра заданий: «регулировать человеческое поведение таким образом, который нужен для того, чтобы выгоды (ценности, предпочтения) и обременения (расходы, обязательства, издержки) были распределены справедливо; противоречивые интересы были удовлетворены в порядке, соответствующем их весу и значимости; те,

---

<sup>1</sup> Дигесты Юстиниана // [https://www.gumer.info/bibliotek\\_Buks/Pravo/digest/index.php](https://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/index.php).

кто осуществляет наказуемые деяния, получали за них должное возмездие, словом, чтобы при разрешении конфликтов, возникающих в обществе, соблюдалась справедливость... Наряду с требованиями творить и обеспечивать справедливость возникают потребности правовой определенности и стремление оптимального, адекватного потребностям удовлетворения правомерных интересов»<sup>2</sup>.

## 1 Юридические научные публикации как необходимое условие формирования мнения (позиции)

Вышеперечисленные задания преимущественно выполняются на уровне применения права судами (судьями) при решении соответствующих дел. В рамках этого вида правоприменения судья в общих формулировках нормы права должен отыскать справедливое решение. Попутно отметим, что требование принятия судьями именно справедливого решения сформулировано и в ряде международных актов, которые закладывают основы организации и деятельности судебной ветви власти, в частности, в Бангалорских принципах поведения судей<sup>3</sup>, Основных принципах независимости судебных органов<sup>4</sup> в выводах № 3 (2002) Консультативного совета европейских судей относительно принципов и правил, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности, вопросы этики, недопустимого поведения и беспристрастности,<sup>5</sup> и др. Однако иногда выполнить задание по принятию справедливого решения бывает достаточно трудно, учитывая следующее:

- норма права, на основании которой разрешается дело, может быть устаревшей по своему содержанию, но все равно действующей на момент рассмотрения дела. Так, в Украине на сегодняшний день не утратила юридическую силу ряд кодексов, принятых еще во времена СССР, одним из которых является Кодекс Украины об административных правонарушениях<sup>6</sup> (1984 г. принятия). В этот Кодекс, конечно, были внесены изменения, отдельные его нормы

<sup>2</sup> Цишчеліус Р. Методика правозастосування. Київ: ТОВ «ВО «Юстініан», 2016., с. 25.

<sup>3</sup> Бангалорські принципи поведінки суддів від 19 травня 2006 року, схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 № 2006/23 // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67).

<sup>4</sup> Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 р. // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_201](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201).

<sup>5</sup> Висновок № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності. // <http://www.arbitr.gov.ua>.

<sup>6</sup> Кодекс України про адміністративні проступки. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Додаток до № 51. Ст.1122.



утратили силу, хотя в целом он продолжает действовать. Проблема, однако, заключается в том, что идеология этого Кодекса является устаревшей, в нем отсутствуют положения о принципе верховенства права; имеющиеся положения искажают действие принципа равенства граждан перед законом; несовершенно сформулированы отдельные процедуры деятельности административных органов, что может стать причиной нарушения прав граждан. Учитывая это, возникает вопрос: обязан (должен) ли судья применять такую «идеологически устаревшую» норму права, и если да, то в каких пределах, и должен ли он при этом учитывать те изменения, которые произошли в обществе на момент рассмотрения дела;

- украинское законодательство характеризуется высоким уровнем нестабильности, что связано, между прочим, с частыми изменениями политических векторов функционирования государства. Систематические дополнения в Конституцию Украины, изменения организации государственной власти, усиливающие/ослабляющие полномочия Президента Украины и др. (сюда можно добавить также «турборежим» деятельности украинского парламента 9-го созыва, в котором только за первые месяцы работы было зарегистрировано 1 490 проектов законов<sup>7</sup>), что приводит к тому, что украинское законодательство во многих случаях оказывается несогласованным, то есть в нем много примеров конкуренции правовых норм, что вынуждены решать суды в процессе принятия решений по делам;
- отечественные нормативные акты, особенно те, которые принимались в рамках процесса адаптации украинского законодательства к законодательству ЕС, согласно Закону Украины «Об Общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза»<sup>8</sup> и позже, в соответствии с Соглашением об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и Европейским Союзом, Европейским сообществом по атомной энергии и их государствами-членами, с другой стороны<sup>9</sup>, часто наполнялись понятиями (терминами), которые были, а иногда и остаются непонятными украинским юристам. Такая судьба по-

---

<sup>7</sup> «Турборежим» закончился: за время работы Рада приняла лишь 6% от поданных законопроектов // <https://delo.ua/economyandpoliticsinukraine/turborezhim-zakonchilsja-za-vremja-raboty-rada-p-362577/>.

<sup>8</sup> Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України 18 березня 2004 р. № 1629-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 29. Ст. 367.

<sup>9</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Ст. 2125.

стигла, например, такие юридические категории, как «верховенство права», «административный договор», «административная процедура» и другие. Будучи заимствованными из западноевропейского права категориями и «рождаясь» в результате перевода на украинский язык французских, английских или немецких понятий, они, с одной стороны, существенно расширили терминологическую палитру украинского права, а с другой – вызвали необходимость их детального изучения и толкования, без которых судьи вряд ли могут их правильно применить при осуществлении правосудия;

- нередки и случаи, когда украинское законодательство не содержит всех необходимых для решения той или иной правовой проблемы норм права, однако решение по делу, даже в таких условиях нормативного регулирования, должно быть все равно принято. Типичным примером может служить ситуация с отсутствием в Украине (по состоянию на начало 2020 года) Закона «Об административной процедуре», что, разумеется, существенно усложняет деятельность судей административных судов, по искам частных лиц проверяющих законность принятых (или законность отказа в принятии) административных актов. В таких ситуациях, если говорить словами Р. Цишпелюса, судьи, с целью поиска справедливого решения, вынуждены «достраивать право. Эта достройка развивает и уточняет правовую норму в отношении тех ее составляющих, к которым толковательный, герменевтический инструментарий предлагает несколько вариантов понимания, или тех, которые в результате пробелов в законодательстве требуют дополнения и уточнения»<sup>10</sup>;
- неразработанность методики толкования права. «Термины, используемые в законах, имеют определенный объем значений, они в основном не являются однозначными. Многозначность правовой терминологии ведет к необходимости определить методику толкования, с помощью которой можно выяснить и даже более или менее сузить значение того или иного термина»<sup>11</sup>. Однако анализ материалов судебной практики показывает, что в них очень редко можно встретить размышления о толковании права, выборе соответствующего метода толкования и обоснования его через призму проведенного толкования принятого решения;
- отсутствие общепризнанной и применяемой всеми субъектами правоприменения методики решения юридических дел. В этом

<sup>10</sup> Цишпелюс Р. Методика правозастосування. Київ: ТОВ «ЮОstініаn», 2016, с. 26-27.

<sup>11</sup> Там же, с. 28.

случае невозможно гарантировать «одинаковое решение одинаковых дел и различное отношение к разным по сути» спорам. «Юрист должен иметь четкое представление об алгоритме юридического анализа практической ситуации. Этот процесс не может происходить хаотично, поскольку в таком случае существенно увеличивается вероятность ошибочной оценки как сути правового вопроса (спора), так и перспектив его внесудебного или судебного решения»<sup>12</sup>. Задача по разработке в Украине методики решения юридических дел является одной из наиболее актуальных в современных условиях, что было неоднократно отмечено в юридической литературе<sup>13</sup>, и для решения которой уже сделаны определенные шаги<sup>14</sup>. Однако, на наш взгляд, в этой части не хватает общегосударственного решения, которым такой методике (прежде всего на уровне университетов) был бы присвоен официальный и обязательный к использованию характер.

Перечисленные выше проблемы и вызовы, которые иногда затрудняют, а иногда делают невозможным принятие судьями справедливого решения по делу, в своем подавляющем большинстве могут быть решены на доктринальном (научном) уровне. Иначе говоря, их решения находятся в плоскости юридической науки (доктрины), которая способна значительно поднять уровень и эффективность судопроизводства вообще и принятия судьями справедливого решения в частности. Учитывая это, нужно особенно акцентировать внимание на о том, что юридические научные публикации создают необходимое условие для формирования мнения (позиции) по юридическому делу, а поэтому они должны надлежащим образом и на систематических основаниях изучаться судьями.

---

<sup>12</sup> Мельник Р., Шаблій О., Шлоер Б. Докорінна реформа юридичної освіти як основна умова утвердження правової державності в Україні. *Право України*. 2017. № 10. С. 56–65.

<sup>13</sup> Мельник Р.С. Українська юридична освіта як вона є: проблеми та шляхи вирішення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2013. Вип. 21. Ч. 1. Т. 2. С. 176–180; Біла книга з реформування української юридичної освіти. *Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф.; Київ, 21 і 22 листопада 2014; Федеральне міністерство освіти і науки Федеративної Республіки Німеччина; Університет імені Георга Августа м. Геттінгена, юридичний факультет; Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет; Центр німецького права; Німецько-український правознавчий діалог / упоряд.: Р. Мельник, О. Шаблій, Б. Шлоер. Київ : Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка»; Панов, 2015., с. 25, 290–291.

<sup>14</sup> Німецька методика права: навчальний посібник / Е. Соколов, С. Роснер, Р. Мельник. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2019. 136 с.; Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти: навч. посіб. / Б. Шлоер, В. Посидинок, І. Лукач, О. Косілова ; за заг. ред. Р. Мельника. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2020. 152 с.

## 2 Дискуссии вокруг юридических взглядов как оснований для судебного решения

Анализ судебной практики показывает, что судьи и судов низших инстанций, и Верховного Суда все еще крайне редко используют юридические воззрения как основание своих решений. Показательными в этом плане являются рекомендации, сформулированные в пособии для судей, посвященном вопросам написания судебного решения. Его составители, в частности, пишут: «Ответы по решению практической проблемы очень часто можно найти в трудах ученых. Не бойтесь их использовать и даже сослаться в тексте решения»<sup>15</sup>. Выражение «Не бойтесь их использовать и даже сослаться в тексте решения», наглядно свидетельствует, во-первых, о негативном отношении судейского сообщества к юридической доктрине (по крайней мере на уровне ее использования при формулировании и обосновании судебного решения) и, во-вторых, что цитирование научных работ не является распространенной практикой, ее еще надо «привить» судьям.

Причин, объясняющих подобное положение вещей, немало. Так, можно говорить о: историческом правовом наследии, для которого (в советское время) была бы абсолютно нетипичной отсылка к научному труду в официальном документе суда; не всегда высокое качество научных работ вызывает у судей негативное отношение к научным результатам; отсутствие единых стандартов и подходов к оформлению ссылок в текстах судебных решений и тому подобное. Однако главная проблема заключается в том, что в Украине все еще не сформировалось правильное (современное) отношение к научной доктрине и ее месту в системе источников права. Остановимся на этом аспекте подробнее.

Украинская правовая система, как известно, унаследовала многие свои черты от советского права, в том числе и тяготение (по крайней мере в первые десятилетия после обретения независимости) к нормативистскому (или юрико-позитивистскому) типу правопонимания, в основе которого, как известно, лежит идея относительно того, что право представляет собой совокупность общеобязательных правил поведения, установленных или санкционированных государством и обеспечиваемых в случае необходимости принуждением<sup>16</sup>. К характерным чертам этого типа правопонимания относят:

- отождествление права и закона;
- игнорирование содержательной стороны закона, его (или отдельных его положений) моральной оценки;

<sup>15</sup> Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. Київ: «Дрім Арт», 2013., с. 189.

<sup>16</sup> Луцький Р.П. Основні типи праворозуміння. *Науковий вісник Ужгородського університету*. 2011. Серія Право. Вип. 15. С. 54.

- отрицание любой творческой роли судьи, сведение его исключительно к «букве закона», то есть к формально-догматическому применению последнего;
- абсолютизация формально-логических, догматических методов в теоретическом правоведении и в судебной аргументации<sup>17</sup>.

Подобное понимание права, содержания и назначения правоприменительной деятельности повлияло и на формулировку положений украинских нормативных актов, в том числе и Конституции Украины, которая была принята в 1996 году. В данном случае речь идет, например, о формулировке ч. 2 ст. 6: «Органы законодательной, исполнительной и судебной власти осуществляют свои полномочия в установленных настоящей Конституцией пределах и в соответствии с законами Украины» и положения ч. 2 ст. 19: «Органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны действовать лишь на основании, в пределах полномочий и способом, предусмотренными Конституцией и законами Украины»<sup>18</sup>.

Наряду с этим, хотим обратить внимание и на ст. 6 Закона Украины «О статусе судей», который был принят в 1992 году, и оставшийся действующим до 2010 года. В нем, в частности, было сказано, что «Судьи обязаны при осуществлении правосудия соблюдать Конституцию и законы Украины, обеспечивать полное, всестороннее и объективное рассмотрение судебных дел с соблюдением установленных законом сроков...»<sup>19</sup>.

Итак, из изложенного вытекает, что законодатель требовал, а иногда и продолжает требовать, чтобы органы государственной власти при исполнении возложенных на них обязанностей руководствовались исключительно нормативными актами (Конституцией и законами), изданными государством.

Одним из первых признаков того, что на уровне профессионального юридического сообщества в Украине начались изменения, подтверждающих уход от позитивистского и переход к естественно-правовому типу правопонимания, стало решение Конституционного Суда Украины по делу о назначении более мягкого наказания, в котором суд, очевидно, впервые в украинской юридической (правовой) истории указал на то, что «право не ограничивается только законодательством как одной из его форм, а включает и другие социальные регуляторы, в частности, нормы морали, традиции, обычаи и т.д., которые легитимированы обществом и обусловлены его исторически достигнутым культурным уровнем».

Из изложенного следует, что наряду с нормами морали, традициями и обычаями могут существовать и другие проявления права, о которых свиде-

<sup>17</sup> Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козіобри. Київ: Ваіте, 2015. С. 35.

<sup>18</sup> Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>19</sup> Про статус суддів : Закон України від 15 грудня 1992 р. № 2862-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 8. Ст. 56.

тельствует, в частности, аббревиатура «и т.д.», использованная судом при формулировании перечня возможных форм существования (проявления) права. Очевидно, что на такой статус может претендовать и юридическая доктрина, о чем в последние годы довольно громко начали говорить коллеги, в том числе и автор этих строк<sup>20</sup>.

Учитывая сказанное, категорически не можем согласиться с мнением Е. Евграфовой (которая, кстати, являлась судьей на момент написания статьи), утверждающей, что отнесение доктрины к источникам права является очевидным преувеличением и отражает романтизм авторов о роли правовой науки. «По их логике, осознают они это или нет, но наука, юристы сами по себе являются правом, а не его субъектами и/или пользователями. Несомненно, правовая наука осуществляет определенное влияние, которое должно быть значительно большим, на законотворчество, являясь одним из факторов совершенствования государственного механизма и правовой системы. В этом смысле научная правовая доктрина выступает источником законотворчества»<sup>21</sup>. В качестве комментария отметим только то, что автор этих слов все еще находится на путях нормативизма, того типа правопонимания, который не желает обращать внимание на то, что жизнь права уже давно изменилась.

С учетом изложенного, а также того факта, что на сегодня принцип верховенства права признан почти всеми соответствующими нормативными актами в качестве главного основания функционирования любого органа публичной власти, ориентируя всех субъектов правоприменительной деятельности на необходимость безусловного уважения к правам человека и поиска и принятия справедливого решения в любом деле, пришло время внесения изменений в Конституцию Украины, в частности, в упомянутые выше ч. 2 ст. 6 и ч. 2 ст. 19, где следует указать, что органы власти в своей деятельности руководствуются не только законом, но и правом. Такой шаг приведет к официальному расширению круга источников права в Украине, одним из которых является, соответственно, и юридическая доктрина.

### **3 Обязательства и возможности включения в судебные решения доктринальных выводов**

Позиции ученых о роли и статусе юридической доктрины, подкрепленные названным выше решением Конституционного Суда Украины, очевидно, оказали влияние и на законодателя, который в течение последних лет, и прежде

---

<sup>20</sup> Карамаліта М. В. Правова доктрина – джерело (форма) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2011. С. 182; Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. с. 165-166; Мельник Р. С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях : навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2018. С. 136 та ін.

<sup>21</sup> Євграфова Є. Доктрина у правовій науці і юридичній практиці. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2. С. 60.

всего в сфере организации и осуществления судопроизводства, начал вспоминать об ученых и юридической доктрине. Остановимся на этом аспекте подробнее.

В соответствии со ст. 47 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»<sup>22</sup> при Верховном Суде образован Научно-консультативный совет (далее – НКС), в который входят высококвалифицированные специалисты в области права, призванные предоставлять научные заключения по вопросам деятельности Верховного Суда, требующим научного обеспечения. В развитие этого положения Постановлением Пленума Верховного Суда от 2 февраля 2018 № 1 утверждено Положение о Научно-консультативном совете при Верховном Суде, которым закреплен статус членов этого совета. В их полномочия входит:

- отождествление права и закона;
- игнорирование содержательной стороны закона, его (или отдельных его положений) моральной оценки;
- отрицание любой творческой роли судьи, сведение его исключительно к «букве закона», то есть к формально-догматическому применению последнего;
- абсолютизация формально-логических, догматических методов в теоретическом правоведении и в судебной аргументации<sup>23</sup>.
- за «научной помощью» к членам НКС могут обращаться и отдельные судьи. Так, согласно ч. 7 ст. 347 Кодекса административного судопроизводства Украины (далее – КАС Украины), после передачи дела на рассмотрение палаты, объединенной Палаты или Большой Палаты Верховного Суда назначенный в производстве по делу судья-докладчик в случае необходимости обращается к соответствующим специалистам Научно-консультативного совета (далее – НКС) при Верховном Суде для подготовки научного заключения о применении нормы права, ставшей основанием для передачи дела на рассмотрение Большой Палаты, кроме случаев, когда заключение по применению этой нормы в подобных правоотношениях было ранее получено Верховным Судом<sup>24</sup>.

Наряду с этим члены НКС могут принимать участие и в заседаниях Пленума Верховного Суда, приобщаясь, между прочим, и к обсуждению вопросов обобщения практики применения материального и процессуального законов.

Из изложенного становится очевидным, что Верховный Суд ориентирован на постоянное сотрудничество с учеными в поиски ответов на сложные

---

<sup>22</sup> Про судоустрій і статус судів : Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

<sup>23</sup> Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козіобри. Київ: Ваіте, 2015. С. 35.

<sup>24</sup> Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

вопросы в сфере осуществления правосудия как по отдельным делам, по которым осуществляется пересмотр решений в кассационном порядке, так и в пределах обобщений судебной практики. Научные выводы, которые готовятся членами НКС, принимаются во внимание и судьями первой и апелляционной инстанций в случае, если они касаются предмета спора, и это наглядно можно увидеть в решениях по таким делам<sup>25</sup>. Не является ли это ярким примером того, как научная позиция, высказанная относительно нормы права, лишенной конкретности и четкости, позволяет судье найти справедливое решение по делу? Думаем, что ответ здесь очевиден.

Вспомнив о НКС при Верховном Суде, не можем не сказать также и о том, что подобный совет образован и при Конституционном Суде Украины. Последний, на наш взгляд, по сравнению с Верховным Судом, в своей работе еще больше ориентируется на юридическую доктрину при решении дел конституционной юрисдикции. Правовым основанием для создания этого совета является ст. 41 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины»<sup>26</sup> и Положение о Научно-консультативном совете Конституционного Суда Украины, согласно которому члены совета, между прочим, предоставляют по обращениям судей Суда научные выводы по вопросам, затронутым в конституционных представлениях, конституционных обращениях и конституционных жалобах<sup>27</sup>.

В подтверждение высказанной выше мысли о том, что Конституционный Суд Украины в своих решениях опирается на юридическую доктрину, процитирую одно из них. Так, в ч. 2 п. 4.3 Решения Конституционного Суда Украины от 22 декабря 2010 г. № 23-рп / 2010 указано: «Словосочетание «владелец (совладелец) транспортного средства», использованное в статье 14-1 Кодекса, обозначает, что таким владельцем (совладельцем) может быть как физическое, так и юридическое лицо (ст. 2, 318 Гражданского кодекса Украины). Конституционный Суд Украины, исходя из конституционного принципа индивидуализации юридической ответственности (часть вторая статьи 61 Конституции Украины), *правовой доктрины...*»<sup>28</sup>. Как видим, Конституционный Суд рассматривает правовую доктрину, наряду с конституционными принципами, в качестве одного из оснований для принятия решения.

<sup>25</sup> Справа про адміністративне правопорушення № 448/1231/17, розглянута 13.12.2017 року суддею Мостиського районного суду Львівської області Білоусом Ю.Б. //

<sup>26</sup> Про Конституційний Суд України : Закон України 13 липня 2017 року № 2136-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 35. Ст. 376.

<sup>27</sup> Положення про Науково-консультативну раду Конституційного Суду України. // <http://www.ccu.gov.ua/storinka/polozhennya-pro-naukovo-konsultatyvnu-radu-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny>.

<sup>28</sup> Решение Конституционного Суда Украины по делу за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 14-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010. *Офіційний вісник України*. 2010. № 101. Ст. 3639.



Научной помощью в рамках судебных дел могут воспользоваться и участники судебного производства, которым это право предоставлено процессуальными кодексами. Так, согласно ст. 73 Гражданского процессуального кодекса Украины, ст. 69 Кодекса административного судопроизводства Украины, ст. 70 Хозяйственного процессуального кодекса Украины к делу может быть привлечен эксперт по вопросам права. «В качестве эксперта по вопросам права может привлекаться лицо, имеющее ученую степень и являющееся признанным специалистом в области права. Решение о допуске к участию в деле эксперта по вопросам права и добавления его заключения к материалам дела принимается судом. Эксперт по вопросам права обязан явиться в суд по его вызову, отвечать на поставленные судом вопросы, давать разъяснения. При отсутствии возражений участников дела эксперт по вопросам права может участвовать в судебном заседании в режиме видеоконференции. Эксперт по вопросам права имеет право знать цель своего вызова в суд, отказаться от участия в судебном процессе, если он не обладает соответствующими знаниями, а также право на оплату услуг и компенсацию расходов, связанных с вызовом в суд»<sup>29</sup>.

Наряду с этим, участники дела имеют право предоставить суду заключение эксперта в области права о: 1) применении аналогии закона или аналогии права; 2) содержании норм иностранного права в соответствии с их официальным или общепринятым толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Выводы эксперта в области права не могут содержать оценки доказательств, указания о достоверности или недостоверности того или иного доказательства, о преимуществе одних доказательств перед другими, о том, какое решение должно быть принято по результатам рассмотрения дела. Заключение эксперта в области права не является доказательством, имеет вспомогательный (консультативный) характер и не является обязательным для суда. Суд может ссылаться в решении на заключение эксперта в области права как на источник сведений, которые в нем содержатся, и должен делать самостоятельные выводы по соответствующим вопросам<sup>30</sup>.

Анализируя процитированные положения процессуальных кодексов, хотели бы обратить внимание на несколько аспектов:

во-первых, непонятно, почему законодатель решил, что эксперты в области права могут давать заключения только по двум определенным выше группам вопросов. Очевидно, что применение права, поиск нормы или принципов, которые допустимо положить в основу судебного решения, не могут сводиться только к проблеме «применение аналогии закона или аналогии права».

---

<sup>29</sup> Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, Ст. 492; Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, Ст. 446; Господарський процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

<sup>30</sup> Цивільний процесуальний кодекс України (ст. 114, ст. 155). *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст. 492; Кодекс адміністративного судочинства України (ст. 112, ст. 113). *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446; Господарський процесуальний кодекс України (ст. 108, ст. 109). *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

Эксперт может объяснять содержание тех или иных юридических категорий, исторические особенности формирования определенных концепций (что важно, например, в контексте исторического толкования), высказывать свою точку зрения по поводу объема правового регулирования того или иного нормативного акта и тому подобное.

В этой связи процитированное положение процессуальных кодексов должно быть сформулировано таким образом, чтобы не ограничивать объем знаний, передаваемый суду (судьи) специалистом в области права по интересующему суд вопросу, ведь вся юридическая доктрина, а не какая-либо ее часть, является источником права. Ориентиром в этом плане может выступать формулировка ст. 38 Устава международного суда ООН, где указано, что «суд, обязанный разрешать переданные ему споры на основании международного права, применяет... d) с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения содержания правовых норм»<sup>31</sup>;

во-вторых, вызывает вопросы ситуация, связанная с отсутствием в Уголовном процессуальном кодексе Украины положений о допустимости участия в судебном разбирательстве дела эксперта в области права. Подобный запрет, если посмотреть на содержание процитированных выше положений относительно заданий эксперта в гражданском, административном и хозяйственном процессах («применение аналогии закона или аналогии права»), наверное, может быть объяснен ссылкой на Уголовный кодекс Украины<sup>32</sup>, ч. 4 ст. 3 которого запрещает применение уголовного закона по аналогии, а также на все еще существующие в науке мнения о невозможности применения аналогии и в уголовном процессе. Соответственно, если аналогия в уголовном процессе недопустима, то тогда зачем привлекать к этому процессу и эксперта в области права, который призван давать объяснения по применению аналогии закона или аналогии права. не погружаясь в эту проблематику, отмечу только, что я склонен поддержать тех авторов, которые считают применение аналогии в уголовном процессе необходимым и возможным<sup>33</sup>. Однако если даже это мнение и не разделять, то все равно ничего не мешает привлечь эксперта в области права в уголовный процесс для объяснения сотен вопросов, не связанных с аналогией, но постоянно возникающих в ходе производств такого вида. И если Верховный Суд разрешил и предусмотрел работу в составе НКС группы ученых, которые занимаются вопросами уголовного права и уголовного процесса, то, очевидно, что научное сопровождение уголовного процесса все-таки является необходимым. И если такое сопровождение происходит на уровне

<sup>31</sup> Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду. // [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010).

<sup>32</sup> Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25-26. Ст. 131.

<sup>33</sup> Колотова О. В. Допустимість застосування аналогії у галузях права. *Держава і право*. 2009. Вип. 44. С. 60-66.

Верховного Суда, то почему его нет на уровне суда первой инстанции? Этот суд как раз и можно было бы обеспечить научным сопровождением за счет участия в процессе эксперта в области права. Отсутствие такой возможности, наряду с изложенным, ставит в неравные условия участников различных видов производств, что вызывает вопросы о соблюдении законодателем конституционного принципа равенства в части обеспечения участникам любого производства равных (одинаковых) прав.

Привлечение ученых-юристов в процесс поиска ответа на сложные вопросы, которые возникают в сфере осуществления правосудия, осуществляется в Украине также и путем обращения, как правило, судей Конституционного Суда Украины, в университеты и /или в научные учреждения, в которых работают соответствующие ученые, с просьбой поручить этим специалистам подготовить ответ на тот или иной вопрос из сферы права. При этом судьи ссылаются на п. 6 ч. 1 § 43 Регламента Конституционного Суда Украины, который предоставляет им право обращения в научные учреждения и высшие учебные заведения с целью выяснения позиций и научных подходов к вопросам, возникающим в конституционном производстве<sup>34</sup>. Проблема в данной ситуации заключается в том, что, во-первых, согласно с должностными обязанностями работников университетов (доцентов, профессоров, заведующих кафедрами, деканов и т.д.), они не обязаны отвечать на такие запросы, ведь главной задачей университета и этих лиц является проведение (осуществление) образовательной деятельности; во-вторых, Конституционный Суд Украины, также как и другие субъекты, которые обращаются с такими письмами, не оплачивают ученым их работу, связанную с поиском ответа на поставленные вопросы, причем всегда чрезвычайно сложные, а иногда и политически окрашенные; в-третьих, учитывая изложенное, часто (конечно не всегда) качество подготовленных ответов на запросы судей оставляет желать лучшего, так как такая работа рассматривается коллегами как дополнительная принудительная нагрузка, которую выполняют по указанию руководства университета.

Выход из такой ситуации видится в принятии нормативного акта, который бы определял стоимость работ экспертов, связанных с подготовкой экспертных заключений, а также четко регламентировал их статус, определял права и обязанности.

Таким образом, положения действующего законодательства и практика их применения позволяют сделать вывод о том, что в Украине пока имеются все предпосылки, а также юридические возможности для использования юридической доктрины как источника права, которым в процессе осуществления правосудия должны пользоваться судьи с целью принятия справедливого решения по делу в случае, если для этого, по тем или иным причинам, не хватает ресурса (потенциала) нормативно-правовых актов.

---

<sup>34</sup> Про Регламент Конституційного Суду України: Постанова Конституційного Суду України від 22 лютого 2018 року № 1-пс/2018. *Офіційний вісник України*. 2018. № 21. Ст. 696.

#### 4 Юридическая наука и ее вклад в прогнозируемость и предсказуемость судебного решения

Юридическая наука, как уже было продемонстрировано выше, может оказывать судебной практике разнообразную помощь, которая, между прочим, должна способствовать обеспечению и прогнозируемости, и предсказуемости судебного решения. Эта задача может быть решена, в том числе, благодаря введению в научный оборот терминологии, которая должна восприниматься и пониматься всем – судьями, адвокатами, прокурорами, другими участниками судебного процесса одинаково. Работа над терминологией, формулирование четких и однозначных определений для той или иной юридической категории – задача науки.

Сейчас юридическая терминология в Украине формируется несколькими способами.

Первый – постсоветский. Его особенность заключается в том, что в современную научную доктрину, учебную литературу переносятся категории и их толкования, которые были сформулированы еще в советское время. Сторонники такого подхода часто отмечают, что в те времена было сделано много полезных вещей, которые не стоит забывать и какими, при условии их определенной модификации, можно пользоваться и в современных условиях. Модификация при этом происходит либо путем отказа от прилагательного «советский», или благодаря замене другой категорией. Изложенное касается таких понятий, как: «государство», «государственное управление», «принуждение» и другие.

Второй – украинский. Представители данного подхода отстаивают позицию, что становление Украины как независимого, демократического и правового государства, с собственной Конституцией и законодательством, обязывает ученых к разработке отечественной терминологии или, по крайней мере, наполнению существующих терминов национальным (украинским) смыслом. Как результат, украинская доктрина обогатилась за счет таких понятий как «субъект властных полномочий», «местные государственные администрации», «военно-гражданские администрации», «налоговый компромисс» и другие.

Третий – проевропейский. Уже довольно давно Украина движется в направлении европейской интеграции, правовым основанием для которой сначала было Соглашение о партнерстве и сотрудничестве между Украиной и Европейским Сообществом и их государствами-членами<sup>35</sup>, которое в 2014 г. была заменено Соглашением об ассоциации между Украиной, с одной сто-

---

<sup>35</sup> Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами. *Офіційний вісник України*. 2006. № 24. Ст. 1794.

роны, и Европейским Союзом, Европейским сообществом по атомной энергии и их государствами-членами, с другой стороны<sup>36</sup>, что, как следствие, обусловило необходимость приведения правовой системы Украины в соответствие с правовой системы ЕС, а это, в свою очередь, не может быть достигнуто без согласования украинской юридической терминологии с терминологией правовой системы ЕС. В результате украинская юридическая доктрина наполнилась новыми терминами, которые либо не применялись раньше, или требовали основательного пересмотра их понимания. В качестве примера можно назвать: административно-хозяйственное право, полицейское право, административный акт, распространяющий свое действие на третьих лиц, административная процедура и тому подобное.

Результатом этого становится включение «рожденных» одним из описанных выше способов терминов в тексты нормативных актов, что, как следствие, часто вызывает коллапс на уровне их применения, поскольку каждый судья может одну и ту же категорию понимать совсем по-другому. Продемонстрируем это на примере судебного решения, рассматриваемого Верховным Судом и в котором «точкой преткновения» стало «выяснения содержания термина «закон»».

По обстоятельствам дела, Лицо-2 было признано виновным в том, что оно вопреки требованиям, определенным Инструкцией о порядке изготовления, приобретения, хранения, учета, перевозки и использования огнестрельного оружия, устройств отечественного производства для отстрела патронов, снаряженных резиновыми или аналогичными по своим свойствам металлическими снарядами смертельного действия, и указанных патронов, а также боеприпасов к оружию и взрывчатых материалов, утвержденной приказом Министерства внутренних дел Украины № 662 от 21 августа 1998 г., и Положением о разрешительной системе, утвержденным постановлением Кабинета Министров Украины № 576 от 12 октября 2012 г. без предусмотренного на то законом (выделено мной – Р.М.) разрешения носил в кармане своей сумки телескопическую битую (палку), которая, согласно заключению эксперта № 415-х от 3 ноября 2015 года, является холодным оружием и относится к категории неклинкового холодного оружия ударно-дробильной действия, изготовленного самодельным способом. Лицо-2 привлечено к уголовной ответственности по ч. 2 ст. 263 Уголовного кодекса Украины, и ему назначено наказание в виде лишения свободы сроком на 1 год.

В кассационной жалобе адвокат, между прочим, утверждал, что «в связи с отсутствием закона, который бы предусматривал порядок предоставления разрешения на ношение оружия, в действиях Лицо-2 отсутствует факт преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 263 УК Украины».

---

<sup>36</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Том 1. Ст. 2125.

Анализируя жалобу в этой части, Верховный Суд отметил: «Что касается доводов... о том, что при отсутствии в Украине закона, который бы регулировал порядок предоставления разрешения на ношение оружия, в действиях Лицо-2 отсутствует состав преступления, то они безосновательны, поскольку норма ст. 263 УК Украины является субсидиарной и для понимания незаконности обращения с оружием требует анализа соответствующего закона. При этом понятие «закон», которое использовал законодатель, имеет расширенное толкование и включает в себя законодательство в целом, в том числе нормативные акты, регулирующие соответствующие правоотношения, нарушение которых образует на объективной стороне состава преступления, предусмотренного ст. 263 УК Украины»<sup>37</sup>.

Переходя к анализу этого решения, отметим, что в украинской юридической доктрине одновременно существует три упомянутых выше подхода к пониманию категории закон – советский, украинский и проевропейский. В соответствии с советским подходом, под законом следует понимать любой нормативный акт, изданный государством<sup>38</sup>; украинский подход считает таковыми лишь часть нормативных актов, в частности, те, которые изданы центральными органами власти – правительством, президентом Украины, парламентом, являются законами<sup>39</sup>; проевропейский подход законом считает исключительно акт, изданный парламентом<sup>40</sup>.

Проблема поиска оптимального определения категории «закон» усложняется и тем фактом, что оно неоднократно употребляется и в Конституции Украины, где в п. 22 ч. 1 ст. 92 установлено, что исключительно законами Украины определяются основы гражданско-правовой ответственности; деяния, которые являются преступлениями, административными или дисциплинарными правонарушениями, и ответственность за них. Исходя из этого, возникает вопрос, в каком именно законе (если рассматривать эту категорию через призму вида нормативного акта), может быть зафиксирована объективная сторона преступления. Как следует из процитированного выше решения Верховного Суда, судьи считают, что это может быть осуществлено любым нормативным актом, то есть изданным фактически самым низшим в иерархическом смысле субъектом правотворческой деятельности.

Такой подход, на наш взгляд, является ошибочным и опасным, поскольку может вызвать многочисленные нарушения прав граждан, так как огромное ко-

<sup>37</sup> Рішення Верховного Суду по справі № 127/27182/15-к // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74475834>.

<sup>38</sup> Архипов К. Понятие закона. *Советское право*. 1924. № 2 (8). С. 41–72.

<sup>39</sup> Див. Рішення Конституційного Суду України по делу за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство»). *Офіційний вісник України*. 1998. № 32. Ст. 1209.

<sup>40</sup> Мельник Р. С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях : навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2018. С. 114.

личество субъектов публичной власти, прикрываясь широким (советским) пониманием категории «закон», может начать ограничивать права граждан, устанавливая порядок пользования ими и т.д. путем издания различных (собственных) нормативных актов – приказов, постановлений, распоряжений и т.п. По нашему глубокому убеждению, упомянутый в Конституции Украины термин «закон» не может толковаться ни в широком, ни в узком смысле, как это предлагается авторским коллективом учебника «Общая теория права»<sup>41</sup>. Закон – это исключительно акт парламента! Отступление от этой позиции означало бы отрицание принципов правового государства и отход от стандартов демократии. Учитывая изложенное, возвращаясь к процитированному решению Верховного Суда, мы не можем разделить точку зрения судей в этой части.

В завершение хотим привести совершенно правильную и справедливую в этой части цитату профессора В. Аверьянова, который писал, что введение унифицированных понятий и терминов для обозначения однородных явлений выступает важным условием повышения юридической культуры<sup>42</sup>, а от себя добавим, что и условием обеспечения прогнозируемости и предсказуемости судебного решения. Решение задачи по поиску унифицированных понятий и терминов, очевидно, должно начинаться на государственном уровне, возможно, путем создания государственной правовой комиссии, в состав которой должны войти наиболее профессиональные специалисты и ученые. Разработанная ими терминология должна, в свою очередь, стать базовой при разработке нормативных актов и принятии решений высшими судами.

---

<sup>41</sup> Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козіобри. Київ : Ваіте, 2015. С. 177.

<sup>42</sup> Аверьянов В.Б. Функции и организационная структура органа государственного управления. Київ : «Наукова думка», 1979. С. 58.





## О значении компетенции судей относительно толкования права для качества принятия судебных решений и их обоснования

*Доц. юр. Франциска Шнух, магистр европейского права / Леннарт Марквард*

Судопроизводство действует как стабилизатор демократического государственного сосуществования, реализуя приказы и запреты, предусмотренные законом, в конкретном случае<sup>1</sup>. Однако судебная власть может реализовать функцию права по обеспечению мира в обществе, только если она воплощает равенство<sup>2</sup>. Предпосылкой этого является то, что толкование закона осуществляется не своевольно, а согласно требованиям рационального учения – юридической методике<sup>3</sup>.

Выступает ли здесь судья<sup>4</sup> только в качестве слуги или уст закона, или на него возлагается роль «прораба правовой системы» – этот вопрос снова и снова становится предметом оживленных дискуссий<sup>5</sup>. В их центре находится вопрос о роли судебной власти в правовом государстве, где существует разделение

---

<sup>1</sup> *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2407).

<sup>2</sup> *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876).

<sup>3</sup> *Rehbahn*, ZfPw 2016, 281 (282 f.).

<sup>4</sup> По причинам лучшей читабельности в данной статье в общем употребляется мужской род. Следует отметить, что исключительное употребление мужского рода следует понимать как независимое от родовых признаков использование понятий, употребляемых в статье.

<sup>5</sup> Сравни, например, с одной стороны: *Rüthers*, JZ 2006, 958 ff.; *ders.*, JZ 2007, 556 (560); а с другой: *Hirsch*, JZ 2007, 853 ff.; *Hassemer*, ZRP 2007, 213 ff., а также различия *Wenzel*, NJW 2008, 345 ff.

властей. Что относится к «толкованию» законов? Насколько широки полномочия судей как представителей третьей ветви власти? Является ли компетенция судей толковать и заниматься дополнением права «узурпацией власти, направленной против законодателя», или, скорее, «домашней утварью», или «инструментом третьей власти» и конструктивным элементом разделения властей»<sup>6</sup>?

Целью следующего повествования является нахождение ответов на эти вопросы.

## 1 Классические критерии толкования и источники воздействий его определяющие

Несмотря на отсутствие общепринятой «теории правосудия»<sup>7</sup> в Германии достигнут консенсус в отношении того, что при «интерпретации» законов судьями сначала следует отделить собственно толкование от достройки права, пусть даже одно дополняет другое. Применение права в более узком смысле (то есть собственно толкование) и полномочия самостоятельно формировать право (достройка права) являются, таким образом, переходящими один в другой этапами юридического процесса поиска и применения права<sup>8</sup>.

### 1.1 Цель толкования

В Германии существуют, по сути, два взгляда на цель толкования: объективная и субъективная теории<sup>9</sup>. Следует, в принципе, исходя из этого, учитывать следующее: демократия как основополагающий подход рассматривает парламентского законодателя или иной орган как ту инстанцию, воля которой формулируется через закон.

Субъективная теория видит главную цель толкования в утверждении воли исторического законодателя. Судья как «мыслящий помощник» законодателя должен понимать и толковать закон так, как воспринимает его законодатель в свое время, то есть при принятии закона<sup>10</sup>.

Еще один взгляд, которого, в частности, придерживаются высшие федеральные суды, представляет господствующую объективную теорию<sup>11</sup>. Ее сто-

<sup>6</sup> *Hirsch*, JZ 2007, 853 (856).

<sup>7</sup> По данному поводу с критикой: *Wenzel*, NJW 2008, 345 (348 f.).

<sup>8</sup> *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2407); *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 4 Rn. 35; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366.

<sup>9</sup> В отношении спора о целях толкования сравни: BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (129 f.); *Schäfers*, JuS 2015, 875 (876 f.).

<sup>10</sup> *Muthorst*, JA 2013, 721 (724); *Rüthers*, JZ 2006, 53 ff.

<sup>11</sup> *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 158.

ронники считают, что определяющей является воля закона, а воля законодателя достойна внимания только как ее дополнение. Федеральный конституционный суд в своем решении от 21 мая 1952 года заявил: «Решающим для толкования положения закона является выраженная в нем объективированная воля законодателя, как и поскольку она следует из формулировки соответствующего правового положения и контекста, в котором оно находится. В то же время не является решающим субъективное представление органов, которые принимают участие в законодательном процессе, или отдельных их членов, о значении соответствующего положения. История возникновения того или иного предписания имеет значение только для его толкования, поскольку она подтверждает правильность толкования, полученного согласно изложенному принципу, или устраняет сомнения, которые не могут быть отброшены только одним указанным способом»<sup>12</sup>.

## 1.2 Критерии толкования

Смысл и значение нормы права суды в Германии понимают и раскрывают с помощью классических критериев толкования, также имеющих название канонов толкования, которые связывают с фигурой Фридриха Карла фон Савиньи<sup>13</sup>. Он выделял четыре «вида действий, которые должны взаимодействовать для успеха интерпретации»<sup>14</sup>. Ими являются грамматический, системный, телеологический и исторический виды толкования. Каждый из них способен дополнять остальные<sup>15</sup>. Кроме того, при толковании текстов законов надо учитывать юридические нормы высшего уровня. Это касается, с одной стороны, конституционных норм («конституционно согласованное толкование»), а с другой – положений европейского права («согласованное с нормами Евросоюза толкование»), или же «толкование, согласованное с еврорективами»<sup>16</sup>.

Подробнее остановимся на каждом:

### 1.2.1 Грамматическое толкование

Также, как толкование любого текста, интерпретация нормы права начинается с изучения ее дословного звучания, с исследования значения текста и смысла каждого из соответствующих слов и их взаимосвязи<sup>17</sup>. С помощью этой методики – именуемой грамматическим или филологическим методами толкования – определяется значение, которое могут приобретать слова соответствующе-

---

<sup>12</sup> BVerfGE 1, 299, Ls. 2.

<sup>13</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 230.

<sup>14</sup> Muthorst, JA 2013, 721 (724).

<sup>15</sup> В отношении толкования законов: Savigny, System des heutigen Röm. Rechts 1840, Bd. I, 206 ff., 212 ff. В отношении различий и взаимодействия между критериями толкования подробно: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343 ff.

<sup>16</sup> См. по данному поводу ниже п. 2.

<sup>17</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (877); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 320.

щего закона, а именно согласно правилам языка, то есть лингвистическим нормам в однородном языковом сообществе, и языковым требованиям законодателя<sup>18</sup>, то есть речь идет об учитывании семантики, дословного звучания, а также синтаксиса, то есть структуры выражений применяемых норм. Так, грамматическая структура нормы, логические соотношения отдельных слов закона одного с другим, а также возможные значения отдельных слов закона являются определяющими для разъяснения содержания соответствующей нормы<sup>19</sup>. При этом общеупотребимый и юридический языки могут отличаться, причем даже в использовании юридического языка понятия могут обретать неодинаковые значения в разных контекстах, в которых употребляются<sup>20</sup>. К примеру, значение понятия «собственность» в конституционном праве (ст. 14 Основного закона) не является идентичным тому, которое закреплено в гражданском праве<sup>21</sup>. Исходя из этого, даже в пределах одного и того же закона понятия могут иметь различные значения<sup>22</sup>. Толкование в соответствии с дословной формулировкой является всегда только первым, исходным, шагом на пути к установлению полноценного значения закона, за которым следуют дальнейшие шаги – использование остальных методов толкования. Вместе с тем дословная формулировка устанавливает границу, за которую толкование обычно выходить не должно<sup>23</sup>. Если же определенная совокупность обстоятельств не может быть субсумирована под дословный смысл той или иной нормы, эта норма к регулируемому случаю применяться не должна. Тогда можно попробовать прибегнуть лишь к аналогии.

### 1.2.2 Системное толкование

Следующим шагом является системное толкование. Оно требует рассмотрение и учета контекста, существующего между отдельными правовыми мыслями. Поскольку закон состоит в основном из неполных, объяснительных, ограничительных или отсылочных предписаний и норм, которые только вместе с остальными правилами позволяют получить полноценную правовую норму, то или иное предписание часто становится понятным и пригодным к применению только в сочетании с иными правилами<sup>24</sup>. Решающим, таким образом, становится общий смысл предписаний и их место в общей структуре

<sup>18</sup> Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, S. 456.

<sup>19</sup> Muthorst, JA 2013, 721 (725).

<sup>20</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 231.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 89, 1 (5 ff.).

<sup>22</sup> Так, например, понятие «надлежащего конституционного порядка» в абзаце 3 статьи 20 Основного закона имеет значение, отличное от понимания в абзаце 1 статьи 2. По данному поводу: Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 232 m.w.N.

<sup>23</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 324.

<sup>24</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 325.

(системе) норм права<sup>25</sup>. В частности, правило § 935 Гражданского кодекса Германии (BGB) о приобретении вещей в собственность становится понятным только тогда, когда его рассматривают в сочетании, например, с положениями в системе добросовестного приобретения имущества, как это в случае § 932 упомянутого Гражданского кодекса. В случае отсылочных норм то предписание, на которое делается отсылка, должно быть включено в правило, подлежащее толкованию. Здесь можно, в принципе, различать две «системы»: с одной стороны, рассматривается встраиваемость нормы в закон, учитывая его общую структуру и ее место в этой структуре (так называемая внешняя система). С другой стороны, речь может также идти об избежании противоречивых оценок и угроз отказа в учете более специальных/конкретных норм (так называемая внутренняя система). Иначе говоря, системное толкование, таким образом, интересуется вопросом того, какое место/позицию занимает сама норма в контексте закона/его отдельной части, то есть какими являются отношения одного предложения или его части, абзаца, параграфа, раздела и т.д. к другому/другим частям и к целой совокупности<sup>26</sup>.

### 1.2.3 Историческое толкование

На третьем этапе также может быть использовано намерение законодателя по урегулированию или нормативному наполнению, либо же раскрытию объективного содержания закона – историческое толкование<sup>27</sup>. Главным здесь является вопрос: каким было понимание законодателем соответствующей нормы и какой аспект подтолкнул к ее изданию. Для этого, с одной стороны, следует рассмотреть историческое правовое положение, то есть статус, закрепившийся до и к принятию закона, который требует интерпретации, а с другой – под понятием «генетическая интерпретация» имеют ввиду историю появления закона и его норм, как это обычно задокументировано в деле законопроекта, других юридических материалах<sup>28</sup>. Источниками знаний при этом, среди прочего, являются печатные материалы Бундестага и Бундесрата, протоколы заседаний их комитетов, доклады референтов и др. Кроме того, трансформация предложенной нормы в рамках законодательного процесса может раскрыть смысл, который законодатель задумал вложить в норму, а также изменения, которые произошли в уже действующем положении. При этом стоит учитывать, принимал ли законодатель во внимание нормы, которые предшествовали действующей, и/или он осознанно/неосознанно отклонился от ранее известных моделей регулирования<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> BVerwGE 41, 334 (339).

<sup>26</sup> Muthorst, JA 2013, 721 (725).

<sup>27</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 237.

<sup>28</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 347.

<sup>29</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 239.

#### 1.2.4 Телеологическое толкование

Четвертым видом толкования является телеологический подход. Здесь идет речь об объективной цели закона или нормы права, о *ratio legis*<sup>30</sup>. Целью является установление правильного понимания нормы, того, которое самым лучшим образом выражает оценку значения каждого из интересов, которые затрагивает норма<sup>31</sup>. В центр внимания здесь попадает цель, которую заложила правовая политика в появление нормы, потому что речь идет об оценках и сравнении ценности интересов, выраженных в исследуемой правовой норме<sup>32</sup>. Если же *ratio legis* не имеет четкого выражения в законе, его следует выяснить в первоочередном порядке. При этом речь идет об определении «объективной цели», заложенной в ту или иную норму. Кроме того, речь идет о «целях, которые обычно преследуют люди в обстоятельствах, имеющих место в действительности и описаны нормой, которая требует толкования», при этом предполагается, что правовая система базируется на справедливости, правовой уверенности и целесообразности как основных ценностях решений<sup>33</sup>. Они берутся во внимание также, как и этически-правовые принципы. Однако следует учитывать и социальные последствия и практичность, которые также могут способствовать поиску и раскрытию цели правовой нормы<sup>34</sup>.

#### 1.2.5 Конституционно согласованное (конформное) толкование

Если при применении толкования остается возможность использования нескольких разных вариантов раскрытия содержания правовой нормы, всегда следует выбирать тот вариант, который точнее соответствует «принципам Основного закона», и настолько, насколько это возможно, воплощает решения Основного закона о рангах его ценностей (конституционно согласованное и конституционно ориентированное толкование)<sup>35</sup>. В частности, основные права таким образом оказывают свое влияние и в отношениях между частными лицами, что означает «излучение/ретрансляцию» их влияния на нормы частного права, например, на общие положения (косвенное/ опосредованное влияние на третьих лиц). Это требование, которое обеспечивает наивысший ранг конституционных норм, адресовано каждому государственному органу, уполномоченному на применение закона<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 240.

<sup>31</sup> Mutborst, JA 2013, 721 (725).

<sup>32</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 240.

<sup>33</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (879).

<sup>34</sup> Schäfers, JuS 2015, 875 (879).

<sup>35</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 160.

<sup>36</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 291.

Кроме того, как подвид дружественного к конституционным нормам и предписаниям толкования существует требование согласованного с конституционными предписаниями толкования. Если существует возможность множественного толкования определенного правила, и среди такого множества (как минимум) одно ведет к неконституционности такого положения, а также (как минимум) одно, результат которого ведет к конституционной согласованности нормы, последнее обязательно является преимущественным как конституционно согласованное толкование. Среди нескольких конституционно согласованных вариантов толкований нормы следует выбирать тот, который наиболее полно соответствует конституционным требованиям<sup>37</sup>. Это устанавливает Федеральный конституционный суд, а его решения связывают исполнительную и судебную ветви власти<sup>38</sup>. Если суд, призванный принять решение, не считает конституционное толкование возможным, он должен обратиться к Федеральному конституционному суду и передать соответствующий закон для толкования (ст. 100 Основного закона).

### 1.3 Влияние судебной практики высших судебных инстанций

Разработанные судами и упомянутые выше подходы и позиции служат ориентирами для толкования и достройки/развития права, поэтому суды низших инстанций могут отклоняться от устоявшейся судебной практики высших и верховной инстанций только ввиду явно преобладающих или весомых причин<sup>39</sup>. Однако судебная практика высших или верховного судов также не является нормой закона. Она может быть признана обязательной к применению только исходя из принципа защиты доверия/законных ожиданий, который проистекает из принципа правового государства<sup>40</sup>.

### 1.4 Влияние литературы/науки

В отличие от римского права, когда разработанные юристами доктрины имели нормативную обязательность (например, учение юристов Папиниана, Павла, Гая или Ульпиана), сегодня господствует мнение, что юридическая литература не является источником права. Зато опубликованная научная правоведческая

---

<sup>37</sup> *Schäfers*, JuS 2015, 875 (879).

<sup>38</sup> *Roellecke*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 68, Rn. 22.

<sup>39</sup> BGHZ 85, 64 (66); 87, 150 (155); 125, 218 (222).

<sup>40</sup> BVerfGE 18, 224 (240).

литература является источником познания права<sup>41</sup>, поэтому работы по юридической науке часто цитируются в судебных решениях, но никаких обязательных или единых/однообразных установок на этот счет не существует<sup>42</sup>.

### 1.5 Достройка (дополнение) права

От толкования права в смысле классического правоприменения необходимо отличать еще одну задачу – достройку/развитие права, которая также является частью обязанностей судьи. Речь идет о «творческом поиске права», в результате которого формируется отдельный, самостоятельный источник права, являющийся, в отличие от интерпретации, действующим *inter partes* судебским правом<sup>43</sup>. Федеральный конституционный суд проводит здесь границу между допустимым «творческим поиском права» и недопустимым для судьи правотворчеством<sup>44</sup>. Вывод о том, что судебское право вообще-то допустимое явление, а узкий законодательный позитивизм, следовательно, следует отвергать, основывается на формулировке абзаца 3 статьи 20 Основного закона, согласно которому правосудие связано «законом и правом», из чего вытекает вывод, что право и закон не являются тождественными явлениями<sup>45</sup>.

Важнейшим примером восполнения/достройки права является аналогия. При аналогии юридические последствия одного случая, урегулированного юридической нормой, переносятся на подобный ему по совокупности обстоятельств. Предпосылкой аналогии является прежде всего пробел в регулировании/законе, бессознательно допущенный законодателем. Следовательно, должно существовать сходство между охваченным законом случаем, на который распространяется норма, и тем, который она не регулирует<sup>46</sup>. Именно «противоплановость» нормативного пробела обычно является самым сложным фактом, который должен быть доказан, но она является элементарным требованием для того, чтобы нарушать принцип разделения властей: если это не так, то имеется противоположный вывод<sup>47</sup>.

Однако, когда же судебная достройка права является допустимой, то есть где проложена та граница, которая запрещает недопустимое правотворчество? Такие границы, естественно, являются результатом разделения властей: правосудие не

---

<sup>41</sup> T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2017, § 3 Rn. 100; Vogel, *Juristische Methodik*, 1988, S. 106.

<sup>42</sup> T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2017, § 1 Rn. 68.

<sup>43</sup> Wenzel, *NJW* 2008, 345 (346).

<sup>44</sup> BVerfGE 34, 269 (288).

<sup>45</sup> So etwa BVerfGE 34, 269 (286 f.).

<sup>46</sup> Mann, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, 5. Aufl. 2015, Rn. 273 f.

<sup>47</sup> Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2020, Rn. 560.



должно «подменять своим собственным представлением о материальной справедливости нормотворческую функцию законодателя»<sup>48</sup>. Недопустимым является игнорирование очевидной воли, выраженной законодательным актом<sup>49</sup>. В конце концов, судебская достройка права исключается там, где можно распознать волю законодателя – даже если она выражена умышленно оставленным пробелом или преднамеренным охватом обстоятельств действительности в конкретном случае дословной формулировкой закона. Независимо от этого, аналогии не допускаются там, где они обосновывают/оправдывают наказание во вред обвиняемому, а именно в уголовном праве (абз. 2 ст. 103 Основного закона).

## 2 Влияние права ЕС на судебную интерпретацию национального законодательства Германии

Наряду с описанным исторически выросшим и консолидированным набором «классических» методов толкования немецких юридических текстов на интерпретацию национальных законов немецким правосудием влияет право ЕС, которое при применении, в принципе, имеет приоритет перед национальным законодательством<sup>50</sup>, хотя в отношении более или менее четких умозрительных границ этого приоритета существуют немалые разногласия<sup>51</sup>. Как член Европейского Союза Федеральная Республика Германия обязана в соответствии с абзацем 3 статьи 4 ДФЕС поддерживать ЕС в выполнении его заданий и воздерживаться и не допускать никаких мер, которые могут поставить под угрозу достижение целей ЕС. Отсюда вытекают объемные обязательства в связи с судебной реализацией права ЕС: национальные суды обязаны содействовать системе согласованной и эффективной правовой защиты и поддерживать ее<sup>52</sup>. Так называемый принцип эффективности («*effet utile*»), урегулированный в абз. 3 ст. 4 ДФЕС, а также приоритетность применения норм ЕС порождают требование толковать национальное законодательство в соответствии с европейским правом<sup>53</sup>. Это включает в первую очередь толкование, соответствующее директивам, а также толкование национального права в свете норм европейского первичного права.

---

<sup>48</sup> BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1369).

<sup>49</sup> BVerfG NJW-RR 2016, 1366 (1369); *Wiedermann*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, 2407 (2408).

<sup>50</sup> *Herdegen*, Europarecht, 21. Aufl. 2019, S. 245 ff.; *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV, Rn. 35 ff.

<sup>51</sup> Конфликт между Федеральным конституционным судом Германии и Судом Европейского Союза, в итоге: *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015, Vorrangfrage Europarecht – nationales Recht.

<sup>52</sup> *Callies/Kabl/Puttler*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV, Rn. 79.

<sup>53</sup> *Callies/Kabl/Puttler*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV, Rn. 97; *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV, Rn. 64.

## 2.1 Толкование, которое соответствует директивам/совместимое с ними

Важнейшим аспектом толкования национального законодательства в соответствии с европейским правом является толкование, соответствующее директивам<sup>54</sup>. Это касается всех национальных актов, которые так или иначе затрагивает сфера действия той или иной директивы<sup>55</sup>. Начинается такое толкование с окончанием срока, установленного для имплементации соответствующей директивы<sup>56</sup>, и проявляется себя там, где, в соответствии с «классическим» толкованием, норму, которая подлежит имплементации, также можно интерпретировать способом, несовместимым с положениями директивы<sup>57</sup>. Для этого суд сначала должен определить, что именно требуется самой директивой, то есть директиву надо растолковать вместе с национальной нормой. При этом следует соблюдать, в случае его наличия, толкование, данное Судом ЕС. В сомнительных случаях следует подать запрос в Суд ЕС согласно преюдициальной процедуре, предусмотренной ст. 267 ДФЕС. Если суд сочтет невозможным согласованное с законодательством ЕС толкование определенного закона, он не должен его применять<sup>58</sup>. Национальным судам, соответственно, тут принадлежит, в отличие от предположения о неконституционности определенной нормы, компетенция отказа от признания действительности и, следовательно, от применения нормы<sup>59</sup>. В отношении упомянутых «классических» правил интерпретации, толкование, которое соответствует европейскому законодательству, имеет высший приоритет – в соответствии с правом Евросоюза<sup>60</sup>.

## 2.2 Толкование, согласованное/совместимое с первичным правом

Толкование, соответствующее европейскому праву, может быть необходимым не только в сферах регулирования, охваченных директивами ЕС. Приоритет европейского первичного права также требует судебного обеспечения. Известным примером в этом контексте является так называемое дело Алькан<sup>61</sup>: для того, чтобы предоставить полную и всеобъемлющую силу правилам, касающимся субсидирования, предусмотренным статьей 288 Договора о функционировании ЕС, нормы немецкого закона об административных процедурах требуют соответственного толкования и частичного отказа от их применения.

<sup>54</sup> *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 24.

<sup>55</sup> *Mittwoch*, JuS 2017, 296 (296).

<sup>56</sup> *Nettesheim*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 68. EL 2019, Art. 288 AEUV, Rn. 133.

<sup>57</sup> *Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 68. EL 2019, Art. 288 AEUV, Rn. 135.

<sup>58</sup> *Kühling*, JuS 2014, 481 (484 f.).

<sup>59</sup> BVerfGE 31, 145 (174 f.).

<sup>60</sup> *Kühling*, JuS 2014, 481 (485).

<sup>61</sup> BVerwGE 106, 328.

### 2.3 Значение и значимость толкования, согласованного с европейским законодательством

Значение согласованного/конформного с европейским правом толкования закона ввиду его последствий для права с учетом широкой компетенции и далеко идущих полномочий Европейского Союза вряд ли можно недооценивать, поэтому содержание права ЕС и его значение следует преимущественно из его релевантности немецкому правопорядку в целом. Правосудию здесь принадлежит выполнение функций, которые не совсем совпадают с «классическим» толкованием: интерпретация в соответствии с европейским правом служит воплощению первичности права Евросоюза и, следовательно, эффективности положений его законодательства. Значит, правосудие должно не так проявлять собственную силу, как действовать в модусе «исполнительной власти» ЕС. Возвращаясь к первоначальному вопросу: в этом контексте судебная компетенция по толкованию не является ни «направленной против законодателя узурпированной власти», ни «просто инструментом третьей власти», вместо этого выступает лишь формой выполнения обязательств государственной власти, вытекающих из членства Федеративной Республики Германия в Европейском Союзе в целом<sup>62</sup>.

## 3 Толкование права Союза

Наряду с согласованным с европейским правом толкованием национального законодательства немецкими судами вследствие большого числа вопросов, круг которых касается европейского права, толкование права Евросоюза само по себе получило фундаментальное и важное значение. Речь идет не о толковании национальных правовых актов, а непосредственно о нормативных актах ЕС, функция которого принадлежит Суду ЕС (ст. 9 ДЭС). Этот Суд не следует за «классическими» немецкими критериями толкования, он, наоборот, разработал собственную методику толкования, на которую также влияют правовые культуры других государств-членов. В принципе, однако, эта методика не слишком далеко ушла от предшествовавших ей упомянутых канонов толкования: дословное значение, систематика, история и телос тоже служат для нее отправным пунктом<sup>63</sup>. К упомянутому добавляется и упомянутый выше «effet utile»<sup>64</sup>, который таким образом служит не только обоснованием и оправданием согласованного с европейским законодательством толкования национальных законов, но и девизом толкования права Евросоюза. При толковании

---

<sup>62</sup> Подобным образом: *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (14).

<sup>63</sup> *Rebhahn*, ZfPW 2016, 281 (292).

<sup>64</sup> *Herdegen*, Europarecht, 21. Aufl. 2019, S. 222 f.

вторичного права на помощь приходит первичное<sup>65</sup>. При установлении дословного значения вследствие обязательности различных юридических языков дополнительно проявляются сравнительно-языковедческие интерпретационные подходы<sup>66</sup>. Методика Суда ЕС (как будто отсутствующая) претерпевает в Германии интенсивную и разностороннюю критику со стороны науки права<sup>67</sup>, которая, по крайней мере частично, в ее артикулированной интенсивности, (больше) не кажется полностью справедливой<sup>68</sup>.

Следует предостеречь, что, опираясь на недостаток четких понятийных различий в практике Суда ЕС, пределы между достройкой права и толкованием становятся все более размытыми<sup>69</sup>. В любом случае, решение Суда ЕС, в силу связанности национальных судов практикой Суда ЕС, в вопросах толкования будут также обретать качества источников права Евросоюза, и таким образом право ЕС обречено на появление в нем элементов системы прецедентного права<sup>70</sup>. Безусловно, толкование права Евросоюза будет приобретать совсем другое положение, которое, однако, не включает национальные суды.

#### 4 Влияние ЕСПЧ и его практики на судебское толкование национальных законов

Кроме права Евросоюза существуют другие международные правовые источники, которые могут влиять на толкование национального законодательства. В международном праве особое место занимает Европейская конвенция по правам человека (ЕКПЧ). Согласно общему выводу, Основной закон Германии отличается дружественной ориентацией на международное право. Это следует из целостного восприятия разных норм<sup>71</sup>. ЕКПЧ, согласно абз. 2 ст. 59 Основного закона, имеет ранг простого федерального закона. Однако ее действие и влияние выходят, соответственно практике Федерального конституционного суда, далеко за такие узкие рамки: решениям Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) принадлежит «фактическая ориентировочная и руководящая функция»<sup>72</sup>. Она, соответственно, «содействует толкованию на уровне конституционного права и оказывает влияние далеко за пределами каждого

---

<sup>65</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (294).

<sup>66</sup> *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 243.

<sup>67</sup> Сравни, в данном отношении, примеры: *Hailbronner*, NJW 2004, 2185.

<sup>68</sup> Подобным образом: *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (291).

<sup>69</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (286).

<sup>70</sup> *Rebbahn*, ZfPW 2016, 281 (297).

<sup>71</sup> Сравни: *Herdegen* in Maunz/Dürig, GG, 89. EL 2019, Art. 25, Rn. 6 m.w.N.

<sup>72</sup> BVerfGE 128, 326 (368); 148, 296 (351 f.).

отдельного дела»<sup>73</sup>. Это ограничивается, в частности, необходимостью контекстуализации выводов ЕСПЧ<sup>74</sup>. Последняя, конечно, акцентируя на судебных решениях, в результате требует дружественного к Конвенции толкования ее правил, которое, в итоге, должно производиться таким образом, который был пояснен выше на примере конституционно согласованного толкования<sup>75</sup>. Если же при использовании «классических» методов толкования проявляется возможность использования нескольких их вариантов, предпочтение следует отдавать варианту, наиболее совместимому с Конвенцией.

## 5 Результат

В результате следует признать судебную власть чем-то большим, чем простым громкоговорителем, декламирующим закон, как ее изобразил *Монтескье* в своей знаменитой и часто цитируемой фразе «уст, произносящих слова закона»<sup>76</sup>. Компетенция, которой наделены судьи, открывает перед ними широкий спектр допустимого правоприменения. Однако толкование уже по своим целям не должно противоречить закону, наоборот ориентируясь на его полноценную реализацию: результатом интерпретации всегда должна быть объективированная воля законодателя. Правосудие, вплетенное в конституционное кружево разделения власти и, в частности, в соответствии с требованием связанности законом (абз. 3 ст. 20 Основного закона) следует рассматривать не как «направленную против законодателя узурпацию власти», а скорее в качестве той власти, которая прежде всего способствует полному развертыванию силы закона – и в случае, когда она фигурирует как контрольная инстанция/надзорный орган над исполнительной властью в области административного судопроизводства, и тогда, когда она как карательная инстанция или как орган-арбитр разрешает споры общей юрисдикции.

---

<sup>73</sup> BVerfGE 148, 296 (352).

<sup>74</sup> Сравни: *Haug*, NJW 2018, 2674 (2676 f.); суд подчеркнул границы в решении по поводу забастовки государственных служащих: BVerfGE 148, 296.

<sup>75</sup> *Spitzlei/Schneider*, JA 2019, 9 (11); сравни например: BVerfGE 134, 33 (82 f.).

<sup>76</sup> *Montesquieu*, *De L'Esprit des Lois*, 1769, S. 271.



## **Значение компетенции судей при толковании права и ее влияние на качество принятия судебных решений и их обоснование**

*Проф. д-р Татьяна Чехович / Д-р Марина Рабинович/  
Настя Антипенко / Проф. д-р Евгений Петров*

Толкование права осуществляется в теории права, в частности, являясь «особым мыслительным (интеллектуальным) процессом и видом юридической деятельности, направленным на выяснение и разъяснение содержания норм права и положений правовых документов...»<sup>1</sup>. Существование этой категории в праве и необходимость деятельности (и процесса), которые с ней связаны, обусловлены тем, что нормативно-правовые акты не содержат и не могут содержать в себе исчерпывающий перечень правил жизнедеятельности человека и общества, которыми в полной мере регулировались бы все ситуации, которые могут возникнуть в жизни. Это невозможно из-за постоянного развития общественных отношений и возникновения новых форм взаимосвязей между физическими и/или юридическими лицами. Более того, строгая регламентация того, что разрешено каждому, привела бы к гражданской революции, борьбе за свободу воли и т.п., поскольку ограничивала бы человека в его развитии и возможностях, нарушая его естественное право самостоятельно выбирать свою судьбу и принимать решения. В связи с этим субъекты нормотвор-

---

<sup>1</sup> Козюбра М. І., Погребняк С. П., Цельєв О. В., Матвєєва Ю. І. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. 392 с. С. 250.

чества обычно ограничиваются в нормативно-правовых актах изложением основных, важнейших правил в соответствующих сферах, отсутствие которых создавало бы препятствия в сосуществовании людей. В то же время такой подход не лишен недостатков, поскольку сопровождается многочисленными пробелами в законах и праве. К тому же часто нормативно-правовым актам присущи и другие недостатки, как-то коллизии, нечеткие и неоднозначные формулировки и др. Это создает препятствия в реализации прав, свобод и законных интересов, в решении спорных вопросов, возникающих на практике и тому подобное.

## 1 Классические методы толкования права как основное методологическое требование к юристам

Поэтому толкование является одним из важных элементов как процесса принятия судебного решения, значение которого обусловлено необходимостью правильного применения норм права и заполнения существующих пробелов в нем, так и любой другой юридической деятельности, результаты которой напрямую зависят от уровня понимания правовых норм и умения их практической реализации юристами. Указанное дополнительно подтверждается тем, что неправильное толкование является одной из причин отмены судебных решений, закрепленной на нормативном уровне (например, п. 4 ч. 1 ст. 376 Гражданского процессуального кодекса Украины<sup>2</sup>, п. 4 ч. 1 ст. 317 Кодекса административного судопроизводства (далее – КАС) Украины<sup>3</sup> и др.). Это подтверждают статистические данные, согласно которым ежегодно из-за неправильного применения норм материального права подвергаются обжалованию многочисленные решения суда (например, согласно отчетам о рассмотрении апелляционных жалоб в порядке административного судопроизводства в 2018–2019 гг., количество вынесенных отдельных постановлений о неправильном применении судом первой инстанции норм материального права или нарушении норм процессуального права составляет более 30 % от всей совокупности отдельных постановлений)<sup>4</sup>.

Указанное свидетельствует о имеющейся потребности формирования у представителей юридических профессий навыков корректного толкования права и совершенствования современного юридического образования, явно

---

<sup>2</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: у ред. Закону № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

<sup>3</sup> Кодекс адміністративного судочинства України: у ред. Закону № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

<sup>4</sup> Звіт судів апеляційної інстанції про розгляд апеляційних скарг у порядку адміністративного судочинства. 2019. № 2-а. URL: [https://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka/rik\\_2019](https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2019);

Звіт судів апеляційної інстанції про розгляд апеляційних скарг у порядку адміністративного судочинства. 2018. № 2-а. URL: [https://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka/rik\\_2018](https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018).



недостаточно нацеленного на практическую деятельность. В этой связи следует обратить внимание на то, что в юридической литературе предложено немало подходов к определению методов, которые должны применяться в определенных целях. Например, обобщая труды С. С. Алексеева, А. А. Езерова, О. В. Каплина, М. И. Козюбры, Т. В. Комаровой, И. П. Косцова, М. М. Микіевич, М. П. Молибogi, А. Ф. Скаун, И. М. Яворской и других ученых, среди методов толкования можно выделить грамматический (филологический, лексический, текстовый, языковой, семантический), герменевтический, буквальный, контекстуально, логический, специально-юридический (техничко-юридический), систематический (системный), историко-политический (исторический, политический), функциональный (социологический, рациональный, эволюционный), телологический (целевой) и другие методы<sup>5</sup>, перечень которых не является исчерпывающим. Однако такой плюрализм научных взглядов сопровождается соответствующими дискуссиями по поводу целесообразности их применения, что как следствие может привести к преградам при выборе и использовании методологии толкования. Поэтому между упомянутыми методами стоит выделять те, которые признаются правовой наукой основополагающими и эффективность которых подтверждена продолжительностью использования.

Имеется в виду методологический инструментарий, истоки которого берут свое начало в трудах Ф. К. фон Савиньи, который уже в XIX в. выделял четыре

---

<sup>5</sup> Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах. Т. II. Москва: Юрид. лит., 1982. 360 с. С. 300;

Езеров А. А. Тлумачення Конституції України: способи, межі, зміст. Часопис Київського університету права. 2011. № 3. С. 95-99;

Каплина О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права: монографія. Харків: «Право», 2008. 296 с. С. 145;

Козюбра М. І. Загальна теорія права: підручник / М. І. Козюбра, С. П. Погребняк, О. В. Цельсєв, Ю. І. Матвєєва; за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2015. 392 с. С. 253.;

Комарова Т. В. Особливості застосування методів тлумачення норм права Судом Європейського Союзу. Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання: тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф. (м. Харків, 30 вер. - 1 жовт. 2015 р.). Харків, 2015. С. 151-154.;

Косцова І. П. Герменевтичний метод тлумачення норм права: історична та юридична дивергенція. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки». 2015. № 827 (8). С. 153-158.;

Косцова І. П. Системне тлумачення норм права: дис. ... канд. юрид. наук. Спец. 12.00.01. Івано-Франківськ, 2016. 218 с. С. 41.;

Микіевич М. М., Яворська І. М. Правотлумачна діяльність Суду Європейського Союзу. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2013. Вип. 115 (ч. II). С. 17-22.;

Молибoga М. П. Функції та методи тлумачення права. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2010. № 11. С. 109-114.;

Скаун О. Ф. Теорія права і держави: підручник. 2-ге вид. Київ: Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2010. 520 с. С. 437-439.

элемента толкование закона, с помощью которых можно понять его содержание<sup>6</sup>: 1) грамматический – объяснение грамматических правил, использованных законодателем<sup>7</sup>; 2) логический – определение логической связи, в которой находятся отдельные части мысли, заложенной в законе<sup>8</sup>; 3) исторический – определение состояния, которое привело к принятию закона<sup>9</sup>; 4) систематический – определение места конкретного закона в системе права<sup>10</sup>. Указанная концепция стала своеобразным толчком в направлении выработки методики толкования права, которая на сегодняшний день характеризуется учеными как «классическая» и включает следующие четыре метода: 1) грамматический (толкование дословного текста); 2) телеологический (определение цели и назначения закона) 3) исторический (определение исторических обстоятельств принятия закона, мотивов его авторов и т.п.); 4) систематический (толкование по месту в законе или в системе законодательства)<sup>11</sup>.

На страницах научных исследований встречается мнение о том, что названные методы являются классическими только для Германии<sup>12</sup>. Это можно частично объяснить тем, что они впервые были обоснованы в немецкой теории права, а в отечественных исследованиях иногда выдвигаются другие взгляды на перечень классических методов. Например, отдельные ученые вы-

<sup>6</sup> Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права: в 8 томах. Т. I / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. 510 с. С. 391.

<sup>7</sup> Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. С. 391.

<sup>8</sup> Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. С. 391.

<sup>9</sup> Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. С. 391.

<sup>10</sup> Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. С. 391.

<sup>11</sup> Карвальу М. Х. П. де. Проблемы тезиса о единственно правильном толковании в области конституционного права (часть I). Журнал российского права. 2015. № 9 (225). С. 141-149.;

Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права. Вестник гражданского права. 2012. Т. 12, № 4. С. 247-284;

*Brugger W.* Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. Archiv des öffentlichen Rechts. 1994. Vol. 119, № 1. 34 s. S. 21-30;

*Hanau P.* Methoden der Auslegung des Betriebsverfassungsgesetzes. Festschrift für Allbrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994. S. 53-66;

*Scholz M.-O.* Zum Problemkreis der gesetzeskonformen Auslegung und der Rechtsfortbildung und deren Abgrenzung. Eine kurze Einführung. Wissenschaftlicher Aufsatz. Rechtswissenschaftlicher Aufsätze. 2011. B. 2. URL: <https://www.grin.com/document/168371>;

*Walz C.* Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien. Zeitschrift für das Juristische Studium. 2010. V. 4. S. 482-490. URL: [http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010\\_4\\_348.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_4_348.pdf);

*Busse D.* Recht als Text: linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution. Tübingen: Niemeyer, 1992. 365 s. S. 20-30;

*Bydlinski F.* Grundzüge der juristischen Methodenlehre / hrsg: P. Doralt. Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht. 2003. N. 95. URL: <https://e-pub.wu.ac.at/3325/1/ap095.pdf>.

<sup>12</sup> Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права. Вестник гражданского права. 2012. Т. 12, № 4. С. 247-284.

деляют в нем более четырех наименований: буквальный, исторический, контекстуальный, систематический и телеологический<sup>13</sup>. Однако, во-первых, в данном случае учеными контекстуальный метод был отделен от систематического ошибочно, поскольку в немецкой литературе названные методы являются одним целым, то есть это его альтернативное название<sup>14</sup>.

Во-вторых, обратим внимание, что классические немецкие методы, как показывает изучение работ упомянутых выше ученых, являются общим элементом для существующих подходов, в том числе украинских ученых, при определении методологии толкования права. Это свидетельствует об их основополагающем и универсальном характере, а следовательно, указывает на целесообразность их характеристики в качестве классических методов толкования права как в Германии, так и в Украине.

В-третьих, применимость указанных методов к украинской практике реализации права подтверждается судебными решениями, которые содержат примеры их использования отечественными судьями, а именно:

- в постановлении от 15 января 2020 по делу № 145/1330/17<sup>15</sup> Верховный Суд отступил от выводов Кассационного административного суда, «в соответствии с которыми по толкованию подпункта 15.5 пункта 5 раздела XIII «Переходные положения» КАС Украины апелляционная жалоба подается через соответствующий суд, которым является суд первой инстанции, а не непосредственно в апелляционный суд»<sup>16</sup>. По мнению Верховного Суда, этот вывод «основан на ошибочном толковании подпункта 15.5 пункта 1 раздела XIII «Переходные положения» КАС Украины, по содержанию которого апелляционные жалобы подаются в или через соответствующие суды (апелляционные суды)»<sup>17</sup>. Верховный Суд решил, что, «возвращая апелляционную жалобу без рассмотрения, суд апелляционной инстанции проявил чрезмерный формализм и непропорциональность между примененными средствами и поставленной целью»<sup>18</sup>. В данном решении Верховный Суд применил грамматический и телеологический методы.

---

<sup>13</sup> Миківнич М. М., Яворська І. М. Правотлумачна діяльність Суду Європейського Союзу. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2013. Вип. 115 (ч. II). С. 17-22.

<sup>14</sup> Brugger W. Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze. Archiv des öffentlichen Rechts. 1994. Vol. 119, № 1. 34 s. S. 24.

<sup>15</sup> Постановление Верховного Суда от 15 января 2020 года по делу № 145/1330/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87180096>.

<sup>16</sup> Постановление Верховного Суда от 15 января 2020 года по делу № 145/1330/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87180096>.

<sup>17</sup> Дайджест судебной практики Большой Палаты Верховного Суда. Решения в ЕДРСР за период с 01.01.2020 по 31.01.2020. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/dajdzhest\\_01\\_2020.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/dajdzhest_01_2020.pdf).

<sup>18</sup> Там же.

- в решении от 1 декабря 2004 № 18-рп / 2004<sup>19</sup> Конституционный Суд Украины толкует понятие охраняемого законом интереса прежде всего (но не исключительно) с помощью системного метода, например: «системный анализ употребления понятия» охраняемый законом интерес» в связи с субъективными правами свидетельствует, что именно такой способ применяется не только в статье 4, но и в статьях 5, 14, 15-1, 79, 101, 103, 111, 243-17 Гражданского процессуального кодекса Украины, в статьях 1, 2, 5, 21, 22, 78, 123 Хозяйственного процессуального кодекса Украины и других»<sup>20</sup>.

Таким образом, опираясь на научные разработки и практику толкования права судьями в нашем государстве, подчеркнем то, что рассмотренные классические методы являются основаниями толкования права в Украине. Указанное подводит нас к тезису о том, что знания о сущности и особенности их применения необходимо формировать у юристов во время их обучения в университетах с целью повышения качества украинского юридического образования и квалификации выпускников юридической специальности. Кроме того целесообразным видится их изложение в учебно-методических пособиях, настольных книгах и в других ресурсах, используемых для подготовки судей, повышения их квалификации, а также в качестве вспомогательных материалов во время работы, которыми они могут пользоваться при осуществлении правосудия и толковании правовых норм. Для этого полезным будет заимствование немецкого опыта обучения этим методам и подготовки соответствующих учебных материалов.

## 2 Пределы судебного толкования: где начинается недопустимая «достройка» права?

Повышение роли и значения судопроизводства на современном этапе вызывает переосмысление роли суда; решающее значение приобретает вопрос об определении места и роли судебной практики в правовой системе Украины, и в системе источников права, в частности. Формирование судебной практики, определение путей обеспечения ее стабильности осуществляется во время судебного толкования, которое заключается в правотворческой активности судей. Такая активность судей, если говорить о частном праве, проявляется, прежде всего, при наличии пробелов в законодательстве и праве; в процессе отыскания правовой нормы, которую следует применить при наличии колли-

---

<sup>19</sup> Решение Конституционного Суда Украины по делу по конституционному ходатайству 50 народных депутатов Украины для официального толкования отдельных положений части первой статьи 4 Гражданского процессуального кодекса Украины (дело об охраняемом законом интересе): от 1 декабря 2004 года № 18-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.

<sup>20</sup> Там же.

зий или конкуренции между общей нормой специального нормативно-правового акта и специальной нормой нормативно-правового акта общего действия и в случае других проблем толкования правовых норм, таких как выбор судом метода толкования законодательства, во время которого допускается та или иная степень свободы интерпретации<sup>21</sup>. Следует отметить, что согласно законодательству<sup>22</sup>, суды в правовой системе Украины правотворческими полномочиями не наделены даже тогда, когда выработанная ими правовая позиция определяется законом обязательной для применения другими судами и прочими субъектами властных полномочий, осуществляющими правоприменение. Но с отходом от юридического позитивизма, который в свое время был популярен и широко распространен в странах романо-германской правовой семьи, сегодня правовая доктрина и, что особенно важно, судебная практика, идут по пути признания обязательности толкования правовых норм, содержащихся в решениях Верховного Суда.

Европейский суд по правам человека неоднократно обращал внимание на то, что задача толкования внутреннего права в первую очередь возлагается на суды<sup>23</sup>. И поэтому возрастание роли судебной практики является очевидным, необходимым и помогающим должному урегулированию общественных отношений.

Проведенный анализ ряда научных работ, посвященных толкованию судом законов и иных нормативно-правовых актов<sup>24 25 26 27 28</sup>, дает возможность сделать вывод, что под толкованием актов гражданского законодательства понимают деятельность по проверке легитимности актов гражданского законодательства, решение вопросов коллизии между правовыми нормами и установление их содержания с целью его разъяснения или обоснования решения,

---

<sup>21</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я.М. Романюк. – К.: Ін Юре. 2016. – с. 178.

<sup>22</sup> Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016р. Відомості Верховної ради України. № 31. 2016.

<sup>23</sup> Шишка О. Р. Висновки верховного суду України як «джерело» цивільного права: деякі вразливості та проблеми неспівпадіння з концептом ЦК України. Проблеми цивільного права та процесу: тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, Харків, 24 трав. 2019 р. /МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків, обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України»). Харків: ХНУВС, 2019. С. 218.

<sup>24</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я.М. Романюк. Київ : Ін Юре. 2016. 536 с.

<sup>25</sup> Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / В.Г. Ротань, І.А. Самсін, А.Г. Ярема та ін.; від. ред.. кер. авт. кол. В.Г. Ротань. Харків: Право, 2013. 752 с.

<sup>26</sup> Карабань В.Я. Тлумачення актів цивільного законодавства України: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2007. 193 с.

<sup>27</sup> Трагнюк О.Я. Тлумачення міжнародних договорів: теорія і досвід міжнародних європейських судів: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.11. Харків, 2003. – 205 с.

<sup>28</sup> Системное толкование норм права / В.А. Толстик, Н.Л. Дворников, К.В. Каргин. Москва: ИД «Юриспруденция», 2010. 136 с.

которое принимается на основании соответствующей правовой нормы<sup>29</sup>. Такое правило работает в том случае, когда применяется единый алгоритм толкования правовой нормы. Сначала с помощью лингвистического (грамматического, буквального) толкования, а уже потом, при необходимости, можно прибегнуть к логическому выяснению содержания правовой нормы. В определенной степени на это обращает внимание и ст. 213 ГК Украины относительно толкования содержания сделки, устанавливая, что толкование содержания сделки начинается с выяснения буквального содержания, то есть учитываются общепринятые значения слов и понятий, а также значения, сложившиеся в соответствующей сфере отношений. Поэтому, если не придерживаться единого алгоритма толкования правовой нормы, нет гарантий, что сделанные выводы высшего суда будут иметь однозначную определенность и предсказуемость в отношении норм материального права, не возникнут искажения правовой материи, а такой акт правоприменительной деятельности может приобрести характер правоотворчества.

Толкование закона судом – это всегда мыслительный процесс, а поэтому он неразрывно связан с личными характеристиками субъекта (судьи), который осуществляет этот процесс. Результат толкования судом правовой нормы всегда выражается в том, как суд оценил правоотношения, вытекающие из конкретных обстоятельств, в соответствии с выбранной правовой нормой для решения отдельного спора, как ее применил. Итак, можно сказать, что в мотивировочной части судебного решения не только дается анализ обстоятельств дела, делается вывод о том, какие обстоятельства суд считает установленными, а какие – нет, но и приводится анализ актов законодательства, делается вывод о том, какие права и обязанности, установленные актами законодательства, имеют (несут) субъекты спорных правоотношений. Индивидуальное толкование актов законодательства в судебном решении используется также для выводов о том, что определенные акты законодательства, на которые ссылаются стороны, к спорным правоотношениям не применяются.

Исходя из изложенного можно сделать вывод, что невозможно достичь единого, и более того – единственно правильного толкования правовых норм всеми судьями в каждом суде отдельно. А потому, роль Верховного Суда в обеспечении единства судебной практики трудно переоценить, поскольку последняя непосредственно связана с реализацией принципа правовой определенности. На Верховный Суд, согласно закону, возложена функция дополнительного разъяснения закона, четкости и адекватности в осознании содержания правовой нормы и содействия реализации законным ожиданиям человека. Именно этот орган преимущественно обеспечивает единообразное применение правовых положений, а также способствует повышению уровня правовой

---

<sup>29</sup> Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / В.Г. Ротань, І.А. Самсін, А.Г. Ярема та ін.; від. ред.. кер. авт. кол. В.Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 62.

определенности в государстве. То есть правовая позиция, которая формируется таким судом, приобретает характер руководящих рекомендаций при применении норм материального и процессуального права<sup>30</sup>.

Толкование судами норм права является их функцией в процессе осуществления правосудия. Для того, чтобы судебное толкование в решениях национальных судов соответствовало требованиям Конвенции, необходимо, чтобы эти решения были разумно предсказуемыми.

Таким образом, единообразная и стабильная судебная практика гарантирует стабильность правопорядка в целом, соответствует принципу равенства всех перед законом и судом, положительно влияет на поведение участников правоотношений, способствует формированию доверия общества к судебной ветви власти, являясь составной частью принципа верховенства права.

Вышеизложенное перекликается и со стандартами, на которые обращает внимание Конституционный Суд Украины. В частности он указывает, что: 1) элементами верховенства права являются принципы равенства и справедливости, правовой определенности, ясности и недвусмысленности правовой нормы, поскольку иное не может обеспечить ее единообразное применение, не исключает неограниченности трактовки в правоприменительной практике и неизбежно приводит к произволу (Решение Конституционного суда Украины от 22 сентября 2005 года № 5-рп / 2005); 2) принцип правовой определенности требует четкости, ясности и однозначности правовых норм, в частности их предсказуемости (прогнозируемости) и стабильности (Постановление Большой палаты Конституционного Суда Украины от 20 декабря 2017 года № 2-р / 2017 и от 27 февраля 2018 № 1-р / 2018)<sup>31</sup>.

Учитывая это, толкование закона суд должен осуществлять через призму приведенных стандартов. Однако следует указать, что при толковании норм права суд сталкивается с несовершенством законодательства, с тем, что законодательство не отвечает принципу «предсказуемости закона» и «принципу качества». Несовершенство нашего законодательства заключается в том, что в нем отсутствуют нормы, которые бы определяли алгоритм толкования норм права, в том числе и гражданского права, а его отсутствие не способствует правовой определенности и предсказуемости применения закона в государстве, что неизбежно ведет к произволу в правоприменительной деятельности. Это связано с тем, что при отсутствии закрепленного в законодательстве единого алгоритма толкования правовой нормы и определенных его правил невозможно гарантировать, что смысл знаков, составляющих содержание опреде-

---

<sup>30</sup> Шишка О. Р. Висновки верховного суду України як «джерело» цивільного права : деякі вразливості та проблеми несівпадання з концептом ЦК України. Проблеми цивільного права та процесу: тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, Харків, 24 трав. 2019 р. /МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків, обласний осередок Всеукр. громад. орг. "Асоціація цивілістів України"). Харків: ХНУВС, 2019. С. 219.

<sup>31</sup> Вісник Конституційного Суду України . № 1-2. 2020.

ленной нормы права, получит правильное понимание и применения соответствующими субъектами права к определенному случаю. Подтверждением этому может быть судебная практика, а именно судебные решения, которые не всегда, к сожалению, являются показателем совершенного применения норм материального и / или процессуального права.

Соответственно, можем сделать промежуточный вывод, что при толковании закона суд выполняет одну из своих функций, при этом последний должен применять единый инструментарий, направленный на предсказуемость судебного решения и его соответствие принципу верховенства права.

Как уже было отмечено выше, главная роль в обеспечении единства судебной практики возлагается на Верховный Суд, который конституционными нормами определен высшим судебным органом в системе судов общей юрисдикции. Соответственно, он владеет действенными полномочиями для направления и развития практики применения законов и других нормативно-правовых актов украинскими судами.

При рассмотрении дела Верховный Суд должен формулировать правовое заключение по применению и толкованию нормы права, особенно при рассмотрении дел, имеющих общественное значение. Правовое заключение в связи с этим приобретает чрезвычайную важность. Отметим, что его нельзя понимать как судебный прецедент в классическом его толковании, поскольку оно не создает правовую норму и не изменяет ее. Суд разъясняет именно содержание правовой нормы, как ее следует понимать и как ее реализовать на практике, а также какие последствия наступают при ее реализации. Таким образом, правоприменительная деятельность Верховного Суда по формированию правовых заключений отличается от нормотворчества и не может ее подменять. При толковании нормы права судом осуществляется только раскрытие ее смысла в целях правильного и единообразного применения нормы, а не с целью ее замены или корректировки. Иными словами, правовое заключение – это выражение правоприменительной деятельности суда в процессе осуществления правосудия по конкретному делу, результат толкования правовых норм с использованием различных способов их толкования и учитывая обстоятельства того или иного дела<sup>32</sup>.

Таким образом, Суд не может заменить законодателя, границы толкования норм права ограничены уже существующими конструкциями, суд не вправе самостоятельно разрабатывать механизмы регулирования общественных отношений, которые не имеют своего законодательного закрепления. Создание норм права прецедентным решением не обеспечивает достижения высшей степени правовой определенности. Само по себе правовое заключение распространяется именно на вопросы толкования и применения правовой нормы, а не на ее корректировку.

---

<sup>32</sup> Застосування цивільно-правових норм у цивільному законодавстві України (питання теорії і практики): монографія / Я.М. Романюк. – К.: Ін Юре. 2016. – С. 221.



### 3 Толкование национального права в соответствии с правом Европейского Союза как метод юридической гармонизации

1 сентября 2017 вступило в силу Соглашение об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и Европейским Союзом, Европейским сообществом по атомной энергии и их государствами-членами, с другой стороны<sup>33</sup>. Соглашение об ассоциации Украина-ЕС представляет собой одно из самых амбициозных соглашений ЕС с третьими странами с точки зрения глубины политического сотрудничества («интеграции без членства») и перспектив участия Украины в ключевых аспектах Общего рынка ЕС (свободное движение товаров и услуг, совместные технические и фитосанитарные стандарты, доступ к рынку публичных закупок в Союзе и либерализация движения капитала)<sup>34</sup>. В результате Соглашение об ассоциации содержит значительное количество обязательств Украины относительно адаптации национального законодательства (*Annäherung der Rechtsvorschriften*) к законодательству ЕС (*acquis communautaire*). Кроме того, Стороны согласовали ряд механизмов, направленных как на обеспечение качественной адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС, так и на сохранение единообразия применения права Евросоюза (*Homogenität des EU-Rechts*), которые, безусловно, влияют на толкование судами национального права Украины. Эти механизмы будут более подробно рассмотрены в следующих подсекциях.

#### 3.1 Механизмы, используемые для обеспечения качества адаптации законодательства Украины к *acquis communautaire*

Обращаясь к первой группе механизмов, необходимо отметить, что уровень детализации обязательств Украины в конкретных сферах и глубина адаптации зависят от приоритетности каждой конкретной отрасли для Союза и глубины запланированной интеграции Украины в Общий рынок. Так, наиболее подробные и «глубокие» положения относительно адаптации содержатся в некоторых частях главы 1 «Национальный режим и доступ товаров на рынки» (например, о технических барьерах в торговле), в главе 5 «Таможенные вопросы и содействия торговле», в главе 6 «Учреждение предпринимательской деятельности, торговля услугами и электронная торговля» и в главе 8 «Государственные закупки» раздела IV «Торговля и вопросы, связанные с торговлей».

<sup>33</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергетики і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Офіційний вісник України. 2014. № 75. Ст. 2125 [надалі – Угода про асоціацію].

<sup>34</sup> Petrov, R., Van der Loo, G., Van Elsunvege, P. (2015). The EU-Ukraine Association Agreement: A New Legal Instrument of Integration Without Membership? Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal 1, pp.1-18.

Соответственно, например, статья 76 Соглашения о либерализации трансграничных услуг закрепляет трехэлементную модель адаптации, которая предусматривает (i) транспозицию законодательных актов Союза, закрепленных в приложениях XVI-B-XVI-E, в законодательство Украины; (ii) их имплементацию и (iii) правоприменение. Непосредственное указание в отношении правоприменения также содержится в статье 76 (1), согласно которой Стороны обязуются защищать законную торговлю («legitimate trade») с помощью соблюдения законодательных норм и эффективного правоприменения. Статьи 153-154 по аппроксимации законодательства и доступа к рынку в области публичных закупок также указывают на необходимость не только дословной транспозиции соответствующих законодательных норм, а также их надлежащей реализации и соответствующего правоприменения.

В свою очередь, реализация положений относительно глубины аппроксимации обеспечивается с помощью условий относительно доступа к рынку (Marktzugangsbedingungen или market access conditionality) и мониторинга аппроксимации, в частности, с помощью специальных миссий ЕС. Например, статья 153 главы 8 «Государственные закупки» предусматривает шесть этапов интеграции Украины в рынок государственных закупок ЕС на основании оценки прогресса Украины на пути к аппроксимации законодательных актов, определенных приложениями XXI-A- XXI-N. Касательно мониторинга, статья 153 (4) предусматривает оценку имплементации каждой фазы адаптации законодательства Комитетом по вопросам торговли. В соответствии со статьей 475 Соглашения, «мониторинг означает непрерывную оценку прогресса и внедрения всех мероприятий, охватываемых настоящим Соглашением». Статья 475 (2) предусматривает предоставление Украиной ЕС отчетов о прогрессе в приближении к завершению переходных периодов, установленных Соглашением, а согласно статье 475 (3), «мониторинг может включать работу миссий по проверке на местах с участием институтов ЕС, органов и агентств, неправительственных организаций, надзорных органов, независимых экспертов и, при необходимости, других». Таким образом, комбинация положений относительно адаптации законодательства Украины к *acquis communautaire*, условий относительно доступа к рынку и мониторинга обеспечивает глубинную адаптацию, которая включает, в частности, правоприменение судебными органами.

### 3.2 Механизмы обеспечения единообразия применения права ЕС

Согласно решению суда Европейских Сообществ по делу «Haegeman против Королевства Бельгия», соглашения об ассоциации между ЕС и третьими странами являются частью правовой системы Союза<sup>35</sup>. В то же время, эволюция соглашений об ассоциации между ЕС и третьими странами приводит к появ-

---

<sup>35</sup> Court of Justice of the European Union (1974). R.V.Haegeman v Belgian State. Case 181-73. ECLI:EU:C:1974:41.

лению феномена права ассоциации ЕС (*Assoziationsrecht*), которое представляет собой обособленный нормативный порядок со своим собственным регуляторным содержанием, которое влияет как на правовую систему третьей страны, так и на правовые системы государств-членов Евросоюза<sup>36</sup>. В целях упорядочения такого влияния, а также соблюдения принципа единообразия применения права ЕС, положения экономической части соглашения об ассоциации содержат ряд инновационных механизмов.

Прежде всего, вышеупомянутые разделы экономической части Соглашения, предусматривающие значительный уровень интеграции в Общий рынок, содержат обязательства Украины должным образом учитывать прецедентное право ЕС и имплементировать практику Союза при проведении адаптации. Такое обязательство присутствует, например, в статье 153 (2) Соглашения, определяет принципы и порядок адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС в сфере государственных закупок. Во-вторых, следует отметить, что статья 153 (2) Соглашения также является примером требования динамической адаптации (*dynamische Annäherung*), то есть возлагает на Украину обязанности должного учета изменений в законодательстве ЕС и имплементации их в законодательство Украины. По мнению ученых, поскольку Украина не участвует в законодательном процессе в Союзе, именно требование динамической адаптации является дискуссионным в свете конституционного строя Украины, учитывая принципы демократии и суверенитета. В-третьих, статья 264 Соглашения о государственной помощи (*staatliche Beihilfen*) включает обязательства Сторон по применению широкого спектра источников толкования статей 106, 107 и 93 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), включая соответствующие прецеденты Суда ЕС, вторичное законодательство, рамочные положения, установки и другие административные акты Союза<sup>37</sup>. В-четвертых, необходимо отметить решающую роль Суда ЕС в толковании норм права ЕС в процессе разрешения споров, возникающих в связи с процессом нормативно-правовой адаптации. Так, согласно статье 322 (2) Соглашения, «если в споре возникает вопрос о толковании какого-либо положения права ЕС, арбитражная группа не должна решать этот вопрос, а должна подавать заявление в Суд Европейского Суда с просьбой вынести решение по этому вопросу». Поскольку решение суда ЕС является обязательным для арбитражной группы, можно сделать вывод, что само слово Суда ЕС является решающим для толкования норм права ЕС в контексте Соглашения. В свою очередь, соответствующие постановления Суда ЕС могут влиять

<sup>36</sup> Tyushka, A. (2017). Association-cum-Integration: The EU-Ukraine Association Agreement and 'Association Law' as an Institution of Ukraine's European Integration. *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 13, 87-132.

<sup>37</sup> Консолідовані версії Договору про Європейський Союз (вчиненого в Маастрихті сьомого дня лютого тисяча дев'яност дев'яносто другого року) та Договору про функціонування Європейського Союзу (вчиненого в Римі двадцять п'ятого дня березня місяця одна тисяча дев'яност п'ятдесять сьомого року). URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b06#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text).

на толкование украинскими судами норм законодательства Украины, которые были адаптированы к законодательству ЕС.

Итак, соглашение об ассоциации Украина-ЕС содержит целый ряд механизмов, которые, наряду с предотвращением чисто формальной транспозиции и обеспечением единообразного применения права ЕС, способствуют применению и толкованию судами законодательства Украины в свете права ЕС. В этом контексте требуется дальнейший анализ потенциала толкование национального права в свете права ЕС как метода юридической гармонизации.

### 3.3 Применение права ЕС украинскими судами

Согласно исследованию ведущего отечественного специалиста по праву ЕС Романа Петрова, украинские суды часто избегают применения международно-правовых норм или неохотно применяют их по двум основным причинам<sup>38</sup>. Во-первых, среди судей распространено мнение, что международное прецедентное право (*internationales Fallrecht*) не является релевантным в свете романо-германской системы права в Украине. Во-вторых, существует проблема нехватки переводов источников международного прецедентного права на украинский язык, а значит - проблема доступа к источникам становится ключевой в контексте большой нагрузки на судей. Однако в своих решениях суды часто обращаются к международным соглашениям, должным образом подписанных и ратифицированных Верховной Радой Украины, которые в соответствии со статьей 19 Закона Украины «О международных договорах Украины» «являются частью национального законодательства Украины и применяются в порядке, предусмотренном для норм национального законодательства»<sup>39</sup>. Согласно статье 19 Закона Украины «О международных договорах», Соглашение об ассоциации ратифицировано Законом Украины «О ратификации Соглашения об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и Европейским Союзом, Европейским сообществом по атомной энергии и их государствами-членами, с другой стороны» 16 сентября 2014 года<sup>40</sup>.

Частично благодаря своему активному участию в программах международного сотрудничества, Конституционный Суд Украины (КСУ) считается чемпионом по применению в своей практике источников как международного

---

<sup>38</sup> Petrov, R. (2014). Legislative Approximation and Application of EU Law in Ukraine. In: R. Petrov and P. Van Elswege (eds.) *Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union: Towards a Common Regulatory Space?* London: Routledge, pp.1-2.

<sup>39</sup> Про міжнародні договори Закон України: Відомості Верховної Ради України. 2004 № 50. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text).

<sup>40</sup> Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2014. №40 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1678-18#Text>.

права, так и права ЕС. Стоит отметить, что, согласно докладам судей КСУ на ряде международных конгрессов, вклад КСУ в приближение законодательства Украины к европейским стандартам в широком смысле, то есть и к *acquis communautaire* с учетом практики Суда Справедливости, и со стандартами Совета Европы, в частности, путем применения практики Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ), является весомым и продолжительным. Согласно упомянутому исследованию Г. Петрова<sup>41</sup>, КСУ в основном применяет *acquis communautaire* как авторитетный источник права наряду с другими международно-правовыми источниками, как это, например, произошло в Решении КСУ от 12 июня 2007 года в деле об образовании политических партий в Украине<sup>42</sup>. Однако, следует отметить, что пока ни вступление в силу Соглашения об ассоциации, ни начало масштабного процесса адаптации законодательства Украины к *acquis communautaire* значительным образом не повлияли на практику КСУ. В частности, в делах по защите конституционных прав граждан КСУ в основном ссылается на соответствующее прецедентное право Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ). Так, в период с 2015 до 2019 года КСУ лишь трижды сделал ссылку на первичные акты ЕС - Хартию основных прав ЕС (Charta der Grundrechte der Europäischen Union) и ни разу - на Соглашение об ассоциации или на вторичное право Союза или решения суда Справедливости<sup>43</sup>.

Анализ практики высших судов Украины и Верховного Суда Украины за аналогичный период наоборот свидетельствует о росте количества ссылок на положения Соглашения об ассоциации и конкретные акты *acquis communautaire* как непосредственно на источники права, применяемые в отечественной правовой системе чаще, чем на «авторитетные источники».

---

<sup>41</sup> Petrov, R. (2014). Legislative Approximation and Application of EU Law in Ukraine. In: R. Petrov and P. Van Elsuwege (eds.) Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union: Towards a Common Regulatory Space? London: Routledge, pp.4-5.

<sup>42</sup> Конституційний Суд України (2007). Рішення Конституційного Суду України по делу за конституційному ходатайству 70 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 10, пункту 3 частин другої, частин п'ятої, шостої статті 1, статті 15, частини першої статті 17, статті 24, пункту 3 розділу VI "Заключні положення" Закону України "Про політичні партії в Україні" (справа про утворення політичних партій в Україні). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-07>.

<sup>43</sup> Осмотр осуществлен на основании реестра решений Конституционного суда. URL: <http://www.ccu.gov.ua/storinka/rishennya-konstytucijnogo-sudu-ukrainy>.

**Таблица 1. Соглашение об ассоциации и *acquis communautaire* в практике Верховного Суда Украины (функционирует с 2018 года) и Высших специализированных судов (2015-2020)<sup>44</sup>**

Суд	Количество ссылок на Соглашение	Распределение по категориям дел (Возможно несколько вариантов)	Количество ссылок на <i>acquis communautaire</i>
Верховный Суд Украины	25	Экономическая часть (торговые марки, таможенные вопросы, учет и аудит, валютное регулирование, государственные закупки, слияния и поглощения, антимонопольное право, права потребителей) -16 Политическая часть (сотрудничество в Пространстве свободы, безопасности и справедливости, независимости судей) - 7 Место Соглашения в правовой системе Украины -4	5
Высший административный суд Украины	4	Законность подписания Соглашения - 4	0
Высший хозяйственный суд	1	Здравоохранение -1	0

Стоит отметить, что в соответствующих делах чаще всего рассматривались проблемы непосредственного применения норм Соглашения об ассоциации как источника права Украины, например, в контексте снижения уровня таможенных платежей или определение торговых марок (10 дел). Шесть дел каса-

<sup>44</sup> Собственная разработка автора на основе материалов Единого государственного реестра судебных решений. - [Электронный ресурс] – Режим доступа до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

лись места Соглашения в системе источников права Украины. Еще в семи случаях ссылки на Соглашение носили чисто риторический характер. Таким образом, только в пяти делах рассматривались вопросы толкования национального права Украины в контексте требований Соглашения и *acquis communautaire*.

В итоге, соглашение об ассоциации Украина-ЕС содержит ряд юридических механизмов, направленных на глубинную адаптацию законодательства Украины к *acquis communautaire*, в частности, в аспекте правоприменения, а также на обеспечение единообразия применения права ЕС. Однако, несмотря на количественный рост ссылок на Соглашение об ассоциации в судебной практике Верховного Суда, ее влияние на толкование национального законодательства в высших инстанциях остается ограниченным. В перспективе, учитывая относительно недавнюю ратификацию Соглашения (2017) и текущий характер процесса адаптации, можно ожидать рост количества подобных дел, что, в свою очередь, приведет к росту роли судов в гармонизации законодательства Украины с законодательством ЕС.

#### **4 Методически упорядоченное включение элементов правопорядка Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод**

Конвенцию о защите прав человека и основных свобод ратифицировано Законом Украины «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года, Первого протокола и протоколов № 2, 4, 7 и 11 к Конвенции» от 17 июля 1997 года<sup>45</sup>. В соответствии со статьей 32 (1) ЕКПЧ, юрисдикция Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) распространяется на все вопросы толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней, которые представлены на его рассмотрение в соответствии со статьями 33 («межгосударственные споры»), 34 («индивидуальные заявления»), и 46 и 47 («консультативные заключения»). Использование практики ЕСПЧ также является обязательным в свете статьи 31 (3) (b) Венской конвенции о праве международных

---

<sup>45</sup> Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції»//Відомості Верховної Ради України (ВВР).-1997-№30. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80#Text>.

договоров как «последующая практика применения международного договора»<sup>46</sup>. Согласно статье 2 Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» (ЕСПЧ)<sup>47</sup>, решение ЕСПЧ является обязательным для выполнения Украиной в соответствии со статьей 46 ЕКПЧ. Статья 17 данного Закона определяет, что «суды при рассмотрении дел применяют Конвенцию и практику Суда как источник права». Кроме того, статья 19 закрепляет проверку всех законопроектов и подзаконных нормативно-правовых актов на соответствие ЕКПЧ, а также обязанность министерств и других центральных органов исполнительной власти обеспечить системный контроль за соблюдением ЕКПЧ в административной практике. Таким образом, в отличие от правового статуса *acquis communautaire* и решений Суда ЕС, ссылка на который содержится только в Соглашении и который, как показано выше, может варьироваться в зависимости от сферы сотрудничества, правовой статус практики ЕСПЧ закреплен соответствующим Законом Украины. Также ссылки на практику ЕСПЧ в качестве источника права закреплены в процессуальных кодексах (например, согласно статье 8 Уголовно-процессуального Кодекса Украины, «принцип верховенства права в уголовном производстве применяется с учетом практики Европейского суда по правам человека»)<sup>48</sup>.

#### 4.1 Проблемные аспекты применения практики ЕСПЧ украинскими судами

Несмотря на кажущуюся правовую определенность относительно статуса практики ЕСПЧ в отечественной правовой системе, применение практики ЕСПЧ украинскими судами связано с рядом вызовов. Прежде всего, как среди ученых, так и в практической плоскости продолжают дебатов относительно правовой природы решений ЕСПЧ, отнесение их к определенному типу источников права и соотношение с другими источниками права в контексте романо-германской правовой системы Украины<sup>49</sup>. Обращаясь к проблематике правовой природы решений ЕСПЧ в качестве источника права, следует отметить, что и Венская конвенция о праве международных договоров, и Закон

<sup>46</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Відомості Верховної Ради України. 1997. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text); Віденська конвенція про право міжнародних договорів. Відомості Верховної Ради Української РСР. №17. Ст.343. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text).

<sup>47</sup> «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2006. №30. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>.

<sup>48</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

<sup>49</sup> Буткевич, О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. Лабораторія законодавчих ініціатив. URL: [https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicii\\_Politiki\\_ECHR.pdf](https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicii_Politiki_ECHR.pdf).



Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» (ЕСПЧ)» определяют в качестве источника права не отдельные решения ЕСПЧ, а именно его практику. По мнению теоретика права П. Рабиновича, понятие судебной практики определяется тремя критериями: (i) судебная практика, как правило, касается урегулирования нетипичных ситуаций в правоприменении и характеризуется закреплением «объективированного опыта этой деятельности» в аргументированных суждениях о надлежащем применении норм права; (ii) положения судебной практики, как правило, формируются в мотивационных частях решений в нескольких аналогичных делах, и подлежат официальному обнародованию и (iii) формирование судебной практики часто происходит на фоне чрезмерной абстрактности законодательных предписаний, а также наличия пробелов в законодательстве<sup>50</sup>. Согласно мнению ряда отечественных ученых, решение ЕСПЧ бесспорно формируют судебную практику, поскольку они подробно объясняют принципиальные подходы Суда к делу со ссылкой на предварительные решения суда по этому или близким категориям дел; официально обнародуются, а также касаются нетипичных ситуаций или пробелов в законодательстве государства-ответчика<sup>51</sup>. В это же время, поскольку решение суда не устанавливает новых норм, а лишь толкует и применяет нормы Конвенции, то посредством такого решения создается не прецедентное право (*Fallrecht*), а именно практика (*Rechtsprechung*), применение которой не противоречит основам романо-германской системы права, и находит широкое распространение, например, во Франции.

Проблемным также является вопрос места решений ЕСПЧ в системе источников права, применяемых судами Украины при рассмотрении дел. Актуальность этого вопроса обусловлена возможными коллизиями между нормами Конституции Украины или законов Украины и практикой ЕСПЧ. Анализ соответствующей литературы<sup>52</sup> позволяет выделить два основных подхода. Доктрина скорее склоняется к тому, что поскольку практика ЕСПЧ не создает новых правовых норм, а применяет нормы ЕСПЧ, к ней должен применяться подход, аналогичный тому, который применяется к международным договорам Украины. Этот аргумент также кажется логичным, учитывая вышеупомянутую статью 31 (3) (b) Венской конвенции о праве международных договоров, в которой указывается на тесную связь между Конвенцией и практикой ее

<sup>50</sup> Рабинович П. М. (2014). Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. К: КІС, ст.98.

<sup>51</sup> Буткевич, О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. Лабораторія законодавчих ініціатив. URL: [https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicija\\_Politiki\\_ECHR.pdf](https://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2017/11/Propozicija_Politiki_ECHR.pdf), ст.12-13; Петришин, О. (2016). Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії. Право України 10, ст.20-27.

<sup>52</sup> Рабинович П. М. (2014). Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. К: КІС; Буткевич, О. (2017). Застосування практики та виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. Лабораторія законодавчих ініціатив, ст.18-20.

применения. В соответствии со статьей 19 Закона Украины «О международных договорах Украины» действующие международные договоры Украины, согласие на обязательность которых предоставлено Верховной Радой Украины, являются частью национального законодательства и применяются в порядке, предусмотренном для норм национального законодательства»<sup>53</sup>. Таким образом, поскольку ни Конституция Украины, ни соответствующий рамочный закон Украины не устанавливают примат международного права над национальным, ни наоборот - национального над международным, можно прийти к выводу об эквивалентности места практики ЕСПЧ в системе источников права месту норм национального права Украины. Согласно второму подходу, который, в частности, подтверждается анализом структуры выводов КСУ по делам по конституционным жалобам граждан о нарушении их прав, практика ЕСПЧ имеет вспомогательный характер по отношению к другим источникам права<sup>54</sup>. В то же время стоит отметить, что как до, так и после принятия Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» (ЕСПЧ), судьи КСУ избегают непосредственного определения практики ЕСПЧ в системе источников права, применяемых судами при рассмотрении дел. Так, определяя характер деятельности ЕСПЧ по отношению к национальной власти, в частности, к судебной власти, в контексте защиты прав человека, как вспомогательный или субсидиарный, М. Савенко косвенно указывает на вспомогательный характер практики ЕСПЧ в системе источников права<sup>55</sup>. Однако, по мнению М. Савенка, решение ЕСПЧ по делам против Украины должны иметь решающий характер, поскольку, если ЕСПЧ констатирует несоответствие национального правового регулирования Конвенции обязанностям государства, вытекающим из Конвенции, это автоматически будет означать неконституционность соответствующего правового акта<sup>56</sup>. В своей работе судья КСУ в отставке М. Савенко также отмечает, что КСУ не объясняет нормы ЕСПЧ, применяя практику ЕСПЧ для толкования содержания и объема конвенционных прав<sup>57</sup>. В работе, опубликованной уже после вступления в силу Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» (ЕСПЧ), судья КСУ М. Гультай также не указывает на конкретное место практики ЕСПЧ в системе источников конституционного права<sup>58</sup>. Вместе с тем, ссылаясь на наработку П.

<sup>53</sup> Про міжнародні договори: Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 50. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text).

<sup>54</sup> Аналіз ґрунтувався на рішеннях та висновках КСУ за 2018-2019 роки, які згадували рішення ЄСПЛ, розміщених на офіційному веб-сайті КСУ: <http://www.ccu.gov.ua/storinka/akty-ksu>.

<sup>55</sup> Савенко, М. (2005). Роль практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України. Вісник Конституційного Суду України № 6, ст.51-56.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Гультай, М. (2012). Вплив практики Європейського Суду з прав людини на здійснення конституційного судочинства: шляхи оптимізації, у: С.В. Ківалов (ред.) Правове забезпечення

Рабиновича<sup>59</sup>, М. Гультай выделяет два основных вида воздействия практики ЕСПЧ на конституционное правосудие: (i) учет конституционными судами указаний и оценок ЕСПЧ, приведенных в его решениях по конкретным делам, в рамках национальной юрисдикции; (ii) учет наработанных ЕСПЧ принципов и концептуально-методологических оснований судебной защиты при принятии решений, касающихся прав человека<sup>60</sup>. Итак, в своей деятельности КСУ не приравнивает практику ЕСПЧ к национальному законодательству, а скорее обращается к ней как к вспомогательному источнику права.

В-третьих, проблемным аспектом применения практики ЕСПЧ украинскими судами является нехватка переводов практики ЕСПЧ на украинский язык и методологических указаний по ее применению. В Украине существует ряд проектов по переводу практики ЕСПЧ, но переводы осуществляются выборочно, в основном, переводятся решения ЕСПЧ, которые касаются Украины. В связи со значительной нагрузкой судей качественный, системный и глубокий анализ практики ЕСПЧ не всегда возможен. В то время, как перевод актов законодательства ЕС, актуальных для процесса адаптации, уже несколько лет осуществляется в рамках проекта технического сотрудничества Association4U<sup>61</sup>, который финансируется Европейской Комиссией; проблема языкового барьера также актуальна в контексте применения решений Суда ЕС.

## 4.2 Промежуточное заключение

Таким образом, несмотря на существование развитой международно-правовой и отечественной правовой базы по применению ЕСПЧ и практики ЕСПЧ украинскими судами, ее применение сталкивается по крайней мере с тремя значительными препятствиями, а именно: дискуссионным характером правовой природы решений ЕСПЧ в контексте романо-германской правовой системы; неопределенностью места практики ЕСПЧ в системе источников права Украины, а также недостатком украинских переводов решений ЕСПЧ, которые не касаются Украины.

---

ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини : зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф., 13-24.

<sup>59</sup> Рабинович П. М. (2014). Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду в Україні. К: КІС.

<sup>60</sup> Гультай, М. (2012). Вплив практики Європейського Суду з прав людини на здійснення конституційного судочинства: шляхи оптимізації, у: С.В. Ківалов (ред.) Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф., 13-24.

<sup>61</sup> Для получения информации о проекте Association4U, пожалуйста, посетите веб-сайт: <https://association4u.com.ua/>.

## 5 Принятие во внимание зарубежных судебных решений при толковании национального права

Принятие во внимание зарубежных судебных решений является одним из инструментов, которые могут применяться при толковании права судьями в отдельных странах. Например, в п. «с» ч. 1 ст. 39 Конституции ЮАР<sup>62</sup> прямо закреплена обязанность органов судебной власти учитывать право зарубежных стран при толковании раздела Конституции «Билль о правах»<sup>63</sup>. Однако, и для Германии, и Украины такая практика является новой и довольно дискуссионной в разрезе целесообразности и эффективности<sup>64</sup>, а актуальные на сегодняшний день вопросы о возможности, перспективах и преградах ее внедрения находятся на стадии обсуждения в научных трудах, на конференциях и др.

В частности, в Национальном докладе на XVI Конгрессе Конференции европейских конституционных судов «Сотрудничество между конституционными судами в Европе - рамочные соглашения и перспективы в настоящее время» Конституционный Суд Украины (далее - КСУ) отметил, что он не ссылался на практику конституционных судов зарубежных стран через юридическую недопустимость ссылки на новые источники, не являющиеся обязательными для нашего государства. При этом суд указал, что учитывал зарубежную практику (прежде всего русскоязычных государств через общее историческое прошлое и схожие условия развития), а в особых мнениях судьи даже ссылались на нее<sup>65</sup>. Иными словами, в условиях растущего среди судебных учреждений внимания к зарубежной судебной практике, одной из основных причин, которые создают препятствия в этом направлении, является отсутствие нормативно закрепленной возможности использования решений иностранных судов как источников права.

Это наводит на мысль о возможности изучения вопроса использования иностранных судебных решений в двух направлениях, которые целесообразно разграничивать: как источники права и как вспомогательные материалы. Что касается первого варианта отметим, что в Украине среди решений иностранных судебных инстанций источниками права являются исключительно решения Европейского суда по правам человека. Поэтому отечественные суды не

---

<sup>62</sup> Конституция Южно-африканской республики: от 11 октября 1996 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=78>.

<sup>63</sup> *Trilsch M. A.* Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht. B. 234: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 2012. 559 s. S. 267.

<sup>64</sup> *Trilsch M. A.* Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht. B. 234: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 2012. 559 s. S. 267, 269.

<sup>65</sup> Конституційний Суд України. Національна доповідь на XVI Конгрес Конференції європейських конституційних судів «Співпраця між конституційними судами в Європі – рамкові угоди і перспективи в даний час». 33 с. С. 25-26. URL: <https://www.confueconstco.org/reports/rep-xvi/LB-Ukraine-MS.pdf>.

могут ссылаться на судебные решения иностранных государств как на правовое основание с целью обоснования своего решения, пока иное не будет закреплено на нормативном уровне. Что касается целесообразности признания их источниками права, то этот вопрос является дискуссионным, поскольку такой шаг не лишен недостатков. Например, главным препятствием в использовании таких источников могут стать разногласия в законодательстве, в государственном устройстве, культуре разных стран и т.п., которые были положены в основу этого решения, то есть иными словами: что для одной страны норма, для другой будет непонятным и вредным отклонением. Использование таких решений как источников права может приводить к произвольному сужению прав и свобод граждан, а также к некорректному толкованию положений законодательства (которое будет соответствовать нормативно-правовым актам иностранного государства, но противоречить собственным). Если же речь пойдет не о развитых европейских государствах, адаптацию к законодательству которых осуществляет Украина, а о судебных решениях каких-либо других зарубежных стран, то их упоминание вероятно будет лишним и неуместным.

С другой стороны, если рассматривать иностранные судебные решения в качестве вспомогательных материалов, а не источников права, то обращение к ним может быть целесообразным и полезным. Имеется в виду их использование как дополнительных источников информации о сущности и содержании отдельных правовых категорий, основных принципов права, о способах решения спорных ситуаций, подходах к решению запутанных дел и тому подобное. В таком случае судебные решения будут играть роль источника вдохновения, которое может быть использовано судьей для формулирования собственной позиции и усиления ее аргументации. Примером успешного применения иностранных судебных решений в таком ракурсе является решение Попаснянского районного суда Луганской области от 5 апреля 2017<sup>66</sup>, в котором судья обратился к особому мнению его зарубежного коллеги, судьи Верховного Суда США, с целью изложения своей позиции, используя точное выражение, которое совпадает с его взглядами на справедливость, а именно: «В этих обстоятельствах, на первый взгляд, суд должен наложить на правонарушительницу административное взыскание исключительно в виде и в размере, предусмотренными санкцией соответствующей статьи КоАП, несмотря на явно несправедливый и чрезмерный характер такого наказания. Однако в этом контексте суд считает возможным обратиться к словам судьи Верховного суда США Стивена Брайера, изложенным в его особом мнении (к которому присоединились Председатель этого суда Джон Робертс и судья Энтони Кеннеди) по делу «Petrella v. Metrogoldwyn-Mayer, Inc., et al.»: «Правовые системы содержат доктрины, которые помогают судам избежать несправедливости, которая

<sup>66</sup> Решение Попаснянского районного суда Луганской области от 5 апреля 2017 года по делу № 423/369/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65910303>.

могла бы возникнуть, если бы правовые нормы применялись строго в каждом случае, независимо от того, насколько необычными являются обстоятельства». «Природа справедливости» - как давно заметил Аристотель, «заключается в исправлении закона, когда он является дефектным в силу своей универсальности»<sup>67</sup>.

Изложенное подтверждает, что судебные решения не обязательно должны ограничиваться сухим цитированием положений нормативно-правовых актов, ведь они – результат интеллектуальной, даже в определенной степени творческой деятельности человека для человека, а не автоматической машинной работы формального характера. Своевременные ссылки на правовую доктрину, решения иностранных судебных инстанций и т.д. делают их более доступными для понимания, интереснее, живее, они легче воспринимаются читателями, а позиция судьбы становится более понятной, обоснованной и прозрачной, более человеческой, что укрепит доверие населения к органам судебной власти.

Исходя из вышеизложенного, уместным и полезным также станет обращение к решениям иностранных судов в следующих случаях: 1) при необходимости толкования правовых норм, положений нормативных документов, общих для этих государств, являющихся для них обязательными в равной степени (в частности актов ЕС, документов ООН, других международных актов), с целью обеспечения единообразной практики их понимания и применения. К тому же международное происхождение акта может требовать пересмотра и изменения национальных методов и подходов к толкованию<sup>68</sup>, традиционных представлений об определенных правовых конструкциях, явлениях и т.п., в случае необходимости пригодятся судебные решения тех стран, в которых длительное время признается и применяется соответствующий нормативный акт; 2) для заимствования опыта толкования и применения определенных правовых норм с целью сближения отечественной правоприменительной практики со стандартами другой страны или стран в этой сфере в целях обеспечения судом соответствия его решений европейским, международным стандартам и праву<sup>69</sup>; 3) для проведения сравнения, доказательства возможности или невозможности применения определенных актов, средств, выводов к конкретной ситуации, для определения эффективности применения определенных правовых средств или целесообразности решения дела соответствующим образом при аналогичных обстоятельствах.

---

<sup>67</sup> Решение Попаснянского районного суда Луганской области от 5 апреля 2017 года по делу № 423/369/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65910303>.

<sup>68</sup> Klöckner I. Grenzüberschreitende Bindung an zivilgerichtliche Präjudizien. Möglichkeiten und Grenzen im Europäischen Rechtsraum und bei staatsvertraglich angelegter Rechtsvereinheitlichung. B. 3: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. 254 s. S. 185.

<sup>69</sup> Grabenwarter C. Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa – Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven. URL: <https://www.confueconstco.org/reports/rep-xvi/Generalbericht%20DE.pdf>.

Однако, эта практика требует осторожности, серьезной предварительной подготовки, внимательности к деталям. Ориентирами целесообразности и правомерности принятия во внимание того или иного решения иностранного суда могут стать следующие предпосылки: невозможность восполнить пробел в праве / законе, решить дело по существу отечественными средствами; наличие в деле признаков, элементов, обстоятельств, совместимых с делом, по которому принято решение иностранным судебным учреждением; наличие условий, которые делают решения иностранных судов применимыми к конкретной ситуации, например: идентичность правовых норм, сходство нормативно-правового регулирования, наличие в решении толкования общего для этих стран нормативного акта (международно-правового документа), общепризнанных принципов права, правовых понятий, терминов, категорий, наличие в решении соображений общего характера, не связанных с конкретными нормативно-правовыми положениями, общих правовых конструкций, понятий, явлений, принципов; органическая согласованность решения (положений, на которые будет ссылаться судья) с отечественным законодательством, правовой доктриной, практикой в конкретной сфере и т.д.; иностранные судебные решения не должны противоречить отечественным источникам права в той части, которую планируется использовать и др.

Таким образом, при правильном и осторожном применении решения того или иного иностранного суда можно получить положительное влияние на качество судебных решений национальных судов и эффективность их деятельности, направленной на решение дела по существу, толкование положений национальных и международных нормативно-правовых документов, совершенствование правоприменительной практики, внедрение новых нормативных документов в практику, избрание и обоснование эффективных средств реагирования на правонарушения и тому подобное. Кроме того, представляется целесообразным и необходимым принятие во внимание решений европейских судов (судов европейских государств) для других стран-членов (или претендентов в члены ЕС, ассоциированных членов) по вопросам соблюдения / нарушения положений актов европейского законодательства с целью утверждения европейских стандартов регулирования и публичного администрирования в соответствующих сферах, что также может способствовать сближению государств, созданию / поддержанию единого европейского правового пространства.





# **Ориентация юридической подготовки: фиксация имиджа адвоката или судьи и его влияние на национальную правовую культуру**

*Доц. юр. Катарина Гундертмарк*

## **1 Вступление**

«С точки зрения адвокатов, юридическое образование является чуждым образованием»<sup>1</sup>. Эта цитата наглядно иллюстрирует постоянную дискуссию о юридической подготовке в Германии, которая – с позиции адвокатской профессии – требует большей практичности и актуальности соответствующего учебного курса. Немецкое юридическое образование делится на две независимые части: овладение знаниями о праве и после этого юридическая подготовительная служба, так называемый (юридический) «референдарат». Целью юридической подготовки является получение квалификации для должности судьи, как отмечается в § 5 Закона о статусе судей (DRiG)<sup>2</sup>. Согласно с абзацем 1 § 5 Закона о статусе судей (DRiG) квалификацию, необходимую для занятия должности судьи, получает тот, кто успешно завершил изучение курса права в университете, сдал первый экзамен, прошел дальнейшую практическую подготовку, сдал второй государственный экзамен; первый экзамен состоит из

---

<sup>1</sup> *Hartmut Kilger*, Juristenausbildung und Anwaltsausbildung, NJW 2003, 711 (713).

<sup>2</sup> Deutsches Richtergesetz (DRiG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 1972 (BGBl. I S.713).

университетского экзамена по направлениям специализации и государственного экзамена по обязательным предметам<sup>3</sup>.

Немецкий закон о статусе судей (DRiG) содержит основные нормы, которые определяют содержание подготовки (приобретение квалификации) для профессии судьи, поэтому несколько удивляет цель юридической подготовки как норма этого закона, в то время как существует множество различных отраслей профессиональной юридической деятельности, прямо не связанных с судейством. В прошлые десятилетия так называемая «квалификация для судейской должности» была основой для формирования содержания и структуры изучения права<sup>4</sup>. Из этого можно сделать простой вывод о том, что юридическая подготовка в Германии ориентирована на профиль профессионального судьи. Исходя из этого, можно понять опасения адвокатуры относительно текущего состояния и содержания обучения и юридического образования, как и требования большего внимания к профессии адвоката. Именно по этой причине в прошлом предпринималось множество попыток реформирования юридического образования. При этом самым распространенным требованием юридической профессии был и является отход от предыдущего образа «единообразного юриста», поскольку около 75 % выпускников после полученного юридического образования занимаются профессией адвоката, и только небольшой процент становится профессиональными судьями<sup>5</sup>.

## 2 Квалификация для должности судьи

Однако «квалификация для должности судьи», полученная по окончании всего курса обучения (обучение, подготовительная служба и экзамены), не означает, что выпускник обязан<sup>6</sup> стать судьей<sup>7</sup>. Образование означает предоставление ему статуса полного юриста, а, следовательно, означает также, что он может реализовать все остальные юридические профессии, занятие которыми регулируется государством, исходя из полученной квалификации. Прежде всего, она необходима для назначения судьей в соответствии с абз. 3 §

<sup>3</sup> На уровне земель юридическое образование регулируется соответствующими законами и положениями.

<sup>4</sup> Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9- 11-2012, file:///C:/Users/Noni/AppData/Local/Temp/Wissenschaftsrat%20Juristenausbildung.pdf S. 20, последнее обращение: 12.03.2021.

<sup>5</sup> DAV представил законопроект о реформировании юридического образования: becklink 198144, 23.10.2006. Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9- 11-2012, file: /// C:/Users/Noni/AppData/Local/Temp/Wissenschaftsrat%20Juristenausbildung.pdf S. 20 последнее обращение: 12.03.2021.

<sup>6</sup> Из-за причин более удобного прочтения одновременное использование языковых форм мужского, женского и среднего родов (м / ж / с) отсутствует.

<sup>7</sup> Это, среди прочего, зависит от оценки, поскольку доступ к государственной службе требует определенной оценки, которую получает лишь незначительная часть выпускников. Однако в последние годы наблюдается тенденция к снижению уровня требований к оценкам.

9 Немецкого закона о статусе судей (DRiG). Кроме того, она также является необходимой предпосылкой допуска к адвокатуре согласно пункту 1 предложения 1 § 4 Федерального положения об адвокатуре (BRAO)<sup>8</sup>, а также для назначения нотариусом в соответствии с предложением 1 § 5 Федерального положения о нотариате (BNotO)<sup>9</sup>, а также для назначения прокурором согласно абз. 1 § 122 Закона о статусе судей (DRiG). Независимо от того, что каждая из упомянутых юридических профессий занимает разное положение и имеет разные задачи в структуре юриспруденции, все претенденты на занятие ими получают одно и то же образование, ориентированное на профессию судьи.

### 3 Университетское обучение

Итак, в качестве первого шага следует более тщательно изучить университетское обучение, учитывая его ориентацию на образ судьи.

#### 3.1 Содержание учебного курса

Исходный пункт, определяющий содержание обучения юриспруденции, находит свое отражение в Немецком законе о статусе судей (DRiG). Согласно с предложением 3 абз. 2 § 5а Немецкого закона о статусе судей (DRiG) обучение должно состоять из таких курсов: основные области гражданского права, уголовного права, публичного права и процессуального права, в том числе связи и ссылки на положения европейского права, методiku правоприменения, философии, истории и социальных оснований правоведения. По сути, речь идет о приобретении теоретических знаний в трех основных правовых областях: в гражданском, уголовном и публичном праве. После окончания обучения все студенты должны овладеть основами изложенных в правилах подготовки соответствующих немецких земель образовательных курсов<sup>10</sup> и усвоить экзаменационный материал для адвокатов, причем сначала никакой специализации в предметных областях не происходит, поскольку все студенты посещают одни и те же лекции и пишут одинаковые контрольные и курсовые работы вплоть до окончания основного курса.

---

<sup>8</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) vom 1. August 1959 (BGBl. I S. 565).

<sup>9</sup> Bundesnotarordnung (BNotO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 1961 (BGBl. I S. 97).

<sup>10</sup> Например: Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAVO) vom 2. November 1993.

### 3.1.1 Метод юридического дела

Экзамен, который чаще всего проводится в процессе обучения юриспруденции, а также первый государственный экзамен обычно сводятся к решению практического юридического дела, в котором требуется дать ответ на поставленный вопрос в, так называемом, «экспертном стиле». В результате немецкое юридическое образование четко выделяется в международном сравнении, поскольку в большинстве других стран основное внимание выпадает на изложение экзаменуемыми того, что они выучили наизусть или просто запомнили<sup>11</sup>. Вместо этого, немецкие студенты могут применять полученные материальные знания разрешения дел, усвоенные во время обучения, к любому абстрактному вопросу.

Поэтому стиль экспертного вывода / заключения имеет, среди прочего, важное значение при оценке методологических аспектов работы. Подготовка экспертного заключения является центральной задачей юридического обучения и подготовки к первому государственному экзамену. Итак, техника экспертного заключения, наряду с экспертным стилем изложения, имеет особое значение для успешного написания и сдачи экзамена<sup>12</sup>. Стиль экспертного заключения характеризуется тем, что он выражает языковыми средствами процесс мышления, с помощью которого экзаменуемый приходит к ответу на поставленные вопросы и «защищает» свой результат от опровержения из всех возможных направлений, ища наиболее убедительное решение полученного задания / дела<sup>13</sup>. Как и в других науках речь идет прежде всего не о результате, а об ответе на вопрос «почему?», который следует давать, пользуясь определенной формальной структурой мышления в соответствии с правилами юридических экзаменов. Поэтому методика, то есть набор методов юридической техники, также рассматривается как «навигационная система» юриста<sup>14</sup>. Можно также сказать: «Тот, кто когда-либо понял, какими средствами и способами происходит разрешение дела, может, в случае необходимости, успешно решить полученную задачу даже при неполных юридических знаниях и при рассмотрении «неизвестного» дела<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> *Stephan Barton*, Ist juristische Jurisprudenz möglich?, in: Barton, Stephan / Hähnchen, Susanne / Jost, Fritz (Hrsg.), *Praktische Jurisprudenz*, Hamburg 2011, S. 27; *Michael Beurskens*, Clinical Education - Praxisnahes wissenschaftliches Studium als Quadratur des Kreises?, in: Kramer, Urs / Kuhn, Thomas / Putzke, Holm, *Was muss Juristenausbildung heute leisten?*, Stuttgart 2019, S. 142. При этом обучение на практических делах сначала было выраженным довольно слабо, в 1971 году, например, в Университете Геттинген оно проводилось как особый вид учебного мероприятия, см., например, Gerhard Köbler, *Zur Geschichte der Juristenausbildung in Deutschland*, *Juristen Zeitung* 1971, 768 (772).

<sup>12</sup> Смотри, например, по этому поводу статью: *von Beyerbach*, Gutachten, Hilfsgutachten und Gutachtenstil – Bemerkungen zur juristischen Fallbearbeitung, *JA* 2014, 813, 813.

<sup>13</sup> *Möllers*, *Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten*, 9. Auflage (2019), Rn. 42.

<sup>14</sup> *Mann*, *Einführung in die Juristische Arbeitstechnik*, 5. Auflage (2015), Rn. 227; *Rüthers*, *Wozu auch noch Methodenlehre? - Die Grundlagenlücken im Jurastudium*, *JuS* 2011, 865, 867.

<sup>15</sup> *Dornis / Kefenich / Lemke*, *Rechtswissenschaftliches Arbeiten*, (2018), S. 119.

В конце концов, во время подготовки экспертного вывода / заключения студентам отводится роль объективного судьи, который разрешает конкретное дело, давая ему юридическую оценку во всех соответствующих аспектах. Ведь именно девиз права «отдать каждому его права» вместе с правилом «заслушать противоположную сторону» являются сущностью каждого успешного судейства<sup>16</sup>. Этому соответствует образ богини Фемиды с завязанными глазами, весами и мечом, символизирующей справедливость и представляющей классические элементы профессии судьи<sup>17</sup>. Студента во время обучения можно представить себе в качестве своеобразного докладчика в судебном заседании. Его задача состоит в подготовке дела к слушанию в судебном заседании и представлении его другим членам суда. Они тоже должны составить собственное и полное представление о конкретной проблеме; чрезвычайно важно также описать для них все возможные пути разрешения. По этой причине студенты должны даже тогда, когда завершают свое решение, поскольку ими выбран определенный способ решения, подготовить все возможные вспомогательные и альтернативные предложения к решению, даже если по их личному мнению таковые и являются ненадлежащими. Ведь в деле, подготовленном таким «докладчиком», кажется вполне возможным, что представленная юридическая позиция, согласно которой иск, например, является недопустимым, не будет принята во внимание коллегами по суду и они проголосуют за ее отклонение. Поэтому, независимо от собственной юридической позиции, он должен иметь возможность полноценно представить все аспекты дела и предложить составу суда все предполагаемые решения<sup>18</sup>. Этот пример четко иллюстрирует то, что студенты во время обучения и в конце концов дальше на экзамене должны выступать в роли нейтрального судьи, который всегда взвешивает все «За» и «Против» и способен к пониманию каждой представленной стороны спора.

### 3.1.2 *Практические аспекты обучения*

Для того, чтобы студенты получали в процессе обучения не только теоретические знания, предложением 1 абзаца 3 § 5a Немецкого закона о статусе судей (DRiG) предусмотрено, что содержание курса также содержит судебную, ад-

---

<sup>16</sup> Sebastian Läßle, *Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung*, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 77.

<sup>17</sup> Sebastian Läßle, *Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung*, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 77.

<sup>18</sup> Thomas Mann, *Einführung in die Juristische Arbeitstechnik*, 5. Aufl., München 2015, Rn. 225.

министративную, адвокатскую и консультативную практики, включая необходимые<sup>19</sup> для этого основные знания и квалификации<sup>20</sup>. Согласно с предложением 2 абзаца 3 § 5а Немецкого закона о статусе судей (DRiG) практические учебные периоды занимают в целом не меньше трех месяцев в свободное от семестровых занятий время. Включение важных для практики элементов в курс имеет целью обеспечение согласования теории и практики в ходе изучения предмета. Например, Гейдельбергский университет предлагает лекции для адвокатов и учебные группы, которые являются там частью базовой подготовки каждого студента<sup>21</sup>.

### 3.1.2.1 Ключевые квалификационные признаки

Как отмечалось выше, Немецкий закон о статусе судей начиная с 2003 года предусматривает, что ключевые квалификации преподаются как часть юридических исследований, при этом перечень, содержащийся в законе, является неисчерпывающим. Он, среди прочего, включает коммуникационные навыки, риторику, посредничество в спорах, медиацию, методику допроса и общие навыки общения, см. предложение 1 абз. 3 § 5а Немецкого закона о статусе судей (DRiG). Идея, лежащая в его основе, в первую очередь базируется на том, что *право требует общения*, поскольку независимо от того, какую юридическую профессию позже выберет студент, в каждой профессиональной сфере существует необходимость давать юридические советы и консультации, принимать участие в переговорах или в посредничестве<sup>22</sup>. Эти требования должны быть удовлетворены получением ключевых квалификаций. Поэтому в большинстве стран обязательным является (успешное) получение хотя бы одной ключевой квалификации. Ключевые квалификации являются так называемыми *мягкими навыками*, которые содействуют усвоению навыков и компетенций, нужных для удовлетворения меняющихся требований профессиональной жизни. Поэтому, даже если в действительности можно занять позицию, что многое в предлагаемых квалификациях – например, медиация и арбитраж – это сферы, приспособленные для деятельности судей, но в университетах также проводятся и учебные мероприятия, которые по содержанию соответствуют только традиционной адвокатской деятельности. Примером таких

<sup>19</sup> Понятие ключевых квалификаций предложено Дитером Мертенсом (Dieter Mertens), который выбрал это понятие, так как образовательные цели и его элементы являются «ключом к плавному и быстрому беспрепятственному усвоению различных специальных знаний»: *Dieter Mertens, Mitteilungen aus der Arbeits- und Berufsforschung* 1974, 36 (36); *Sebastian Löffle, Juristenausbildung auf dem Prüfstand, eine interdisziplinäre Untersuchung*, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2016, S. 69.

<sup>20</sup> При этом часть нормы, которая перечисляет ключевые квалификации как часть обучения, впервые введена 1 июля 2003 года следующим законом: Gesetz vom 11. Juli 2002 (BGBl. I S. 2592). Абзац 4 § 5а Немецкого закона о статусе судей определяет, что детали регулирования определяет каждая немецкая земля самостоятельно. Все земли выполнили это требование и соответственно внесли изменения в свои законы и положения о подготовке юристов.

<sup>21</sup> <https://www.jura.uni-heidelberg.de/anwaltsorientierung/>, последнее обращение: 06.03.2021.

<sup>22</sup> *Stephan Breidenbach, Eine neue Juristenausbildung*, NJW 2020, 2862 (2867).

предложений для студентов являются различные муткорты, где в рамках «игровых» судебных процессов студенты выполняют роль адвоката, готовят заключения или выступают перед судом<sup>23</sup>. Так, например, в Университете города Геттинген происходят мероприятия, известные как «Студенческая консультация» (юридическая клиника) и «Беспрепятственная юридическая консультация»<sup>24</sup>. Задаaniem данного проекта является еженедельное предоставление юридических консультаций лицам, нуждающимся в правовых советах. Эти консультации предоставляют студенты под руководством профессионального адвоката. После предоставленной консультации студент получает соответствующую оценку от профессионального адвоката в индивидуальном собеседовании. Тут производится разбор проявившихся проблем, возможные пути их устранения и, в соответствующих случаях, ознакомление с судебными решениями по рассматриваемой тематике. Еще один пример интенсивной привязки к адвокатской практике предлагает Университет Галле-Виттенберг. Здесь «адвокатская практика» представлена как ключевая квалификация, которая – что следует из названия – кроме общих вещей, как-то организация юридической фирмы, профессионального права и взаимодействия с клиентами – предлагает реальные текущие либо только что завершенные представительские полномочия / мандаты, в которых представлены особенности гражданского, уголовного, административного, семейного, трудового и социального законодательства<sup>25</sup>. Этот небольшой набор ключевых университетских квалификаций является показательным для попыток университетов выполнять возложенные на них законом задачи, в частности посредством более тесной интеграции адвокатской профессии в ориентированное на судебскую профессию обучение с целью подготовки студентов для работы и в других профессиональных сферах.

---

<sup>23</sup> В зависимости от вида муткорта студенты могут выполнять и роль суда / судьи в таких процессах, см. *Thomas Mann/Helen Wienands, Praxisnahe Juristenausbildung*, in: Mann (Hrsg.), *Europäisierung der ukrainischen Juristenausbildung*, 2016, S. 129 (135 ff.).

<sup>24</sup> <https://www.uni-goettingen.de/de/rechtsberatung/514334.html>, последнее обращение: 06.03.2021, при этом беспрепятственная юридическая консультация прямо адресована людям с ограниченными возможностями и / и другими хроническими заболеваниями. Другой компонент, ориентированный на адвокатов, представляют собой учебные мероприятия «Представительство в трудовом праве», «Составление договоров в нотариальной практике» и «Составление договоров в сельскохозяйственной практике».

<sup>25</sup> [https://www.jura.uni-halle.de/studium\\_lehre\\_pruefung/studium\\_lehre/lehrveranstaltungen/\\_schluesselqualifikationen/#anchor2512191](https://www.jura.uni-halle.de/studium_lehre_pruefung/studium_lehre/lehrveranstaltungen/_schluesselqualifikationen/#anchor2512191), последнее обращение: 06.03.2021. Рядом происходит мероприятие, посвященное практике составления договоров.

### 3.1.2.2 Специализированное обучение - попытка адвокатской ориентации юридического образования

Следующим разделом курса является так называемое специализированное обучение – фокус-курс, введенный на законодательном уровне Законом о реформе юридического образования от 11 июля 2003 года<sup>26</sup>, который внес соответствующие изменения в Немецкий закон о статусе судей (DRiG). С тех пор, согласно предложению 1 абзаца 2 § 5a Немецкого закона о статусе судей (DRiG) в предмет курса включены наряду с обязательными дисциплинами предметы специализации, допускающие вариативность. Целью изменений было включение в обучение, которое в основном ориентировано на профессию судьи, связанного с ним, но отодвинутого на второй план преподавания юридического консультирования и правотворчества, которые должны быть более тесно интегрированы в обучение. Это особенно оттеняет то, что преимущественное количество выпускников выбирает профессию адвоката<sup>27</sup>. Итак, специализированный курс открывает возможность специализации и, таким образом, является потенциальным путем привлечения в обучение практиков<sup>28</sup>. Однако это дается с трудом, поскольку, например, предложение 1 абзаца 1 § 4a Закона Нижней Саксонии о подготовке юристов (NJAG)<sup>29</sup> предусматривает, что специализированные курсы служат дополнением в обучении, углублению изучения соответствующих обязательных предметов и междисциплинарных, а также международных связей и привязок в праве. Однако более тесной практической ориентации при этом не требуется. Если принять во внимание учебные университетские программы и предложения, то достаточно быстро оказывается, что лекции по специализированным курсам не несут никакой реальной практически ориентированной специализации<sup>30</sup>. По сравнению с обычными лекциями начального и основного учебных блоков, в специализированном курсе, естественно, углубляются знания по предметам, касающимся специализации, которые часто преподаются адвокатами как лекторами. Тем не менее, лекции также ограничиваются передачей материальных знаний, что следует и из формы передачи знаний, которая до сих пор осуществляется лекционным («фронтальным») способом.

---

<sup>26</sup> BGBl. 2002, S. 2592.

<sup>27</sup> См., например: BT-Drs. 14/8629, S. 1.

<sup>28</sup> *Michael Beurskens*, Clinical Education – Praxisnahes wissenschaftliches Studium als Quadratur des Kreises?, in: Kramer, Urs/ Kuhn, Tomas / Putzke, Holm, Was muss Juristenausbildung heute leisten?, Stuttgart 2019, S. 169.

<sup>29</sup> Niedersächsisches Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen (NJAG) in der Fassung vom 15. Januar 2004 (Nds. GVBl. 2004, 7). Некоторые другие земли также использовали подобные формулировки.

<sup>30</sup> См., например, также: *Heino Schöbel*, Das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung, JuS 2004, 847 (847).



### 3.1.2.3 *Время практического обучения*

В рамках обучения необходимо пройти три обязательных стажировки / «практики» общей продолжительностью три месяца, как того требует предложение 2 абз. 3 § 5а Немецкого закона о статусе судей (DRiG). Как правило, они должны быть выполнены в суде, административном органе и при адвокате/адвокатуре. Студенты должны понимать работу суда, ознакомиться с задачами и методами работы административного органа, а также адвокатуры/коллегии адвокатов, юридической фирмы или консультации. Итак, в рамках обучения в период практики студенты получают представление о различных профессиональных сферах, связанных с юриспруденцией.

## 3.2 Обучение как распрямление профессии судьи

Студенты изучают во время обучения работу судьи, которая требует от последнего как от объективного наблюдателя изучения полученного для разрешения спора материала, и взвесив все за и против, не заняв позиции ни одной из сторон, предложить способ разрешения спора. Попытки отодвинуть обучение от фигуры/образа судьи не увенчались успехом. Только введение дополнительных специализированных курсов можно считать частично удавшимся включением в обучение сферы адвокатской деятельности. Но студенты просто не имеют возможности ознакомиться в обучении с повседневной работой судьи, включая написание приказов, распоряжений и т.д. По окончании практики они получают короткий практический опыт и собственное понимание работы как по профессии адвоката, так и по профессии судьи. Частично внимание на себе концентрирует крылатая фраза о «судебной ориентированности», поскольку в обучении превалирует и изучается только способ мышления судьи. Однако знания, полученные во время обучения, и способность прогнозировать судебные решения являются важной частью всех юридических профессий и никак не лишними, поскольку они знакомят с основами всех профессиональных сфер права. Особенно важное место занимает судебная позиция *ex-ante* (предварительная), поскольку адвокату также должно быть понятно, каким образом судья будет решать конкретное дело, поскольку только в соответствии с этим он может предоставить свою юридическую консультацию.

## 4 Подготовительная служба

Университетское обучение заканчивается первым юридическим экзаменом (1-й государственный экзамен), который является необходимым условием для допуска к подготовительной службе. Она, в свою очередь, заканчивается 2-м государственным экзаменом. Таким образом, второй этап юридического образования имеет название «Подготовительная служба», либо «Референдарият». Он

длится около двух лет и состоит из практической деятельности в разных органах и учреждениях, именуемых местами практики<sup>31</sup>. Но даже подготовительная служба не является исключительно практической деятельностью, имея две стороны: теория и практика снова идут рука в руку. Во время референдарата / стажировки практиканты, в принципе, находятся в государственно-правовых отношениях с государством, поэтому соответствующая немецкая земля, как противоположная сторона отношений, выплачивает им заработную плату практиканта. Это уникальная в Европе концепция обучения, в рамках которой государство реализует призвание предоставить всем молодым юристам возможность освоить традиционные юридические профессии в рамках организованного и финансируемого государством ориентированного на практическую сторону деятельности обучения<sup>32</sup>.

#### 4.1 Курс юридической службы

Юридическое основание подготовительной службы предусмотрено Немецким законом о статусе судей (DRiG) в его § 5b. Законом установлено обязательность прохождения практики в соответствующих местах и ее продолжительность. Согласно абзацу 2 § 5b Немецкого закона о статусе судей (DRiG) обучение проводится в общем суде по гражданским делам, в прокуратуре или в суде по уголовным делам, в административном органе, при адвокате, а также в одном или нескольких местах практики на выбор практиканта. Обычно юристы-стажеры находятся в течение 5 месяцев в гражданском суде, 3 месяца в прокуратуре или в уголовном суде, 3 месяца в административном органе и 9 месяцев при адвокате/адвокатуре<sup>33</sup>. Особое место занимает практика у адвоката, занимающая более продолжительное время. Продолжительность от четырех до девяти месяцев была определена в ходе реформы юридического обучения 2002 года, нацеленной на усиление адвокатской подготовки, поскольку многие выпускники впоследствии становятся именно адвокатами. Например, в Нижней Саксонии три из восьми задач на экзаменах – это сугубо адвокатские «клаузуры» / письменные работы, построенные как практический случай, а устный экзамен также включает самостоятельное оцениваемое адвокатское собеседование. Кроме этого, в Нижней Саксонии по типу задачи «как в суде» пишутся только две письменные экзаменационные работы, а именно один приговор и одно судебное заключение. Дополнительно в уголовном праве обязательно должно быть составлено обвинительное заключение с позиции обвинения и

<sup>31</sup> Они отличаются в зависимости от продолжительности и содержания в разных землях. В рамках этой статьи указывается средний объем, который является одинаковым во всех землях.

<sup>32</sup> Killian, Matthias, *Juristenausbildung*, Bonn 2015, S. 173.

<sup>33</sup> Продолжительность пребывания в месте практики варьируется в зависимости от немецкой земли, поскольку предложения 1 абзаца 4 § 5b Немецкого закона о статусе судей (DRiG) определяет только то, что обязательная продолжительность пребывания на практике составляет не менее 3 месяца, а на месте адвокатской практики - не менее 9 месяцев.

в публичном праве экспертное заключение с позиции соответствующего органа исполнительной власти. Кроме того, студенты могут выбрать экзамен в форме составления письменного экспертного заключения с позиции обвинения или с позиции органа исполнительной власти по выбору, и это составляет общей сложностью восемь экзаменационных работ.

Как правило, юристы-стажеры проводят в суде «всего» пять месяцев, в то же время в адвокатской конторе они работают девять месяцев. Это тем более иллюстрирует особую роль адвокатской подготовки, которую законодатель подчеркнул увеличением продолжительности адвокатской практики. Однако практический опыт позволяет опровергнуть такой расчет, ведь практика при адвокате является последней перед Вторым государственным экзаменом, который имеет письменную форму и довольно сложное содержание, из-за чего многие студенты в это время параллельно заняты подготовкой к государственному экзамену. По этой причине преимущественное количество юристов-практикантов в последние месяцы адвокатуры усиленно «ныряют»<sup>34</sup> в материал, готовясь к экзамену. Чтобы в определенной степени смягчить это влияние, законодатель увеличил продолжительность пребывания в адвокатском месте практики до девяти месяцев, чтобы обеспечить такую же длительность работы на данном месте практики, как и в упомянутых выше. Итак, если принять во внимание, что «адвокатская» часть практики продолжается девять месяцев, но многие юристы-стажеры значительно сокращают ее продолжительность, место в суде занимает второе место по продолжительности. Оно же находится на первом месте по порядку – то есть в самом начале юридической практики.

#### 4.2 «Судоориентированность» ?

Особенностью подготовительной службы является то, что государство само организует практическую подготовку будущих юристов и платит им за их работу. Таким образом существует гарантия, что каждый, кто хочет стать судьей, получит такую возможность. Поскольку речь идет о государственном образовании, государство заботится о том, чтобы каждый стажер-юрист получил место практиканта – в суде, далее – в прокуратуре и в органах исполнительной власти. Студент должен самостоятельно осуществлять поиск места практики только для мест практики при адвокатах и по выбору. То есть, если государство организует обучение и обеспечивает местом практики, то оно также должно подать соответствующие распоряжения по этому поводу. Соответственно, государство пошло навстречу адвокатуре, предоставив девятимесячный период

---

<sup>34</sup> Эта стратегия используется стажерами-практикантами по согласованию со своими наставниками для свободного посещения ими практики, чтобы не появляться на рабочем месте и использовать время для подготовки к решению экзаменационных задач.

для практики в роли адвоката и включив в подготовку юриста. Итак, о заикленности на образе и деятельности судьи в контексте подготовки юриста не может быть и речи.

## 5 Сопутствующая роль адвокатуры как «органа отправления правосудия»

Наконец, следует еще раз обратиться к позиции адвоката в правовой системе. Если взглянуть на классический образ адвоката, большинство – особенно незнакомые с правом люди – сказали бы, что адвокат является исключительным представителем интересов своего клиента. Это сказано правильно.

Однако в § 1 Федерального положения об адвокатуре (BRAO) прямо установлено, что адвокат является независимым органом, ответственным за отправление правосудия. Как орган осуществления правосудия, адвокат в свободном/либеральном конституционном государстве выполняет независимую функцию в «борьбе за право/справедливость» как профессиональный внешний советник и представитель тех, кто ищет права / справедливости (абзац 1 § 3 Федерального положения о адвокатуре (BRAO) наряду с судьями и прокурорами<sup>35</sup>. Для того, чтобы все причастные к отправлению правосудия органы могли целенаправленно общаться между собой, необходимо, чтобы все исходило из единых – материальных и методологических – оснований. Этот процесс коммуникации гарантируется юридическим образованием, которое все представители трех профессиональных сфер прошли и усвоили по однообразным стандартам. Даже если каждый орган играет разную роль в судебном процессе, в конце концов, судья объективно разрешает дело. Если адвокат знает содержание и способы работы судьи, а также понимает, из чего и как исходит судья при оценке фактов, он может точно определять свои дальнейшие действия, исходя из этого своего знания. Поэтому изученные знания и понимание метода работы судьи ни коим образом не являются лишними, даже если будут избраны иные юридические сферы и профессии, поскольку в конце каждого юридического спора дело разбирает суд, если до этого решение найти не удастся. Поэтому с вызовами и проблемами, которые возникают и на которые должны обращать внимание в своей повседневной практической работе в своих специальных сферах деятельности соответствующие судьи, прокуроры, юристы исполнительной власти или адвокаты, – все кандидаты на вступление в юридические профессии знакомятся только здесь, и выпускники, которые начинают карьеру судей, в этом плане никаких преимуществ не имеют.

<sup>35</sup> *Brüggemann, Rüdiger*, in: Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 10. Aufl. 2020, § 1 Rn. 3.

Еще одним преимуществом обучения юриста с полноценной квалификацией является возможность выбора<sup>36</sup>, которую получают те из них, кто успешно закончил обучение. В конце обучения им открывается доступ к той юридической профессии, которой они хотели бы заниматься, поскольку квалификация для должности судьи позволяет заниматься всеми юридическими профессиями. Это особенно выгодно тем студентам и юристам-практикантам, которые только в конце обучения осознают, какое из направлений в профессиональной деятельности интересует их больше всего. Кроме того, конечно, существует возможность изменения профессиональной сферы, перейдя из государственной службы в адвокатуру или наоборот.

## 6 Вывод

В качестве итога можно сказать, что юридическое образование определяется как профессиональная подготовка исключительно для работы судьей, исходя лишь из ее названия – квалификация для должности судьи. И это даже в большей степени относится к университетскому обучению, чем к прохождению практики в упомянутых юридических профессиях. Наиболее выразительный образец немецкого юридического образования представляет собой методика разрешения юридических споров и, как результат, составление юридического заключения с позиции беспристрастного судьи. Со временем в юридическое образование все чаще интегрируют компоненты подготовки, связанные с практикой юридической работы. Это должно улучшить обучение адвокатской профессии, которая до сих пор остается наиболее часто выбираемой юридической сферой деятельности и профессией. Кроме того, продолжительность практики при адвокате в пределах референдариа сейчас является самой длинной, и большинство задач на 2-м государственном экзамене составлены и требуют понимания работы именно адвокатуры. Несмотря на все усилия адвокатуры, практика студентов-юристов – это организованное и финансируемое государством практическое обучение, в конце которого выпускник получает квалификацию, которая дает право стать судьей. Таким образом формируется соответствующий инструментарий для полного обеспечения и соблюдения стандартов качества ряда профессий, регулируемых государством (например, судей или адвокатов)<sup>37</sup>. После окончания обучения студенты могут быть уверены, что (возможно по завершении определенного времени ожидания) они получат должность стажера, и следовательно, государство будет выплачивать средства на их содержание. Какую, в конце концов, они выберут

<sup>36</sup> Наряду с квалификацией для должности судьи прием на работу, естественно, также зависит от экзаменационной оценки.

<sup>37</sup> Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12 Hamburg 9- 11-2012, file:///C:/Users/Noni/AppData/Local/Temp/Wissenschaftsrat%20Juristenausbildung.pdf S. 20, последнее обращение: 12.03.2021.

профессию, можно решить по окончании всего обучения и после получения практического опыта работы в отдельных местах практики. Ведь не так мало студентов, уверенных перед началом обучения и юридической практики в том, какую именно профессию они избрали на будущее, потом, во время обучения, обнаруживают, что после окончания своей юридической практики хотят стать, например, не адвокатом, а судьей. А квалификация полного юриста, получаемая по завершении обучения, дает свободу решения, какой именно юридической профессией заняться, проведя определенное время в каждой из соответствующих сфер. В то же время квалификация полного юриста также позволяет переключаться между профессиональными сферами, если окажется, что выбранная профессия не подходит. Кроме того, в некоторых судах приветствуется, например, наличие у будущего судьи суда по трудовым спорам опыта работы адвокатом в сфере трудового права.

# **Ориентация юридического образования: фиксация на имидже адвоката или судьи и влияние такого подхода на национальную правовую культуру**

*Проф. д-р Ирина Лукач / д-р Богдана Чернявська*

*Следствие будет мертво, если в него не вложен дух жив. А вот этот-то дух жив именно и дается юридическим образованием. Только юридическим образованием, а не рутинною-с.*

*Салтыков-Щедрин М. Е., Благонамеренные речи, 1876*

## **1 Правовое сравнение с западными правовыми культурами**

Процесс становления юридического образования в Украине продолжается по сей день. В отличие от европейских юридических образовательных традиций, бывшие советские подходы были не совсем удачно реформированы в начале пути независимой Украины. Было много оправданий ввиду отсутствия общей стратегии построения национального правового государства. В строительстве безусловно должен принимать участие любой гражданин Украины независимо от образования. Однако нужны квалифицированные лица, способные осуществлять юридическую профессию, являющуюся практическим залогом развития украинского государства, имеющие достаточную для такой работы

квалификацию в соответствии со стандартами полученного юридического образования. Тот факт, что юрист является основным «винтиком», и, вместе с тем, гарантом построения правового государства, должен побудить украинское общество и государство к регламентированию доступа к юридической профессии. Пока отсутствует закон о высшем юридическом образовании (далее - ВЮО), который смог бы комплексно решить многие проблемы юридического образования, которые будут предметом изучения этой работы.

Юридическое образование – это базис для развития гражданского общества и правового государства. Когда речь идет о юридическом образовании - прежде всего речь идет не о студенте, а как бы цинично это не звучало – дело прежде всего в будущем уровне профессиональной юридической профессии в стране. Ведь завтра выпускник юридического факультета становится юристом, прокурором, адвокатом, судьей, государственным служащим или нотариусом и получает власть для решения судьбы гражданина, государства и общества. Учитывая изложенное, перед юридическим образованием появляются две наиболее важные цели.

Во-первых, организация юридического образования важна ввиду формирования специалистов в юриспруденции, призванных развивать правовое государство и гражданское общество. От уровня их квалификации зависит правовая культура в государстве, их наличие является необходимым фактором достижения благосостояния граждан, государства и общества. Без этого невозможно достичь верховенства права в стране, ведь именно выпускники юридических факультетов являются носителями юридических знаний и правовой культуры. Во-вторых, юридическое образование должно воспитывать грамотного и всесторонне развитого специалиста в области права. Он должен овладеть теорией права и уметь применять ее на практике. Теоретическая и практическая составляющие должны идти рука об руку.

Нужно отметить наличие нескольких концепций развития юридического образования под эгидой различных органов. 26 февраля 2020 года был представлен новый проект концепции развития юридического образования, разработанный и обсужденный на рабочих встречах народных депутатов Украины с экспертами в области права и высшего образования<sup>1</sup>. Целью Концепции является создание условий для совершенствования организации и модернизации содержания юридического образования, направленных на:

- установление стандартов юридического образования для достижения стратегических приоритетов реформы правосудия в Украине;
- соответствие образования современным ожиданиям и вызовам общества;

---

<sup>1</sup> Проект концепції розвитку юридичної освіти. URL: <http://kno.rada.gov.ua/fsview/75465.html>.



- повышение конкурентоспособности выпускников юридических школ на рынке труда;
- формирование фундаментальных теоретических знаний и практических компетенций юристов;
- повышение уровня осведомленности в вопросах профессиональной этики и прав человека;
- понимание фундаментальной роли юриста в утверждении верховенства права через защиту прав и свобод человека;
- повышение привлекательности получения фундаментальных юридических знаний и навыков в Украине для иностранных студентов.

Такие направления развития ВЮО интересны, однако на государственном уровне кроме цели и отдельных заявлений государственных служащих отсутствует стратегия построения юридического образования, а также мониторинг проблем и путей их преодоления. Важно, чтобы этот процесс не затягивался новыми концепциями; он должен получить свое логическое завершение в принятии закона о юридическом образовании. Именно поэтому его должны возглавить министерства юстиции и образования и науки, включив в планы своих работ.

В отличие от немецкой образовательной модели юридическое образование в Украине развивается в рамках, очерченных Болонским процессом. Согласно ч. 1 ст. 5 Закона Украины «О высшем образовании» подготовка специалистов с высшим образованием осуществляется по соответствующим образовательным или научным программам на таких уровнях высшего образования: начальный уровень (короткий цикл) высшего образования; первый (бакалаврский) уровень; второй (магистерский) уровень; третий (образовательно-научный / образовательно-творческий) уровень; научный уровень<sup>2</sup>. В соответствии с приказом МОН Украины от 23.01.2004 № 48 был проведен педагогический эксперимент по внедрению кредитно-модульной системы организации учебного процесса в высших учебных заведениях (далее - ВУЗ) III-IV уровней аккредитации. Приказом МОН Украины при поступлении в магистратуру по специальности 081 «Право»<sup>3</sup> претендент должен сдать ВНО. Таким образом, базовое украинское юридическое образование с доступом к большинству профессий, в том числе - юридическим, состоит из образовательных уровней «бакалавр» и «магистр».

---

<sup>2</sup> Про вищу освіту. Закон України. 1 липня 2014 р. № 1556-VII. *BBP* 2014. № 37-38. Ст. 2004.

<sup>3</sup> Умови прийому на навчання до вищих навчальних закладів України в 2017 році : Наказ Міністерства освіти і науки України від 13.10.2016 № 1236. URL: <http://mon.gov.ua/usi-novivni/povidomlennya/2016/10/13/umovi-prijomu-na-navchannya-do-vishnix-navchalnix-zakladiv-ukrayini-v-2017-roczii>.

На рассмотрение Верховной Рады Украины было подано два проекта законов о юридическом образовании: О юридическом (правовом) образовании и Об общем доступе к юридической профессии № 7147 и 7147-1 (оба отозваны 29 августа 2019)<sup>4,5</sup> (далее - законопроекты о юридическом образовании). Согласно с первым законопроектом юридическое (правовое) образование - высшее образование по специальности «право», получение которого происходит по сквозной программе в рамках магистерского уровня высшего образования. Второй же законопроект определял, что подготовка юриста осуществляется в рамках начального (короткий цикл), первого (бакалаврской) и второго (магистерский) уровней высшего образования в соответствии со стандартами юридического (правового) образования. Следовательно, оба законопроекта были ориентированы на Болонский процесс, однако первый был нацелен на доступ к юридической профессии только для магистров, а второй – для бакалавров и магистров.

В Украине ежегодно выпускается значительное число юристов. Д. А. Белинский делает вывод о необходимости сокращения численности мест подготовки юристов на основании статистических данных Агентства США по международному развитию (USAID) (по состоянию на март 2012), согласно которым количество вузов, выпускающих юристов, в Украине достигает почти 300, тогда как в Польше их насчитывается только 25 (из них 10 - частные), в Германии - 42, в Великобритании - 97, в Королевстве Нидерланды - 10, в Австрии - 5, а в Соединенных Штатах Америки - менее 200<sup>6</sup>. Общій утверждённый объём подготовки магистров права в 2019 году - 2084 места, из которых МОН - 1750, МВД - 117, СБУ - 69, Минобороны – 31, Минфин - 117. В 2018 общее количество мест на прием в магистратуру составляло 2342 места, из которых МОН - 2030, МВД - 125, СБУ - 22 Минобороны - 21 Минфин - 116, Минкультуры - 8, Минюст - 20. Учитывая изложенное, по мнению некоторых государственных служащих, остается открытым вопрос обоснования объемов государственного заказа подготовки юристов по специальностям 081 «Право» в целом и для вузов со специфическими условиями обучения в частности<sup>7</sup>.

Одной из причин слишком большого количества вузов, выпускающих юристов, является отсутствие единого квалификационного экзамена для получения юридической профессии. Первой ласточкой на пути к реализации про-

4 .URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62613](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62613).

5 . URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=62728](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62728).

6 Білінський Д. О. До питання про основні напрямки вдосконалення вищої юридичної освіти в Україні. Тези доповідей та повідомлень учасників VI конференції. Харків. : Нац. ун-т «Орид акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. С. 58–60. URL: Режим доступу до ресурсу: <http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/2242>.

7 Шемелинець І. Точка біфуркації: курс на продовження реформи юридичної освіти. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/tochka-bifurkaciyi-kurs-na-prodovzhennya-reformi-yuridichnoyi-osviti.html>.

екта стал единый вступительный экзамен в магистратуру на юридические факультеты. Приказом Министерства образования и науки Украины от 12 декабря 2018 № 1379 был утвержден стандарт высшего образования по специальности 081 «Право» для первого (бакалаврского) уровня высшего образования<sup>8</sup>. На сегодня уже утвержден и стандарт высшего образования по специальности 081 «Право» для магистров. Теперь можно ставить вопрос о едином квалификационном экзамене, учитывая необходимость соответствия процесса оценки единым требованиям.

Необходимо отметить, что в основание законопроектов о юридическом образовании положена необходимость внедрения единого государственного квалификационного экзамена. Сейчас правительством разрабатывается единый квалификационный экзамен, который будет регулироваться не законом, а, возможно, актами Министерства образования Украины. Так, согласно абз. 3 ч. 2 ст. 6 Закона Украины «О высшем образовании» аттестация лиц на первом (бакалаврском) и / или втором (магистерском) уровнях высшего образования может включать единый государственный квалификационный экзамен, который проводится по специальностям и в порядке, определенным Кабинетом Министров Украины. Согласно постановлению Кабинета Министров Украины от 17 июля 2019 № 684 «О некоторых вопросах аттестации лиц, получающих степень магистра в форме единого государственного квалификационного экзамена», ответственными за организацию этого экзамена являются Министерство образования и науки Украины, а также Министерство юстиции Украины<sup>9</sup>.

Ввиду этих соображений следует поддержать положения о том, что юридическое образование, независимо от специализации, должно соответствовать единому стандарту, то есть в основание последнего должны быть положены универсальные требования к будущему юристу<sup>10</sup>, но в то же время оно должно предоставлять студенту возможность свободного выбора дисциплин (фактически так и происходит специализация студента).

---

<sup>8</sup> Наказом Міністерства освіти і науки України від 12 грудня 2018 р. № 1379 було затверджено стандарт вищої освіти за спеціальністю 081 «Право» для першого (бакалаврського) рівня вищої освіти URL: <https://mon.gov.ua/storage/app/media/vishcha-osvita/zatverdzeni%20standarty/12/21/081-pravo-bakalavr.pdf>.

<sup>9</sup> Про деякі питання атестації осіб, які здобувають ступінь магістра, у формі єдиного державного кваліфікаційного іспиту: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 липня 2019 р. № 684. *Офіційний вісник України*. 2019. № 62. С. 9. Ст. 2152.

<sup>10</sup> Опришко В. Ф. Особливості підготовки юристів у непрофільних вищих навчальних закладах України: сучасний стан і шляхи подальшого розвитку. *Правове регулювання економіки*. 2013. № 13. С. 23.

## 2 Социальные и правовые культурные требования обеих моделей

Подготовка специалистов, компетентных в области права, является важнейшим требованием постиндустриального общества, поскольку они являются одним из действенных инструментов регулирования экономических отношений<sup>11</sup>. По мнению А. Костенко следует различать два типа изучения юриспруденции, т.е. юридического образования: это так называемый натуралистический тип и так называемый позитивистский тип. Натуралистический тип юридического образования основан на доктрине, которая наделяет решающим значением при применении закона его «дух», воплощенный в «букве». Причем под «духом» закона понимаются законы естественного права, которые законодатель открывает и воплощает в «букве» законодательного акта, а юрист - видит их в «букве» закона и руководствуется ими при применении права. Позитивистский же тип юридического образования, наоборот, основан на доктрине, которая решающее значение при применении закона предоставляет «букве», не олицетворяющей «дух», то есть не законы естественного права, существование которых отрицается, а только волю законодателя (которая может принимать и форму произвола)<sup>12</sup>. С этими типами юридического образования связан выбор его направления: теоретический или практический. Процесс выбора типа образования является довольно сложным для университета. С одной стороны, теория является залогом развития практики, с другой - выпускник должен иметь практические навыки, чтобы сразу приступить к выполнению профессиональных задач.

В Украине также ведется дискуссия относительно преподавания предметов не только преподавателями вузов, но и практиками. Существует мнение, что практическую подготовку студентов надо проводить под руководством профессионалов, которые работают «в органах власти», у частного работодателя (в коммерческих и некоммерческих организациях), на клиента и на себя (адвокаты, практикующие юристы), в пользу общественных интересов (юристы негосударственных правозащитных организаций). Практические навыки профессии следует обретать также посредством активного участия студентов в юридических клиниках, получивших соответствующее разрешение и государственное признание<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Колос А. Юридична освіта в інформаційну епоху. Новації та виклики юридичної освіти : зб. тез доп. Міжнар. наук. студ. конф. (м. Тернопіль, 4 жовт. 2017 р.). Тернопіль: ТНЕУ, 2017. С. 308.

<sup>12</sup> Костенко О. Юридична освіта і правове виховання як засоби забезпечення правопорядку (щодо юридичної освіти і правового виховання «натуралістського» типу). *Вісник національної академії прокуратури України*. 2010. № 4. С. 20-29.

<sup>13</sup> Кравчук М. В. Основні напрями реформування та стандартизації вищої юридичної освіти. *Порівняльно-правові дослідження*. 2009. № 1. С. 165.

С этим утверждением можно согласиться лишь частично. Однозначно основной целью юридического образования является выработка именно практических навыков, но все же методология должна в основном базироваться на знаниях, которым обучает академический преподавательский персонал. Дело в том, что учебный процесс должен быть непрерывным. Трудно представить возможность набрать соответствующий штат практикующих юристов, которые бы полностью (хотя даже частично) обеспечили текущее изложение предмета и оценку владения учебными дисциплинами.

Вместе с тем, участие общественности в образовательном процессе является важным фактором успеха. По мнению В.В. Комарова, на современном этапе развития юридического образования следует формировать компетентностный подход (компетентностную модель высшего образования), развиваемые и внедряемые с целью преодоления модели, основанной сутобо на овладении знаниями; последняя недостаточно учитывает сущность компетентности в условиях конкурентного рынка труда. Компетентностный подход позволяет определить компетенции специалиста в соответствии с запросами работодателей, а поэтому в академической сфере он является тем инструментом, который должен обеспечить академическую автономию, сориентировать процесс обучения на его основную цель и определить такой вид содержания образования, который не сводится лишь к совокупности знаний. Он ориентирован на компоненты, предусматривающие накопление ценного опыта решения жизненных проблем, выполнения ключевых функций, социальных и других компетенций<sup>14</sup>.

В этом процессе важно определить направления такого участия, а именно: разработку компонентов юридического образования; работу юридических клиник (работа в юридических клиниках должна стать обязательной составляющей учебного процесса, поскольку сейчас в большинстве вузов она ведется факультативно) как студенческой практики; семестровые и аттестационные оценивания студентов; внеаудиторные лекции и семинары; внеаудиторная самостоятельная работа студентов.

Согласно проекту Концепции развития современного юридического образования в Украине в 2009 году основными проблемами развития ВЮО назывались, среди прочего, несовершенство системы ВЮО, которая должна обеспечивать его высокого качества, из-за значительного увеличения количества вузов различных форм собственности, в которых готовят специалистов-юристов, и осуществление подготовки специалистов-юристов в непрофильных

---

<sup>14</sup> Комаров В. В. Основоположні проблеми вищої юридичної освіти у парадигмі компетентнісного підходу. Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання : тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф., м. Харків, 30 вер. - 1 жовт. 2015 р. Харків, 2015. С. 8.

вузах<sup>15</sup>. Основним тезисом захисти непрофільних вузів являється те, що вони сразу задають направленість в определенну сферу діяльності<sup>16</sup>. Вместе с тем, в Германії, США і Великобританії підготовка юристів здійснюється в межах юридических факультетів іменно університетів, а не профільних вузів<sup>17</sup>.

Трудно погодитися з підходом, согласно которому образование надо разделить на общее (юридическое) и специальное – со специализациями по отраслям и институтам права и практическим направлениям, - и установить различные стандарты для соответствующих видов юридической профессии<sup>18</sup>. Предлагается также открытие других специальностей, кроме «Правоведения», в рамках направления «Право» для того, чтобы непрофильные вузы могли готовить себе необходимых им специалистов по соответствующей специальности и не «штамповали» «специалистов» по правоведению. Опять же, в ЕС и США практикуется единство требований к юристу<sup>19</sup>. Дифференциация юридического образования недопустима по следующим соображениям. Во-первых, все выпускники юридических факультетов должны иметь одинаковые компетенции. Во-вторых, специализация образования должна осуществляться посредством свободного выбора студентом дополнительных, а не основных дисциплин. В-третьих, дифференциация на практике не позволяет, например, студенту, окончившему обучение по кафедре административного права, впоследствии переквалифицироваться на нотариуса, значительно сужая доступ выпускников к другим юридическим профессиям.

Еще одной юридической проблемой функционирования высшего образования в целом является привлечение инвесторов, поскольку в современных условиях у действующей системы отсутствует механизм реального инвестирования в образование с возможностью влияния инвесторов на принятие решений. Так, в государственных университетах нет адекватной системы наблюдательных советов, которые состояли бы из инвесторов.

---

<sup>15</sup> Концепція розвитку юридичної освіти в Україні. URL: Режим доступу: <http://www.univer.km.ua/doc/koncept.htm>.

<sup>16</sup> Хілько О. М. Юридична освіта у непрофільних ВНЗ: Чи має місце бути? *Правове регулювання економіки*. 2013. № 13. С. 117.

<sup>17</sup> Бокша В. О. Система вищої юридичної освіти та загальні засади підготовки юристів у вищих навчальних закладах: досвід зарубіжних країн. Модернізація та наукові дослідження: парадигма інноваційного розвитку суспільства і технологій : Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 26–27 січня 2018 р.) / ГО «Інститут інноваційної освіти»; Науково-навчальний центр прикладної інформатики НАН України. Київ: ГО «Інститут інноваційної освіти», 2018. С. 8.

<sup>18</sup> Кравчук В. М. Основні напрями реформування та стандартизації вищої юридичної освіти. *Порівняльно-правові дослідження*. 2009. № 1. С. 161.

<sup>19</sup> Стефанчук Р. О. Юридична освіта і наука в Україні: чи все гаразд? *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 9. С. 22.

Среди общего числа безработных с высшим образованием, которые не смогли найти первое рабочее место, лица с ВЮО занимают одно из ведущих мест (26 %). Следует учитывать, что окончательный вывод об уровне безработицы на этом этапе именно среди юристов сделать достаточно сложно из-за включения их в общее отраслевое количество безработных в группе «социальные науки, бизнес и право», которая объединяет журналистов, политологов, социологов, международных, экономистов, менеджеров и юристов<sup>20</sup>.

Заочная форма обучения, учитывая социально-экономическое положение в обществе, не является ни ненужной, ни тем более вредной в современных условиях (она позволяет зарабатывать как для оплаты за обучение, так и на жизнь во время учебы). Кроме того, сегодня сокращение аудиторной нагрузки на дневной форме обучения и увеличение часов самостоятельной работы привело к тому, что разница между этими двумя формами обучения является не существенной, учитывая аудиторную нагрузку. Это связано с тем, что акцент в образовательном процессе смещается в сторону необходимости самостоятельной подготовки студента. Переход к исключительно очной форме получения образования по специальности юрист в определенной степени будет квалифицирован обществом как своеобразный имущественный ценз доступа к профессии<sup>21</sup>.

Среди проблем ВЮО называют наличие заочной формы. Сейчас заочная форма образования является довольно популярной в Украине. Только на юридическом факультете Киевского национального университета имени Тараса Шевченко обучается около тысячи студентов-заочников. В проекте же закона она вообще отсутствует.

В соответствии со ст. 49 Закона Украины «О высшем образовании», основными формами его получения в Украине являются: институциональная (очная (дневная, вечерняя), заочная, дистанционная, сетевая) и дуальная. Сейчас в юридическом образовании доминируют очная и заочная формы обучения. Заочная форма получения высшего образования – это способ организации обучения соискателей высшего образования путем объединения учебных занятий и контрольных мероприятий во время кратковременных сессий и самостоятельного овладения образовательной программой в период между ними. Продолжительность периода между учебными занятиями и контрольными мероприятиями не может быть меньше, чем один месяц.

В Украине не уделяется достаточного внимания дистанционной форме обучения, которая в современном мире является более привлекательной в

---

<sup>20</sup> Барабаш Ю. Аналіз проекту концепції реформування юридичної освіти в Україні С. 5. URL: [https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ\\_Y.Barabash\\_Report-on-Draft-LEP-Concept-Paper-and-Recommendations-for-Improvement\\_May-22\\_2017.pdf](https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ_Y.Barabash_Report-on-Draft-LEP-Concept-Paper-and-Recommendations-for-Improvement_May-22_2017.pdf).

<sup>21</sup> Там само. С. 20.

сравнении с заочной. Дистанционная форма получения образования – это индивидуализированный процесс получения образования, происходящий в основном посредством взаимодействия удаленных друг от друга участников образовательного процесса в специализированной среде, функционирующей на основании современных психолого-педагогических и информационно-коммуникационных технологий. Лондонский университет был первым, предложившим дистанционное обучение, создав свою Внешнюю программу в 1858 году. С тех пор дистанционное образование ежегодно приобретает все большую популярность в мире.

Бывший директор по вопросам высшего образования корпорации Майкрософт Даяна Облингер считает, что дистанционное образование решает следующие задачи: расширение доступа к образованию; облегчение ограничений и расширение возможностей его получения; капитализация на развивающихся рынках (новые сегменты студентов, получивших высшее образование, могут быть более выгодными, чем традиционные рынки), служит катализатором институциональной трансформации. Таким образом, высшие учебные заведения ставят перед собой задачу быстрой адаптации ко все более конкурентной среде. Это означает, что дистанционное образование может катализировать институциональную трансформацию.

Проведение семинарских занятий в форме повторения лекционного материала стало объектом критики украинского юридического образования. Анализ организации и проведения обучения в вузах юридического профиля показал, что обычно оно осуществляется в традиционных формах, то есть оно имеет лекционные и семинарские (практические) занятия, которые, однако, далеко не всегда наполняются информацией, отражающей тенденции и процессы, имеющие место в сфере правоприменения.

Так, С. Д. Гусарев, анализируя исторические источники развития отдельных видов юридической деятельности и освещение их функций, принципов и видов, обращает внимание на то, что дипломированных юристов очень часто приглашают в вузы для осуществления педагогической деятельности (что не запрещается законами Украины). Тем самым он утверждает, что «относительно самостоятельными блоками юридической науки и юридического образования признаются также социальные сферы профессионального труда юристов, составляющие вместе со сферой осуществления юридической практической деятельности единое социальное и правовое пространство осуществления юридической профессии»<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти. К. : Знання, 2005. С. 84.



По мнению К. В. Воронцова, юридическая профессия охватывает широкий спектр социально-экономической деятельности, а поэтому подготовка юристов в вузе должна быть максимально ориентированной на удовлетворение повседневных общественно-политических и экономических правовых потребностей. Остатки прошлого, к сожалению, сохраняют традицию преподавания юридических дисциплин в форме, направленной на заучивание действующих нормативно-правовых актов. Однако исследователи убеждают в необходимости изменения парадигмы содержания высшего юридического образования, направления ее на развитие умственных способностей и критического мышления студента, на умение применить знания для правовой защиты законных интересов граждан<sup>23</sup>.

Сегодня Украина взяла курс на компетентностный подход. Его парадигма, по всей видимости, является алгоритмичной по всем циклам и уровням ВОО и дает возможность развития определенной политики в сфере образования. Сам компетентностный подход в целом позволяет предвидеть результаты образовательного процесса и полисистемно определять стандарты качества образования в виде компетенций на определенных участках ВОО и по соответствующим юридическим профессиям; определять целевые качества специалистов; функции образования, самоопределения и становления индивидуальности в академической среде, то есть он (подход) является по сути определенной технологией моделирования развития образования<sup>24</sup>.

Приказом Министерства образования и науки Украины от 12 декабря 2018 № 1379 был утвержден стандарт высшего образования по специальности 081 «Право» для первого (бакалаврского) уровня высшего образования. На сегодняшний день уже принят стандарт и для магистерского уровня.

Многие профессора юридических факультетов отмечают: низкий уровень юридического образования вследствие слишком высокой степени администрирования юридических факультетов со стороны государства; безынициативность крупных юридических факультетов стать центром развития методологии юридического образования; оторванность от мировой науки; недостаточное финансирование; старение научно-педагогического персонала<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Воронцова К. В. Стан дослідження розвитку вищої юридичної освіти незалежної України. *Науковий вісник кафедри Юнеско КНЛУ С. Філологія • Педагогіка • Психологія*. 2015. В. 31. С. 28.

<sup>24</sup> Комаров В. В. Основоположні проблеми вищої юридичної освіти у парадигмі компетентнісного підходу. *Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання*: тези доп. та повідомл. учасників наук.-практ. конф., м. Харків, 30 вер. - 1 жовт. 2015 р. Харків, 2015. С. 7–12.

<sup>25</sup> Гетьман А. П. Юридична наука України в умовах глобалізації. *Особистість. Суспільство. Право*: зб. наук, статей та тез наук, повідомл. за матеріалами міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-річчю Полт. юрид. ін-ту. (Полтава, 15 берез. 2012 р.). Харків, 2012. С. 4-5.

Среди проблем юридического образования авторы Белой книги по реформированию украинского юридического образования выделяют: отсутствие единых стандартов; несовершенство учебных планов; недостаточность практической составляющей; потребность в высококвалифицированных преподавательских кадрах; недостаточная ориентация на европейское законодательство и практику; использование устаревших (советских) конструкций и теорий в качестве доктринального основания; потребность в увеличении количества студентов и преподавателей, которые владели бы европейскими языками; необходимость обновления способов изложения информации на страницах учебной литературы; необходимость «перегрузки» вузов юридического профиля; потребность в улучшении процедуры оценивания знаний студентов и выпускников<sup>26</sup>.

Поэтому практическими направлениями совершенствования юридического образования в рамках проведения семинаров могут стать: 1) баланс лекционных и семинарских занятий, 2) работа в группах (интерактивные занятия); 3) подготовка презентаций, 4) изучение материалов судебной практики, 5) применение законодательства зарубежных стран, 6) решение практических задач.

## 2.1 Баланс лекционных и семинарских занятий

Студенты должны усваивать как теоретические, так и практические навыки. Эта проблема присуща не только украинским университетам. В ведущих американских школах велась дискуссия по поводу соблюдения такого баланса. К тому же абстрактно-обобщающую составляющую курса нельзя нивелировать, ведь именно эти навыки может привить университет, а не юридическая фирма<sup>27</sup>. Однако теоретическая часть проведения семинарского занятия не должна превращаться в репродукцию лекционного материала: студенты должны готовить доклады на основании прослушанных лекций, а для выступления должна избираться тема, которая в лекции глубоко не поднималась. Например, в лекции рассматривался вопрос «Прекращение корпоративних прав» без детальної конкретизації матеріала відносно виходу учасника з общества с ограниченной ответственностью. Последнее должно тогда

---

<sup>26</sup> Біла книга з реформування української юридичної освіти (за матеріалами міжнародної науково-практичної конференції «Європеїзація української юридичної освіти: німецько-український досвід» / Упорядники: Роман Мельник, Олена Шаблій, Бернгард Шлоер. Київ : Корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка». Панов, 2015. С. 18-36.

<sup>27</sup> Edwards H. D. The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession. *Michigan Law Review*. 1992–1993. № 34. P. 58–59.

стать предметом самостоятельного изучения студента, а также подготовки доклада на основании прослушанного лекционного материала, специальной литературы и обобщения материалов практики.

## 2.2 Работа в группах (интерактивные занятия)

Работа в группах является полезной для усвоения как практического, так и теоретического материала. Например, группа студентов может подготовить доклад на любую тему, сопровождая его презентацией. Эта методика позволяет структурированно рассматривать вопросы, а также формировать практические навыки по фокусированию на отдельных направлениях проблемы, а также умение применять ранее полученные знания. Таким образом, студенты учатся командной работе, нахождению компромиссов и поиску решения на основании баланса интересов группы. Другим примером таких интерактивных занятий может быть решение мини-задач при проведении семинарского занятия (не в рамках домашней работы), когда студенты объединяются в отдельные группы и учатся принимать и обосновывать коллективное решение.

## 2.3 Подготовка презентаций

Представление презентаций стало важной частью современной юридической работы на семинарах, конференциях и деловых встречах. Презентации активно применяются как в работе юридических департаментов, так и для подготовки разных проектов. Путем подготовки презентаций студенты углубляют свои знания и учатся подавать сложную информацию коротко, что содействует лучшему усвоению материала. Важной тут является часть, посвященная визуализации материала, на который необходимо обратить внимание аудитории. К тому же презентация может в сжатой форме предоставить информацию, которая с голоса требовала бы большего времени для записи студентами. Например, презентации упрощают подачу проблемных аспектов источников права, материалов практики, зарубежного законодательства. Лучшим способом вовлечения студентов в этот процесс должен стать собственный пример преподавателя, который сопровождает свои лекции презентациями.

## 2.4 Изучение материалов судебной практики

Материалы судебной практики могут быть как отдельным предметом изучения на семинарах (например, студентам можно дать семинарское задание проанализировать судебное дело, особенно такое, которое существенным образом повлияло на формирование судебной практики и затронуло ряд проблемных аспектов), так и составной частью интерактивных занятий. Особое внимание

должно уделяться судебным актам при решении практических задач, поскольку они и являются примерами правоприменительной практики.

## 2.5 Применение законодательства зарубежных стран

Применение законодательства зарубежных стран должно стать частью подготовки студентов к большинству семинарских занятий. Это важно, учитывая евроинтеграционные процессы Украины; это также позволит знакомить студентов с зарубежным опытом решения практических проблем, что может пригодиться при консультации зарубежных клиентов. Такая необходимость усиливается тем, что в Украине стремительно внедряются зарубежные юридические механизмы, которые до этого не были известны отечественному праву. Например, только с начала 2017 года было принято несколько проектов законов, которыми вводятся такие неизвестные до этого украинскому праву конструкции, как корпоративный договор, опционная продажа, squeeze-out и sell-out. При условии, что студенты готовили или слушали доклад с использованием анализа таких понятий в зарубежном законодательстве, даже без дополнительного академического изучения этих механизмов, они будут готовы к их имплементации в свою практическую деятельность. И здесь снова должен пригодиться собственный пример преподавателя – использование такого материала при проведении лекций.

## 2.6 Решение практических задач

Соответственно, практическая подготовка является важной составляющей программы правового образования и направлена на формирование первичных умений и практических навыков правоприменения. Большинство методических разработок юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко исторически содержат юридические задачи. Однако необходимо обратиться к зарубежному опыту с целью методологического обеспечения такого процесса.

Беспрецедентным экспериментом по воплощению практического компонента в юридическом образовании Украины стало внедрение немецкой методики решения юридических задач на юридическом факультете Киевского национального университета имени Тараса Шевченко под руководством Центра немецкого права.

Около десяти преподавателей юридического факультета проводили семинарские занятия с помощью этой методики. В результате эксперимента были выявлены следующие преимущества решения казусов на основании полученных теоретических знаний: у студентов появлялись практические навыки составления юридических документов на основании ранее полученных теоретических знаний, они осваивали азы юридической аргументации, комбинирование теоретических и практических знаний, сочетание решения проблем по

различным отраслям права (например, материального и процессуального права), возрастало умение структурировано и логично подавать материал, комплексно применять законодательство, повторять ранее усвоенный материал.

В итоге трехлетнего эксперимента преподаватели подготовили и опубликовали *Методику решения юридических задач (казусов)*<sup>28</sup>.

### **3 Социальные аспекты различной направленности (включая доступ к судебским должностям)**

Учитывая отсутствие специального закона о ВЮО, считаем, что для того, чтобы понять механизм доступа к конкретной юридической профессии, нужно изучить соответствующее специальное законодательство.

В Украине сложилась практика доступа к юридической профессии в зависимости от специальности, в отличие от Германии, где любой студент, сдавший Второй государственный юридический экзамен, может стать судьей, прокурором или адвокатом (исключения составляют нотариусы, которым требуется дополнительный профессиональный опыт). В Украине студент, окончивший юридический факультет, получает доступ только к профессии юриста или к должности помощника представителя юридической профессии. Для большинства юридических профессий нужно сдать квалификационные экзамены. Эта система барьеров не уникальна, ведь она применяется во многих странах ЕС, а также в США и Великобритании, где адвокаты должны сдавать квалификационный экзамен.

К части юридических профессий доступ в Украине происходит путем назначения на должности. Существуют различные фильтры доступа к юридической профессии в Украине: образовательный, профессиональный, возрастной, квалификационный. Наличие образовательного уровня требуют почти все юридические профессии, кроме должности генерального прокурора Украины. Последний факт неоднократно подвергался критике, поскольку является политическим шагом.

Согласно ч. 3 ст. 127 Конституции Украины на должность судьи может быть назначен гражданин Украины не моложе тридцати и не старше шестидесяти пяти лет, имеющий высшее юридическое образование и стаж профессиональной деятельности в сфере права не менее пяти лет, компетентный, добропорядочный и владеющий государственным языком. Законом могут быть предусмотрены дополнительные требования для назначения на должность судьи.

---

<sup>28</sup> Шлоер Б., Посиднок В., Косілова О., Лукач І. Методика вирішення юридичних задач (казусів): теоретичні та практичні аспекти / за заг. ред. Р. Мельника. Київ: Гельветика, 2020. 160 с.

Согласно ч. 4 ст. 127 Конституции Украины для судей специализированных судов в соответствии с законом могут быть установлены иные требования к образованию и стажу профессиональной деятельности.

Согласно ст. 69 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» на должность судьи может быть назначен гражданин Украины не моложе тридцати и не старше шестидесяти пяти лет, имеющий высшее юридическое образование и стаж профессиональной деятельности в сфере права не менее пяти лет, являющийся компетентным, добропорядочным и владеющим государственным языком. Помощник судьи также должен иметь высшее юридическое образование (ч. 1 ст. 157). Стажем профессиональной деятельности в сфере права является стаж профессиональной деятельности лица по специальности после получения им высшего юридического образования. Пунктом 1 ч. 6 ст. 69 определено, что высшим юридическим образованием признается высшее юридическое образование степени магистра (или приравненное к нему высшее образование образовательно-квалификационного уровня специалиста), полученное в Украине, а также высшее юридическое образование, полученное в иностранных государствах и признанное в Украине в установленном законом порядке.

В других нормативных актах такое уточнение отсутствует, а поэтому нужно руководствоваться положениями постановления Кабинета Министров Украины от 29 апреля 2015 № 266 «Об утверждении перечня отраслей знаний и специальностей, по которым осуществляется подготовка соискателей высшего образования»<sup>29</sup>, пункт 2-1 которого устанавливает, что лица, получившие высшее образование по специальностям «081 Право», «293 Международное право» на первом (бакалаврском) и втором (магистерском) уровнях высшего образования, и которым присуждена степень высшего образования «магистр», могут занимать должности или осуществлять виды деятельности, квалификационные требования к которым предусматривают наличие полного высшего или высшего юридического образования. Таким образом, понятие «высшее юридическое образование» распространяется на лиц, являющихся и бакалаврами, и магистрами права или международного права.

Таким профессиями, требующими высшего юридического образования, являются: судья и его помощник; нотариус и его помощник (ч. 2 ст. 3 и ч. 1 ст. 13 Закона Украины «О нотариате»), прокуроры различных уровней (ст. 27 Закона Украины «О прокуратуре», однако требования к образованию помощников прокурора в целом отсутствуют); адвокаты и их помощники (ст. 6 и ст. 16 «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»). Такой подход к определению образования помощников в указанных профессиях нивелирует бакалаврский уровень, делая его необходимым этапом в доступе к юридической профессии.

---

<sup>29</sup> Про затвердження переліку галузей знань і спеціальностей, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти: постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 266. *Офіційний вісник України*. 2015. № 38. Ст. 194.

По нашему мнению, уместно пересмотреть политику в отношении ВЮО в разрезе помощников представителей различных юридических профессий.

Законодательство Украины устанавливает специальные требования доступа к профессии для судей Верховного Суда, вызванные социальной особенностью их статуса. Согласно ст. 38 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» судьей Верховного Суда может стать лицо, отвечающее требованиям к кандидатам на должность судьи по результатам квалификационного оценивания и подтвердившее способность осуществлять правосудие в Верховном Суде, а также соответствующее одному из следующих условий: 1) имеет стаж работы на должности судьи не менее десяти лет 2) имеет научную степень в области права и стаж научной работы в сфере права не менее десяти лет 3) имеет опыт профессиональной деятельности адвоката, в том числе по осуществлению представительства в суде и/или защиты от уголовного обвинения как минимум десять лет 4) имеет совокупный стаж (опыт) работы (профессиональной деятельности) в соответствии с требованиями, определенными пунктами 1–3 настоящей части, по меньшей мере, десять лет. Такие же квалификационные требования установлены ст. 27 указанного Закона и для судей апелляционных судов, но со стажем в 7 лет.

Итак, для того чтобы стать судьей местного суда обязательно нужно иметь стаж работы в сфере права (т.е. практической деятельности), а для занятия должностей судьи апелляционного суда или Верховного Суда можно иметь соответствующую научную степень в области права и стаж научной работы. По нашему мнению, такая позиция законодателя представляется довольно странной, ведь научным работникам закрыт доступ в суды низших звеньев, но открыт доступ в суды высших звеньев.

В соответствии со ст. 128 Конституции Украины, назначение на должность судьи осуществляется по конкурсу, кроме случаев, предусмотренных законом. Председатель Верховного Суда избирается на должность и освобождается от должности путем тайного голосования Пленума Верховного Суда в порядке, установленном законом. Долгое время этот порядок был иным, а именно - первое назначение судьи местного суда происходило на срок 5 лет, за которым следует пожизненное назначение. Такой процесс создавал коррупционную опасность для судьи, который хотел остаться на работе, а потому был вынужден выполнять указания начальства, что оставляло средство внешнего воздействия на него<sup>30</sup>. Согласно Заключению Консультативного Совета Европейских судей о стандартах независимости судей в европейской практике

---

<sup>30</sup> Звіт працівників МВФ, вересень 2016 URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2016/cr16319.pdf>; Звіт Уряду України про діагностичне дослідження питань врядування в аспекті корупції, бізнес-клімату та ефективності судової влади за підтримки МВФ (2014). URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14263-a.pdf>; Національне дослідження доброчесності Transparency International Україна (2015). URL: [https://ti-ukraine.org/wpcontent/uploads/2016/12/nis\\_assessment\\_eng.pdf](https://ti-ukraine.org/wpcontent/uploads/2016/12/nis_assessment_eng.pdf).

штатный судья должен назначаться на непрерывный срок до пенсионного возраста. Это наименее проблематичный подход с точки зрения независимости судей<sup>31</sup>.

Реформа судебной власти стала насущной в Украине из-за ряда коррупционных факторов и ее фактической зависимости от законодательной, а особенно исполнительной властей. Потребность реформирования особенно ярко проявилась в деле Александра Волкова против Украины, в котором Европейский суд по правам человека неоднократно подчеркивал, что тогдашний Высший совет юстиции не был независимой и беспристрастной в назначении судей инстанцией с учетом специфики его собственного формирования<sup>32</sup>. Результатом сложной политико-социальной судебной реформы стала трансформация Высшего совета юстиции в Высший совет правосудия. В свою очередь Высший совет правосудия назначает двенадцать членов Высшей квалификационной комиссии судей Украины. На должность члена Высшей квалификационной комиссии судей Украины может быть назначен гражданин Украины, владеющий государственным языком, имеющий высшее юридическое образование и стаж профессиональной деятельности в сфере права не менее пятнадцати лет, принадлежит к юридической профессии и соответствует критерию политической нейтральности (ч. 1, 2 ст. 94 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»).

#### **4 Сопутствующая роль адвокатуры как «органа осуществления правосудия»**

На адвокатуру и суд, как институты, в Украине возложено выполнение такой важной конституционной функции государства, как защита прав, свобод и интересов человека и гражданина, а в некоторых случаях даже социальной миссии, которая делегирована государством в виде вторичной правовой помощи.

Адвокатура является одним из институтов, который непосредственно призван защищать права человека. Без ее существования невозможно построить государство, которое отвечало бы международным стандартам развития демократии и верховенства права и закона. Выполняя доказательную функцию в ходе рассмотрения дела, адвокат должен своим заданием считать содействие суду в установлении истины. Такая помощь – не право, а обязанность адвоката.

---

<sup>31</sup> Consultative Council of European Judges, Opinion No. 1, on the standards concerning the independence of the judiciary and irremovability of judges, 2001 (para 48) URL: [http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/RoL%20Project/RoL\\_2019\\_02\\_Brussels/CCJE\(2001\)%20Opinion%20No%201%20CCJE.pdf](http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/RoL%20Project/RoL_2019_02_Brussels/CCJE(2001)%20Opinion%20No%201%20CCJE.pdf).

<sup>32</sup> Справа «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11). *Офіційний вісник України*. 2013. № 89. Ст. 3307.



Однако, к сожалению, дискуссионным остается вопрос об определении места и роли адвокатуры в механизме осуществления правосудия. Этот вопрос является крайне актуальным, ведь именно на адвоката возлагается конституционная обязанность оказания правовой помощи на профессиональной основе<sup>33</sup>.

Эта обязанность, в частности, рассматривается как гарантия соблюдения и реализации прав и свобод личности, от чего во многом зависит ее уверенность в существовании надежного механизма защиты последних, в обеспечении надлежащего доступа к осуществлению правосудия<sup>34</sup>.

Следовательно, для достижения поставленной цели исследования сначала обратимся к действующему законодательству, закрепляющему положения, касающиеся осуществления правосудия в Украине, организации судебной власти, статуса судей и адвокатуры, их взаимоотношений. Так, раздел VIII Конституции Украины является базовым в этих вопросах. Основные принципы судопроизводства в Украине перечислены в ст. 129 Конституции Украины. Среди них стоит упомянуть: обеспечение обвиняемому права на защиту; равенство всех участников судебного процесса перед законом и судом; состязательность сторон и свобода в предоставлении ими суду своих доказательств и в доказывании перед судом их убедительности и тому подобное.

Положения ст. 131<sup>2</sup> действующей Конституции, в свою очередь, устанавливают, что для оказания профессиональной юридической помощи в Украине действует адвокатура. Только она осуществляет представительство другого лица в суде, а также защиту от уголовного обвинения. Такой нормой украинский законодатель фактически устанавливает монополию адвокатуры на защиту и представительство лица в суде<sup>35</sup>.

Основы организации адвокатуры и осуществления адвокатской деятельности в Украине определяются законом. Таковым является Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»<sup>36</sup>. Принципы осуществления адвокатской деятельности дополняются и конкретизируются Правилами адвокатской

<sup>33</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30.

<sup>34</sup> Заборовський В.В. Місце і роль адвокатури у механізмі здійснення правосуддя. <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/20245/1/%D0%97%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D1%80%D0%BE%D0%B2%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9%20%D0%9C%D1%96%D1%81%D1%86%D0%B5%20%D1%96%20%D1%80%D0%BE%D0%BB%D1%8C%20%D0%B0%D0%B4%D0%B2%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D1%82%D1%83%D1%80%D0%B8%20%D1%83%20%D0%BC%D0%B5%D1%85%D0%B0%D0%BD%D1%96%D0%B7%D0%BC%D1%96%20%D0%B7%D0%B4%D1%96%D0%B9%D1%81%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B4%D1%8F%20%D0%B2%20%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96.pdf>

<sup>35</sup> То же 1.

<sup>36</sup> Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

етики, утвержденных отчетно-выборным съездом адвокатов Украины от 09.06.2017 г.<sup>37</sup>

В Украине также действует Закон Украины «О бесплатной правовой помощи», который определяет, что адвокаты, включенные в соответствующий реестр, являются субъектами предоставления бесплатной вторичной правовой помощи<sup>38</sup>.

Определенные положения относительно статуса адвоката содержатся в Решении Конституционного Суда Украины от 16 ноября 2000 № 13-рп / 2000 (дело о праве свободного выбора защитника)<sup>39</sup>.

Закон Украины «О судостроительстве и статусе судей» определяет организацию судебной власти, функционирующую в соответствии с европейскими стандартами и обеспечивающую право каждого на справедливый суд, и осуществления правосудия в Украине. Так, ч. 1 ст. 2 этого Закона устанавливает, что суд, осуществляя правосудие на принципах верховенства права, обеспечивает каждому право на справедливый суд и уважение к правам и свободам других лиц, гарантируемым Конституцией и законами Украины, а также соответствующими международными договорами. Согласно ч. 1 ст. 7 вышеуказанного Закона, каждому гарантируется защита его прав, свобод и интересов в разумные сроки независимым, беспристрастным и справедливым судом, образованным в соответствии с законом. Статьей 10 закреплено, что каждый имеет право на профессиональную юридическую помощь. В случаях, определенных законом, государство обеспечивает оказание профессиональной юридической помощи бесплатно. Для выполнения этого задания действует адвокатура. Обеспечение права на защиту от уголовного обвинения и представительства в суде осуществляются адвокатом, за исключением случаев, установленных законом<sup>40</sup>.

Итак, исходя из норм законодательства, можно сделать вывод, что адвокатура как институт действительно играет значительную роль в осуществлении правосудия. Адвокаты наделены монополией на осуществление представительства в суде, что делает их почти обязательным участником процесса. Они так же, как и судьи, призваны устанавливать истину в деле, что, в свою очередь, является основной целью правосудия.

---

<sup>37</sup> Правила адвокатської етики від 09.06.2017 р. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17/sp:side#n4>.

<sup>38</sup> Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI // *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577.

<sup>39</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 Кримінального процесуального кодексу України, ст. 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000. *Офіційний вісник України*. 2000. № 47. Ст. 109.

<sup>40</sup> Про судостроїть і статус суддів : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

Стоит отметить, что среди ученых нет единого подхода к решению вопроса о роли адвоката. Есть несколько теорий о роли адвоката в осуществлении правосудия:

- участник или представитель правосудия;
- посредник между публикой и судом;
- посредник между сторонами и судом;
- слуга или помощник правосудия;
- опора судебной власти и правосудия;
- независимый орган правосудия;
- участник правосудия, выполняющий функцию общественного контроля;
- советник, доверенное лицо и представитель клиента<sup>41</sup>.

Так, некоторые ученые указывают на то, что адвокатура является участником или представителем правосудия. Например, И. С. Яртых отмечает, что «адвокатура выполняет функцию участника правосудия, создавая при этом условия реализации судебной защиты»<sup>42</sup>, а Т. Б. Вильчик указывает, что «адвокат должен быть и добросовестным защитником интересов частных лиц, и таким же добросовестным представителем правосудия»<sup>43</sup>.

В этой связи интересна позиция Европейского суда по правам человека, который в своих решениях неоднократно указывает на особый статус адвокатов, отводя им центральное место в системе правосудия в качестве посредника между публикой и судами (п. 54 решения Европейского суда по правам человека от 24 февраля 1994 г. по делу «Касадо Кока против Испании» (*Casado Coca v. Spain*)<sup>44</sup>, п. 29 решения Европейского суда по правам человека от 20 мая 1998 г. по делу «Шепфер против Швейцарии» (*Schopfer v. Switzerland*)<sup>45</sup>.

В качестве посредников, но уже между сторонами и судом, представителей рассматривает Е. В. Васьковский, который подчеркивает, что «деятельность представителей – деятельность судебная; они – посредники между сторонами и судом»<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> То же 2 (Заборовський).

<sup>42</sup> Яртых И.С. Адвокатура и власть. Москва : Юрлитинформ, 2003. с. 167.

<sup>43</sup> Вильчик Т.Б. Юридична природа адвокатури та проблеми організації її діяльності. *Університетські наукові записки*. 2011. № 4. С. 329.

<sup>44</sup> Рішення Європейського суду із прав людини у справі «Casado Coca v. Spain» (Заява № 15450/89) від 24 лютого 1994 р. URL : [http://european-court.eu/uploads/ECHR\\_Casado\\_Coca\\_v\\_Spain\\_24\\_02\\_1994.pdf](http://european-court.eu/uploads/ECHR_Casado_Coca_v_Spain_24_02_1994.pdf).

<sup>45</sup> Рішення Європейського суду із прав людини у справі «Schopfer v. Switzerland» (Заява № 56/1997/840/1046) від 20 травня 1998 р. URL: [http://www.hrcr.org/safrica/expression/schopfer\\_switzerland.html](http://www.hrcr.org/safrica/expression/schopfer_switzerland.html).

<sup>46</sup> Васьковский Е.В. Организация адвокатуры : в 2 ч. Санкт-Петербург : Н.К. Мартынов, 1893. Ч. 2 : Исследование принципов организации адвокатуры. С. 49.

Достаточно распространенным как среди ученых, так и в законодательстве зарубежных стран и международном праве является восприятие адвокатуры как слуги или помощника правосудия. В частности, известный испанский адвокат, экс-президент Совета адвокатских и правовых обществ Европы Раймон Муллерата отмечает: «Адвокат является важным действующим лицом в осуществлении правосудия. Адвокат, как и судья, является служителем в храме правосудия»<sup>47</sup>.

Как слуги правосудия адвокаты рассматриваются и в упоминавшемся решении Европейского суда по правам человека по делу «Касадо Кока против Испании» (*Casado Coca v. Spain*), в п. 46 которого говорится, что, принимая во внимание особый характер адвокатской профессии как слуги правосудия, адвокаты пользуются исключительным правом участия в суде и иммунитетом от судебного преследования за свои выступления в зале суда.

Критерии разграничения понятий «правовая помощь» и «правовая услуга» должны рассматриваться именно как деятельность по предоставлению правовых услуг или как деятельность в сфере права.

В качестве помощника правосудия адвоката рассматривает, в частности, Ю. С. Пилипенко, который, анализируя основные направления исследования адвокатской тайны, делает вывод о том, что «адвокат также является помощником правосудия, который обеспечивает действительную состязательность в любом виде процесса»<sup>48</sup>. Этой же позиции придерживается и французский законодатель, который в ст. 3 Закона «О реформе некоторых судебных и юридических профессий» от 31 декабря 1971 г. № 71-1130 отмечает: «Адвокаты являются помощниками правосудия» (*auxiliaires de la justice*)<sup>49</sup>. В таком случае нужно обратить внимание на то, что в юридической литературе встречались утверждения ученых, которые рассматривали адвокатов в качестве помощников не правосудия, а судов.

Выражение «помощник суда» не очень удачно, ведь оно может дать повод для вывода, что защитник – помощник того состава суда, который выносит приговор, и он, оказывая помощь судьям во всем том, что они делают, помогает суду, даже если действия этого состава суда были неправильными»<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Муллерат Р. Независимость – основной принцип юридической этики. Адвокат. 1996. № 11. URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1132077>.

<sup>48</sup> Пилипенко Ю.С. Основные направления исследования адвокатской тайны. *Часопис адвокатури України*. 2009. № 9. С. 1–42. URL: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/619/639>. С. 32.

<sup>49</sup> *Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : Loi du 31 décembre 1971* № 71-1130. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068396>.

<sup>50</sup> Строгович М.С. Процессуальное положение и процессуальные функции защитника. Защита по уголовным делам / И.Т. Голяков, М.С. Строгович, А.Н. Трайнин, М.А. Чельцов-Бебутов и др. ; под ред. И.Т. Голякова. Москва : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. С. 27.

Поддерживаем утверждение С. В. Прилуцкого, который отмечает, что «именно адвокатура должна быть надежной опорой судебной власти и правосудия»<sup>51</sup> и «будучи активным участником механизма правоприменения (более того, занимая самостоятельное место в механизме правосудия), адвокатура выполняет (должна выполнять) важную функцию общественного контроля в этой сфере»<sup>52</sup>. Приемлема и позиция немецкого законодателя, в ст. 1 Федерального закона об адвокатуре от 1 августа 1959<sup>53</sup> указывающего на то, что адвокатура является независимым органом правосудия.

Стоит также отметить, что, с одной стороны, адвокат может выступать защитником должностных лиц органов государственной власти и органов местного самоуправления, представлять их интересы в судопроизводстве, а с другой – адвокатура может выступать и защитником интересов как отдельного человека, так и гражданского общества. Одновременно институт адвокатуры является неотъемлемой частью судебной системы, которая может быть создана только при наличии действительно независимой адвокатуры. Существенная особенность адвокатской деятельности заключается в выполнении адвокатами в государстве важной функции, которая носит публично-правовой характер: они способствуют правосудию<sup>54</sup>.

В Заключении № (2013) 16 «Об отношениях между судьями и адвокатами», принятом на 14-м пленарном заседании Консультативного совета европейских судей (далее – КСЕС) отмечается, что судьи и адвокаты играют разные роли в процессе, однако вклад представителей обеих профессий необходим для достижения справедливого и эффективного разрешения во всех судебных процессах в соответствии с законом. В рамках профессиональных обязанностей защиты прав и интересов своих клиентов адвокаты также играют важную роль в справедливом осуществлении правосудия<sup>55</sup>.

Пункт 6 Комментария к Хартии основополагающих принципов деятельности европейских адвокатов КСЕС определяет роль адвоката следующим образом: «Роль адвоката, нанятого частным лицом, юридическим лицом или государством, включает в себя роль советника, доверенного лица и представителя клиента, профессионала, которого уважают третьи стороны, и незаменимого

---

<sup>51</sup> Прилуцкий С.В. Громадянське суспільство в механізмі судової влади та правосуддя: теоретико-правовий аспект. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 1. С. 240.

<sup>52</sup> Прилуцкий С.В. Адвокатура як інститут громадянського суспільства в умовах становлення правової держави. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 12. С. 54.

<sup>53</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), ausfertigungsdatum 01.08.1959. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/brao/gesamt.pdf>.

<sup>54</sup> Адвокатура та судова влада: характер взаємовідносин. *Часопис Академії адвокатури України*. 2014. Т. 7, № 4. С. 19-25. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau\\_2014\\_7\\_4\\_4](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2014_7_4_4).

<sup>55</sup> Висновок № (2013) 16 Про відносини між судьями та адвокатами. URL: <https://court.gov.ua/userfiles/KRES%20Vusnovok.pdf>.

участника справедливого судебного процесса. Объединяя в себе эти характеристики, адвокат искренне служит интересам и защищает права своего клиента, также выполняя функции адвоката в обществе. Они находят свое выражение в предупреждении и предотвращении конфликтов, в обеспечении решения конфликтов в соответствии с признанными принципами гражданского, административного и уголовного права и с учетом прав и интересов лиц, в дальнейшем развитии закона, а также в защите свободы, справедливости и верховенства права»<sup>56</sup>.

По нашему мнению, обеспечение надлежащих условий реализации права человека на правовую помощь происходит как с помощью закрепления существенных квалификационных и других требований к кандидатам на получение статуса адвоката, так и путем закрепления особого профессионального статуса адвоката.

Судьи и адвокаты имеют, соответственно, свой перечень этических принципов. Однако несколько этических принципов являются общими и для судей, и для адвокатов, например, соблюдение закона, профессионализм, справедливость и взаимоуважение<sup>57</sup>.

Если говорить о специфических принципах, которыми должен руководствоваться адвокат при осуществлении своей деятельности, стоит упомянуть следующие, содержащиеся в Кодексе поведения для европейских адвокатов КСЕС: адвокат предстает перед судом как участник, соблюдая правила поведения, принятые в этом суде или трибунале; всегда уделяет должное внимание справедливому рассмотрению дела в суде; поддерживая должное уважение и вежливость по отношению к суду, защищает интересы клиента достойно и бесстрашно, невзирая на интересы адвоката или на любые последствия, которые могут наступить для него самого или другого лица<sup>58</sup>.

Важным вопросом, который нуждается в рассмотрении, является взаимоотношения судей и адвокатов. В пункте 17 Заключения № 16 (2013) КСЕС отмечается, что судьи и адвокаты должны сотрудничать для удовлетворения потребностей сторон. В п. 4 закреплено, что судьи и адвокаты играют разные роли в процессе, однако вклад представителей обеих профессий необходим для достижения справедливых и эффективных решений во всех судебных процессах в соответствии с законом<sup>59</sup>.

По мнению КСЕС, конструктивные отношения между судьями и адвокатами улучшат качество и эффективность осуществления судопроизводства, ведь ключевыми параметрами восприятия обществом судебной власти в Украине являются справедливость судебных решений, надлежащий уровень доступности и эффективности правосудия.

---

<sup>56</sup> Хартія Основоволожних принципів діяльності європейських адвокатів ССВЕ [http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya\\_brenduvannya.pdf](http://qala.org.ua/wp-content/uploads/2017/03/Hartiya_brenduvannya.pdf).

<sup>57</sup> То же 23 (Висновок).

<sup>58</sup> То же 24 (Хартія).

<sup>59</sup> То же 23 (Висновок).

Интересен тот факт, что в некоторых странах судьи преимущественно избираются среди самых опытных адвокатов. Во многих государствах судья должен иметь опыт профессиональной адвокатской деятельности, а в отдельных государствах карьерные пути судей и адвокатов не пересекаются.

К сожалению, в Украине сложилась ситуация, при которой судьи и адвокаты очень часто имеют натянутые взаимоотношения, спорят во время судебного заседания, и это выглядит как их борьба за противоположное, хотя на самом деле целью осуществления правосудия является установление истины.

Как показывает правоприменительная практика судов, в подавляющем большинстве случаев, инициируя перед соответствующими квалификационно-дисциплинарными комиссиями вопрос о дисциплинарной ответственности адвоката, суды указывают на то, что адвокатом было совершено деяние, препятствовавшее осуществлению правосудия и содержащее признаки неуважения к суду.

Итак, на основании изложенного делаем вывод о том, что адвокатура является независимой институцией в механизме осуществления правосудия. Она не относится к участникам, которые способствуют (служат, помогают) его осуществлению, а выполняет одну из важнейших функций в таком механизме, непосредственно связанную с надлежащей реализацией конституционного права человека на получение профессиональной юридической (правовой) помощи.

Сейчас взаимоотношения между судьями и адвокатами далеки от идеала и предписаний кодексов этики. Следует согласиться с позицией проф. Даны Анн Ремус (Dana Ann Remus), что лучшим путем удовлетворения интересов граждан является преобразование взаимоотношений между защитниками и судьями в так называемую модель сотрудничества, согласно которой сильная, независимая юридическая профессия (защитника, адвоката) сотрудничает с сильными, независимыми государственными судебными инстанциями<sup>60</sup>.

Требуется много усилий для улучшения и усовершенствования природы и обеспечения тесного сотрудничества между адвокатами и представителями судебной системы, включая необходимую сравнительную работу, которая могла бы привести к инновационным решениям. Однако можно быть уверенными в том, что и судьи, и адвокаты равны в своих возможностях, независимы и наделены достаточными полномочиями для служения, помощи, сотрудничества и защиты друг друга, что, в свою очередь, будет способствовать службе и защите тех демократических ценностей, на которые опирается наша правовая система.

---

<sup>60</sup> Just Conduct: Regulating Bench-Bar Relationships Dana Ann Remus\* <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1622&context=y1pr>.





Dieser Band dokumentiert die Arbeitsergebnisse einer von der Alexander von Humboldt-Stiftung geförderten Institutspartnerschaft zwischen dem Institut für Öffentliches Recht, Abteilung Verwaltungsrecht, der Universität Göttingen und seinem Pendant an der Taras Tschewtschenko-Universität Kiew. Sachlicher Gegenstand dieser Institutspartnerschaft war die Frage, ob und auf welche Weise die rechtsprechende Gewalt in der Ukraine, die noch immer unter einem großen Vertrauensdefizit in der Bevölkerung leidet, durch eine stärkere Orientierung an westeuropäischen Standards an Rechtsstaatlichkeit gewinnen kann. Zu diesem Zweck haben fünf vorwiegend aus NachwuchswissenschaftlerInnen zusammengesetzte gemischtnationale Arbeitsgruppen untersucht, welche rechtsstaatlichen Funktionsbedingungen der Dritten Gewalt zugrunde liegen sollten. Konkret ging es in den Arbeitsgruppen um die rechtstaatlichen Anforderungen und Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit, die demokratische Kontrolle der rechtsprechenden Gewalt, die Relevanz der Rechtswissenschaft für die Urteilsfindung, die Bedeutung der richterlichen Auslegungskompetenz für die Qualität der Urteilsfindung und Urteilsbegründung sowie um die Notwendigkeit einer stärker auf den Richterberuf zugeschnittenen universitären Juristenausbildung.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-499-4

Universitätsdrucke Göttingen