



ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

42

Харків
2000

Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2000. – Вип. 42. – 218 с.

ISSN 0201-7245

У збірнику друкуються наукові статті, присвячені актуальним проблемам правознавства: конституційного будівництва, цивільного, адміністративного, трудового права, проблемам боротьби зі злочинністю.

Розраховано на науковців, викладачів, аспірантів, студентів та практичних працівників, які цікавляться правовою тематикою.

Статті в збірнику друкуються мовою авторів.

Редакційна колегія: проф. В.Я. Тацій (відп. ред.); проф. М.І. Панов (заст. відп. ред.); проф. Ю.М. Грошевой (відп. секретар); проф. В.В. Сташис; проф. В.В. Комаров; проф. Ч.Н. Азімов; проф. М.І. Бажанов; проф. Ю.П. Битяк; проф. В.І. Борисов; доц. М.В. Буроменський; проф. М.П. Воронов; проф. А.П. Гетьман; проф. В.В. Голіна; проф. П.І. Жигалкін; доц. В.П. Жушман; доц. Д.В. Задихайло; проф. В.О. Коновалова; проф. Л.М. Кривоченко; доц. М.П. Кучерявенко; проф. В.К. Попов; проф. А.Й. Рогожин; проф. М.М. Страхів; проф. В.І. Тертишніков; проф. Ю.М. Тодіка; проф. М.В. Цвік; проф. В.О. Чефранов; проф. В.Ю. Шепітько

Адреса редакційної колегії: Україна, 61024, Харків, вул. Пушкінська, 77, Національна юридична академія України

Видання пройшло державну реєстрацію (Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації від 07.07.1998 р., сер. КВ 3345)

Видання здійснено при технічній допомозі консорціуму "Верховенство права".

Контракт Агентства Міжнародного розвитку США.

Адреса: Україна, 252033, Київ, вул. Саксаганського, 6.

САМОВРЯДУВАННЯ В КИЄВІ ЗА МАГДЕБУРЗЬКИМ ПРАВОМ

У 1998 р. виповнилося 500-ліття від часу пожалування Києву самоврядування за магдебурзьким правом. Сьогодні цій значній даті ми приділяємо таку значну увагу тому, що нині Україна поступово входить в європейську сім'ю і деякі європейські цінності стають складовою наших цінностей. Принципи ж народовладдя з широким самоврядуванням народу посідають серед них чільне місце. Як наслідок — вони закріплені в Конституції України і становлять невід'ємну частину нашого життя. У цьому контексті вивчення й осмислення досвіду органів місцевого самоврядування за магдебурзьким правом в українських містах набуває не тільки наукового, а й громадського та політичного значення. Здобутки й помилки в діяльності магістрів повинні бути нами ретроспективно переосмислені.

Що ми знаємо про магдебурзьке право? УРЕ визначає його як "феодалне міське право, за яким міста звільнялися від управління й суду феодала" [3, т. 6, с. 290]. Розширене визначення поняття магдебурзького права полягає в тому, що воно встановлювало порядок виборів і функцій органів міського самоврядування, суду, купецьких об'єднань, цехів, регулювало питання опіки, спадкування, визначало покарання за різні види злочинів [5, с. 231].

Виникло магдебурзьке право на саксонських землях у XII ст. після завойовницьких походів германських імператорів на Північну Італію та ознайомлення з міським правом тамтешніх міст. Укорінення цього права в німецьких містах пов'язано з інтенсивним розвитком ремесел і торгівлі та їх прагненням до внутрішнього самоврядування й незалежності від влади феодалів, на землях яких лежали ці міста. З-поміж інших міст виділявся Магдебург, чие право поступово поширилося й на інші міста, де населення керувалося особливими законами і складало окремий стан.

Магдебурзьке право прийшло на Наддніпрянську Україну з часів Литовської держави і надавалося Уставними грамотами великих князів. Не викликає заперечень те, що вперше це право у 1339 р. отримало місто Санок Галицько-Волинського князівства. Потім цієї честі удостоївся Львів (1356 р.). А от питання щодо конкретної дати пожалування самоврядування Києву надзвичайно складне і до останнього часу остаточно з'ясовано не було, хоча йому й приділяли такі загальновідомі українські вчені й політичні діячі, як В. Антонович, М. Грушевський, В. Щербина, П. Клепатський, член Централь-

ної ради і голова Ради міністрів УНР В. Прокопович та ін. Але ні в оригіналах, ні в копіях не збереглася грамота, в якій воно було оформлено. Усе ж таки дослідники старожитностей, спираючись на додаткові джерела з магдебурзького права, дійшли висновку, що самоврядування вперше було надано Києву великим князем литовським Вітовтом. Враховуючи, що він пішов із життя у 1430 р., датою введення нової юридичної системи в Києві вважають початок XV ст. Тоді ж було збудовано першу ратушу — приміщення для новозаснованого магістрату. І потім, свідомий того факту, що великий литовський князь Казимир своєю грамотою 1447 р. гарантував киянам збереження права встановлювати розміри міського податку, звільняти міщан від путної, підводної повинності та участі в татарських облагах, надав право на безмитну торгівлю в межах міста, право користуватися міськими ґрунтами й освітленням житла вночі, великий князь литовський Олександр на прохання міщан Установною грамотою від 26 травня 1494 р. ще раз підтвердив за Києвом норми магдебурзького права, як за часів князювання Вітовта.

Фактичним першим документом, що дійшов до нас з литовських часів, був привілей великого князя литовського Олександра від 1494 р. Однак п'ять років тому доцент Московського державного університету Т. Круглова, провівши порівняльні текстологічні дослідження, переконливо довела неточність цієї дати. Це підтвердила пізніше й перевірка привілея, здійснена вітчизняними вченими Р. Делімарським, М. Яковенком та П. Сасом. Проведений цими вченими аналіз так званої Литовської метрики (давньої збірки документів, де зберігалися зазначені пожалування киянам) довів, що магдебурзьке право було даровано Києву дещо пізніше — 31 серпня 1498 р. [4, с. 15].

Не викликає заперечень дата останнього литовського привілея. До того ж, що у 1800 р. відомий український археограф та історик М. Берлінський у роботі "Історія міста Києва" опублікував повний оригінал грамоти великого князя литовського Сигізмунда від 1544 р., якою підтверджувалася дія магдебурзького права для міста Києва. Взагалі за литовський період надання Києву самоврядування за магдебурзьким правом підтверджувалося щонайменше 10 разів.

Зрозуміло, що на Україні це право діяло на український лад, тобто значно відрізнялося за своїм змістом і формою від магдебурзького, яке застосовувалося в Західній Європі. Скажімо, в невеликих містах, що називалися ратушними, козацька старшина відала справами козаків, а магістрат — справами міщан.

Управління Києвом здійснював магістрат, що складався з вйта, бурмістрів і двох колегій із 6-ти радників (райців, ратманів) та

з 6-ти засідателів (лавників). До компетенції магістрату входили справи міської адміністрації, господарства, фінансів, суду, виконання покарань, поліції.

Головою міського уряду був війт, який управляв міською адміністрацією і судами за допомогою колегії лавників. Війт, голова суду лавників, розглядав кримінальні, а з середини XVI ст. — цивільні справи, мав необмежену судову владу в місті. Вироки суду вважалися остаточними, їх переглядати мав право тільки король. Для здійснення правосуддя лавники мали шибеницю, ката і каральний меч. Таким чином, війт виконував обов'язки голови виконавчої та судової влади. Вибирали війта міщани на конкурсній основі з наступним затвердженням одного з чотирьох кандидатур польським королем, гетьманом, російським царем пожиттєво. На його користь планували третину всіх судових штрафів [1, с. 50-57].

Коли згідно з указом царського уряду з 1743 р. до 1785 р. вибори війта не проводилися, голова призначався з Москви. Після цього у зв'язку із впровадженням реформи міського управління посада війта була скасована взагалі. Поточними міськими справами займалась Рада в особі виборних урядників, до складу яких входили шафари, що управляли міським господарством, а також інстриган — збирач податків. Райці й лавники виконували свої обов'язки порічно, по чергово й були присутніми в магістраті при розгляді судових кримінальних, цивільних та інших справ.

З початку XV ст. загальні збори київських міщан, а з другої половини XVI ст. — колегія райців із свого складу обирали двох бурмістрів, які чергувалися у ведінні засідань міської Ради. Посада бургомістрів збереглася в Україні до XIX ст. Функціонування міського магістрату забезпечував штат його урядників — писар, інстигатори, квартирмістри, судові виконавці тощо.

З оголошення міщанам Києва 21 липня 1569 р. королівського універсалу, який вилучав городян з-під влади і юрисдикції судово-адміністративних органів Речі Посполитої і передав їх під юрисдикцію міста, почався польський період у житті міста. Останній польський привілей, наданий королем Яном II Казимиром у 1650 р., підтвердив право міщан створювати громади (братства) за професійною ознакою, які могли самостійно влаштовувати свої внутрішні справи, мати свою казну на гуртові справи, а також визначав джерела прибутку міського бюджету, обов'язок громадян виплачувати грошову подать — "серебщину", а також реставрувати місто й нести сторожову та військову службу. Після підписання Білоцерківського миру у 1651 р. Києву було надано останній королівський привілей, а разом з ним універсал Б. Хмельницького, яким гетьман відстоював

інтереси міщан “міста столечного” перед козаками та селянами. Всього до утворення української національної держави Гетьманщини Києву князівськими та королівськими привілеями 47 разів надавалося право самоврядування за магдебурзьким правом. Норми магдебурзького права юристи Гетьманщини використовували при всіх офіційних і приватних кодифікаціях права в XVIII ст.

Згідно з рішенням Переяславської Ради 8 січня 1654 р. Київ увійшов до складу Російського царства. Державна угода Гетьманщини та Росії “Березневі статті” підтвердила право киян на магдебурзьке право.

Але з цього часу поряд з магістратом у Києві почали функціонувати російське воєводство та козацьке сотенне управління. Воєводське управління складалося з двох воєвод і чиновників (стольників, думних дворян, дяків). Компетенція воєводства була дуже широкою, і належало воно до створеного в 1663 р. Малоросійського приказу. Першими воєводами, які очолювали російський гарнізон, що розташувався на території Києва, були князі Ф.С. Куракін та Ф.Ф. Волконський. До складу козачої сотенної канцелярії входили сотник, писар, хорунжий, отаман, які здійснювали військово-адміністративні функції [6, с. 11, 12].

Зі створенням у 1708 р. Київської губернії Київ став губернським містом. Воєвод змінили губернатори, а з 1711 р. — генерал-губернатори, які очолювали губернську канцелярію. Першим київським губернатором був генерал-майор Р.С. Фамендін. Управління містом залишалося за магістратом, але здійснювалося за участю гетьманської полкової і сотенної канцелярії, губернської канцелярії та Сенату Російської імперії. Після запровадження царським урядом в Україні низки документів (у 1783 р. — “Установи для управління губерніями Російської імперії” і в 1785 р. — “Грамоти на права та вигоди міст Російської імперії”) норми магдебурзького права в місті значно обмежились. І хоча в 1802 р. царський уряд підтвердив окремою грамотою право киян на самоврядування, розширення прав магістрату не відбулося. А в 1835 р. магдебурзьке право в Києві указом Миколи I було скасовано. Натомість було впроваджено російську модель самоврядування (дума й управа) — [2, с. 37 - 40].

Список літератури: 1. Делімарський Р. Чи обиратимуть кияни вііта // Віче. — 1997. - № 5. — С. 50-57. 2. Піч Р. Магдебурзьке право в Україні // Укр. світ. — 1996. - № 3. — С. 37-40. 3. Українська історична енциклопедія / За ред. Жукова М. — К.: Рад. енцикл., 1966 — Т. 1-17. 4. Унікальний пам’ятник // Юрид. вісн. України. — 1997. — 2-15 січ. — С. 16. 5. Юридичний словник-довідник / За ред. Сухарева А. — К.: Рад. енцикл., 1996. — 330 с. 6. Яковлів А. Пам’ятник Магдебурзького права в Києві // Київ. Старовина. — 1998. - № 5. — С. 11, 12.

ФОРМИРОВАНИЕ МЕСТНЫХ СОВЕТОВ В УКРАИНЕ В ГОДЫ НЭПА (1921 – 1928 гг.)

К концу 1920 г. в Советской республике закончилась длившаяся более 2-х с половиной лет гражданская война, оказавшая огромное деформирующее влияние на советскую государственность. Она резко ускорила свертывание демократических норм, приведя к господству «чрезвычайщины», к обескровливанию Советов, чьи функции переходили к партии, к комитетам бедноты, ревкомам и другим чрезвычайным военным и хозяйственным органам.

Гражданская война наложила сильный отпечаток на общественное сознание, придав ему еще большую жестокость, бескомпромисность, веру во всемогущество насилия, и военных методов управления, породив тем самым своеобразную «военно-советскую культуру».

Уже к 1919 г. в стране сложилась та форма политического устройства, которая на XII съезде РКП(б) получила название «диктатура партии». В новом государстве, все более сливавшемся с партийным аппаратом, в трансформированном виде возрождались некоторые традиции дореволюционной российской государственности с ее централизацией, персонификацией высшей власти, обширными и слабо регламентированными функциями государственного аппарата, почти не подконтрольного трудящимся. Ответственность многих чиновников перед Советами оказалась весьма условной и косвенной, в то время как их реальные права превосходили формальные полномочия выборных учреждений. По существу, аппарат управления за годы гражданской войны подчинил себе представительные органы власти.

В этих условиях уже в мирное время многие из работников местных органов власти, невзирая на Постановление IX Всероссийского съезда Советов об укреплении законности [14, с. 187, 188], противопоставляя законности целесообразность, продолжали действовать методами, характерными для периода гражданской войны и «военного коммунизма», проявляя инициативу, которая часто не укладывалась в рамки действующего законодательства. «Война и гражданская борьба, — говорил об этом М.И. Калинин, — создала громадный кадр людей, у которых единственным законом является целесообразное распоряжение властью. Управлять для них — значит распоряжаться самостоятельно, не подчиняясь регламентирующим статьям закона» [8, с. 146].

Наиболее типичными нарушениями законности на местах были: применение недопустимых методов управления путем административного нажима, граничащего с произволом, особенно при взимании налогов и сборов; самочинное увеличение норм налогов и сборов; уменьшение сроков сдачи налогов в нарушение действующих законов и распоряжений Наркомфина; принудительное установление различных повинностей и работ вопреки существующим законам; присвоение исполкомами и Советами себе прав судебных органов и осуществление этих прав путем незаконных постановлений; вмешательство исполкомов и Советов в земельные отношения, подлежащие рассмотрению земельно-судебными органами; издание местными органами власти обязательных постановлений, противоречащих обязательным постановлениям вышестоящих исполкомов и Советов, и др. [13, с. 936; 16, ф. 1, оп. 1, д. 2675, л. 103; 17, ф. 1, оп. 1, д. 857, л. 31]. Такое явление было серьезным препятствием для успешного осуществления курса на новую экономическую политику, требовавшую развертывания демократии, установления строгого режима законности.

В этой связи вопросы советского строительства становятся в центре внимания высших государственных органов. С декабря 1920 г. по декабрь 1921 г. они в разных аспектах были рассмотрены на заседаниях ВУЦИКа 15 раз [16, ф. 1, оп. 1, д. 5, 7, л. 23]. В условиях сложившейся «диктатуры партии» партийные органы взяли под свой контроль организацию и проведение выборов в Советы всех уровней. В период избирательных кампаний большевики широко использовали печать. В обращениях губкомов, а с 1923 г. окружкомов партии, губернских, окружных, районных избирательных комиссий популяризировались постановления правительства, вскрывались недостатки в работе Советов, намечались на будущее основные задачи советского аппарата на местах [16, ф. 5, оп. 1, д. 98, л. 78, 79]. На страницах центральных и местных газет разъяснялись основные положения советского избирательного права, освещался ход избирательных кампаний, публиковались отчеты исполкомов и избирательных комиссий, наказания избирателей и др. Главное внимание в партийной печати было сосредоточено на убеждении широких масс трудящихся в необходимости избрания в Советы представителей «рабочих от станка» и беднейших крестьян, преданных идеям Советской власти. Ежегодно в Украине выпускались плакаты с воззваниями ВУЦИК к избирателям и изложением избирательного закона. Накануне выборов в Советы в 1924 г. в республике на украинском, русском и других языках были изданы «Наказ КП (б)У депутатам Советов», «Обращение ВУЦИК к трудящимся Украины» и отчет прави-

тельства общим тиражом 60 тыс. экземпляров [16, ф. 1, оп. 2, д. 1724, л. 103].

Для организации избирательных кампаний партийные органы направляли на места опытных коммунистов. Так, на период избирательной кампании 1923 г. Волынский губком партии направил 70 коммунистов в Житомирский, Коростенский и Шепетовский округа [16, ф. 1, оп. 2, д. 1032, п. 61].

Коммунисты-направленцы строго следили за осуществлением «классового подхода» при составлении списков избирателей, добивались в случае необходимости «очистения» избирательных комиссий от «чуждых элементов».

Методы руководства партийных органов процессом выборов состава местных Советов и, в первую очередь, их вмешательство в составление списков избирателей, носившее массовый характер, вызывали глубокое недовольство граждан. Активность избирателей в кампании 1923-1924 гг. стала заметно ниже чем год назад. Это явление вызвало беспокойство в составе лидеров партии и государства. Реакцией на него стали постановления Президиума ВУЦИК от 8 июля и 21 августа 1924 г., ограничивающие вмешательство местных партийных и государственных органов, а с 15 сентября по 15 октября был проведен месячник проверки избирательных списков [3, ф. 3316, оп. 3, д. 4, л. 167].

В сентябре 1924 г. ВУЦИК и Совнарком Украинской ССР утвердили новое «Положение об избирательных правах граждан и о порядке проведения выборов», которое соответствовало общесоюзному закону. Это положение систематизировало разные законодательные акты и нормы о выборах в Советы, отменяло некоторые устарелые и вводило новые нормы избирательного права. Оно давало перечень категорий граждан, пользующихся избирательными правами, а также лиц, лишенных этих прав, четко определяло структуры и функции избирательных комиссий, порядок проведения выборов во все Советы и на съезды Советов. Положение отменило ограничения избирательных прав для рабочих частных предприятий и учреждений, членов кустарных артелей [15; 1924. - № 34. - Ст. 235].

Тогда же, осенью 1924 г., состоялись выборы в сельсоветы. Активность крестьян, однако, была существенно ниже, чем ожидала партия. Всего около 30%, имеющих право голоса, пришли на выборы, что было значительно меньше, чем в предыдущем году. Партийное руководство расценило это как «своеобразный бойкот». Президиум ЦИК своим решением от 29 декабря 1924 г. признал недействительными выборы во всех областях, где доля участвующих оказалась ниже 35% или имели место нарушения порядка выборов. Это

касалось 40% всех сельских и волостных советов [1, с. 93]. С 1 января по май 1925 г. происходили повторные выборы в Советы в тех областях, где они были признаны недействительными. Ожидания партийного руководства, связанные с результатами кампании, вновь оказались нереалистичными. Участие в зимне-весенних перевыборах достигло 41%, но и эта цифра явно была небольшая [3, ф. 3316, оп. 3, д. 4, л. 178]. Незначительное повышение числа участников выборов не могло свидетельствовать о решительном политическом переломе в деревне.

Растущее недовольство крестьян большевистскими методами проведения избирательных кампаний, «ножницами цен», больно бьющими по их карману, невозможность создания крестьянского союза (наподобие профсоюзов рабочих), способного защищать их интересы, вынудили партийное руководство страны специально провести пленум ЦК, посвященный проблемам деревни. Такой пленум состоялся в октябре 1924 г.

Чтобы обеспечить партии поддержку крестьянства и направить его растущую активность в желаемое русло, было решено организовать кампанию по «оживлению Советов». Пленум потребовал вовлечь в работу Советов и их органов широкие массы крестьян, устранить методы руководства, применяемые в период гражданской войны, усилить борьбу против всех видов административного произвола, нарушений законности, бюрократизма, взяточничества и т.п., привлекая виновных к суду, а также к ответственности в партийном порядке и через печать [12, с. 137, 138]. Проблема оживления Советов стала предметом обсуждения на состоявшемся в мае 1925 г. III Съезде Советов Союза ССР. Съезд принял развернутое постановление, включающее в себя вопросы об улучшении работы Советов, о выборах в Советы, о вовлечении в управление государством широких рабочих и крестьянских масс, о твердом проведении законности [3, ф. 3316, оп. 3, д. 4, л. 2].

В 1925 г. ВУЦИК провел три Всеукраинских совещания по советскому строительству, в основу работы которых были положены соответствующие документы, принятые III Съездом Советов Союза ССР. На этих совещаниях были выработаны новые положения о сельсоветах, райисполкомах, районных съездах Советов, намечены пути усиления связи окружных исполкомов с центром и местами, меры по укреплению районных бюджетов, по оживлению работы городских Советов, разработаны мероприятия по упрочению законности на местах [9, с. 21-24]. Вторая сессия ВУЦИК 9-го созыва утвердила вышеуказанные положения, которые значительно расширяли права местных Советов и исполкомов, а также увеличивали объем их

функций [10, с. 39].

В ноябре 1925 г. ВУЦИК и СНК УССР утвердили новое «Положение об избирательных правах граждан и о порядке проведения выборов», которое обобщило изданные в 1924 г. общесоюзные и республиканские законодательные акты по этому вопросу. Положение уточняло как основания для предоставления избирательных прав разным категориям населения, так и основания для лишения избирательных прав «эксплуататорских элементов». В результате этого круг граждан, которым предоставлялись избирательные права, был еще более расширен, а круг «лишенцев» сужен [15; 1925. - № 97. - Ст. 530]. Однако и после этого круг лиц, лишенных избирательных прав, оставался значительным. Выборы были неравными, многоступенчатыми, с открытым голосованием.

Избирательная кампания в Советы 1925-1926 гг. в Украине, проводимая в условиях экономического подъема, заметно отличалась от предыдущих лучшей подготовкой к ней, дальнейшим снижением количества «лишенцев», во многом новыми методами ее проведения. Число избирателей, пришедших на голосование, впервые в 20-е годы превысило 50%, составив 12 261 197 чел. [6, с. 308]. Необходимо отметить, что в избирательных кампаниях за период 1922-1926 гг. отчетливо наметилась тенденция к сокращению числа лиц, лишенных избирательных прав.

Однако эта позитивная тенденция не получила своего развития. Уже на выборах Советов 1927 г. процент участия избирателей снизился по всей стране на 0,6% и составил 50,2% [5, с. 125]. На это незначительное снижение активности избирателей можно было бы и не обратить внимания, если бы не резкое увеличение количества лиц, лишенных избирательных прав. Этот факт говорил о повороте к чисто административным, волевым методам управления страной. Сторонников такого подхода было более чем достаточно. Ведь еще в начале 20-х годов в противовес линии на развертывание демократии, укрепление законности раздавались громкие призывы «отбросить» демократию и заменить ее «революционным принуждением».

Последняя избирательная кампания рассматриваемого нами периода 1928-1929 гг. проходила в условиях тотального разрушения основ нэпа, становления командно-административной системы управления, усиления репрессий в городе против «старой интеллигенции», на селе против крестьян — «несдатчиков хлеба». Она отличалась повышенной активностью в городах — со стороны рабочих, на селе — бедноты и батрачества, стимулированной партийными органами. Эта кампания сопровождалась проверкой специально созданными бригадами избирателей деятельности Советов в целом, а

также депутатских групп и секций. По данным 26 округов в республике было проверено 6 тыс. сельсоветов, при этом в проверке приняло участие 125 тыс. человек. По итогам проверок избиратели 923 сельских Советов отозвали около 4 тыс. депутатов, из числа которых большинство были отозваны за «безынициативность» в борьбе за своевременную сдачу односельчанами хлеба государству либо подозреваемых в симпатии к кулакам [11, с. 98].

В заключение следует сказать, что кампания по «оживлению Советов» страдала внутренними противоречиями, которые партия большевиков не в состоянии была устранить. С одной стороны, чтобы завоевать симпатии населения по отношению к Советской власти, выборы должны были происходить без вмешательства и нажима партийных органов, с другой — партия стремилась сохранить контроль над Советами. Отсюда политика «оживления Советов» заключалась не столько в идее предоставления крестьянам самоуправления, сколько в том, чтобы служить проводником партийного влияния в деревне.

Список литературы: 1. Венер М. Лицом к деревне: Советская власть и крестьянский вопрос (1924-1925 гг.) // Отечественная история. — 1993. — № 5. 2. Госархив Днепропетровской области. 3. Госархив Российской Федерации. 4. Госархив Харьковской области. 5. Иванченко А.В. Демократические институты в истории Советского государства // Сов. государство и право. — 1989. — № 1. 6. История государства и права Украинской ССР. — К.: Наук. думка, 1976. 7. Итоги перевыборов Советов на Днепропетровщине: Организационно-полит. отчет комиссии Днепропетр. парт. комитета КП (б)У. — Днепропетровск, 1926. 8. Калинин М.И. Вопросы советского строительства. — М., Госполитиздат, 1958. 9. Конотоп В. Советское строительство в УССР // Рад. Україна. — 1926. — № 13. 10. Обзор важнейшего законодательства в УССР за 1925 год // Рад. Україна. — 1926. — № 13. 11. Основные итоги работы правительства УССР за 1929 и 1930 годы (к районным съездам Советов 1931 г.). Изд. Секретариата ВУЦК и управ. делами СНК УССР. — Харьков, 1931. 12. Пленум ЦК РКП(б). — Москва, 25-27 октября 1924 г. // КПСС в резолюциях... — Т. 3. — М.: Политиздат, 1970. 13. Резолюция 2-й сессии ВУЦК о революционной законности // Вест. Сов. юстиции. — 1925. — № 23. 14. Съезды Советов в документах (1917-1936). — Т. 1. — М.: Госиздат, 1957. 15. СУ УССР. 16. ЦГАВО Украины. 17. ЦГАОО Украины.

В.С. Рубаник, канд. юрид. наук

ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ В ЗАХІДНІЙ УКРАЇНІ НАПРИКІНЦІ 30-Х — НА ПОЧАТКУ 40-Х РОКІВ ХХ СТ.: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

За відомим висловом В. Винниченка, читати українську історію без брому неможливо. І стосується це України як у цілому, так

і окремих її частин. Кожен з її регіонів мав, має і буде мати свої, притаманні лише йому особливості, а тому всілякі спроби викладення будь-яких аспектів історії того чи іншого регіону без урахування цих особливостей приречені стати поверховими й неточними, а значить і неправдивими.

Західна Україна, маючи найкоротшу в порівнянні з іншими українськими землями історію перебування в складі Радянської держави, являє собою особливу сторінку в розвитку права власності взагалі і права власності на землю — зокрема.

Напередодні другої світової війни етнічні українські землі були поділені між чотирма державами: 1) до складу Радянського Союзу входило 767 тис. кв. км з 42 млн. 200 тис. мешканців, але Українська РСР мала лише 451 тис. 800 кв. км з 32 млн. 568 тис. мешканців, з яких близько 26 млн. (або 80%) — українці; 2) у складі Польщі було 132 тис. 200 кв. км українських земель з 10 млн. 200 тис. мешканців, з яких близько 6,5 млн. (або 64%) — українці; 3) до складу Румунії входило 17 тис. 700 кв. км етнічних українських земель з 1 млн. 400 тис. мешканців, з яких українці — 875 тис. (або 63%); 4) у складі Чехословаччини — 14 тис. 900 кв. км з 760 тис. мешканців, з яких Українців — 560 тис. (або 73%) [9, с. 36].

Реалізуючи міждержавний договір від 23 серпня 1939 р., німецькі війська 1 вересня, а радянські — 17 вересня вступили на територію Польщі. Протягом одного тижня війська Червоної Армії зайняли всю територію Західної України, 22 вересня ввійшли у Львів, а 24 вересня — в Дрогобич і Борислав [7, с. 618, 619]. 27 вересня капітулювала Варшава, а наступного дня в Москві між Німеччиною й СРСР було підписано договір про дружбу і протокол, який остаточно визначив кордон між двома державами по лінії Нарва-Буг-Сян. СРСР отримав 200 тис. кв. км території з 12 млн. мешканців, які тривалий час у радянській історіографії йменувались “новими районами” [19, с. 9; 6, с. 46]. Населення Української РСР на 1 червня 1941 р. налічувало 41 млн. 657 тис. чоловік, а загальна територія після включення земель Західної України, Північної Буковини та трьох повітів Бессарабії до її складу — 560 тис. кв. км [7, с. 628].

Напередодні другої світової війни Західна Україна розглядалася як регіон відсталий і малорозвинений, населення якого піддавалось утискам і пригнобленню. Багато в чому така точка зору є справедливою, однак поряд з негативними існувала низка інших моментів у соціально-економічному, політичному й духовному житті, які роблять палітру оцінок більш розмаїтою.

У 30-ті роки значні земельні масиви Західної України знаходилися в руках великих землевласників. Так, за даними 1938 р., дер-

жавні, церковні й крупні приватні землеволодіння складали від загальної площі: у Галичині — 43,9%; у Закарпатті — 45%; у Північній Буковині — 54, 8%. Середня площа земельних володінь складала, наприклад, у Ковельському повіті — 3500 га, у Дубиенському — 3600 га, у Луцькому — 4000 га [2, с. 134]. Особливий аспект становило церковне землеволодіння. Церкви, костьолам і монастирям у Західній Україні належало 220 тис. га, а греко-католицькій метрополії — 36 тис. га землі. Значну приватну власність мали й церковні ієрархи. Так, митрополиту А. Шептицькому й станіславському єпископу М. Хомишину належало 90% “Земельного іпотечного банку” — одного з чотирьох найбільших банків регіону. У Закарпатті церкви належало 22 тис. га орних земель [7, с. 517-519, 535-537, 545].

Іншу сторону становила іноземна колонізація західноукраїнських земель. Протягом 1919-1939 рр. на цих землях поселилося майже 300 тис. колоністів — поляків, румунів, чехів, словаків, угорців, німців. Тільки з 1919 р. по 1929 р. 77 тис. польських “осадників” одержали в Західній Україні понад 600 тис. га землі [12, с. 14]. На Закарпатті колоністи зайняли 19 тис. га, на Буковині — 5 тис. га [2, с. 151]. Після аграрної реформи 1921 р. в Північній Буковині середній розмір сімейного наділу становив 0,65 га, у той же час румунські колоністи отримували 0,5 га під садибу, 4,5 га орної землі й 1 га пасовищ. Величезними були борги селян перед банками. У 1931 р. заборгованість селян Північної Буковини складала понад 21 тис. лей із розрахунку на 1 га проти 6,3 тис. лей на румунських землях [7, с. 536, 537]. На Закарпатті після земельної реформи 1934 р. 32 тис. дрібних селянських господарств одержали 29 тис. га землі — тобто менше 1 га на господарство. Приблизно таку ж кількість землі отримали за цією реформою 145 великих землевласників. У 1936 р. у власності 708 поміщиків перебувало в 3 рази більше орної землі, пасовищ і лісів, аніж у 103 тис. селянських господарств Закарпаття [8, с. 154]. Усе це негативно впливало на соціально-економічний стан селянства, яке становило 80% населення Західної України [10, с. 33].

Однак усупереч цьому українське селянство, спираючись на приватну власність на землю як основу своєї відносної незалежності, самостійності й свободи, показувало свою життєздатність і підприємливість. Ефективно розвивалася кооперація. Якщо в 1921 р. в Східній Галичині діяло 580 українських кооперативів, то в 1939 р. їх уже налічувалося майже 4 тис. з 700 тис. членів. Міську торгівлю об’єднувала спілка “Народна торгівля”, сільську споживчу й торгову кооперацію — “Центроспілка”; молочні кооперативи — “Масло-спілка”. Свій вплив “Маслоспілка” поширювала далеко за межі Західної України, експортуючи масло до Австрії, Данії, Чехословаччини,

Шведії та інших країн Заходу. Товариство селян-хліборобів "Сільський господар" мало в 1938 р. 60 філій, 2008 гуртків, 199 977 членів [3, с. 1423].

Активністю відзначалося соціально-політичне й культурне життя. У 1936 р. культурне товариство "Просвіта" налічувало 275 324 члени, 3071 бібліотеку й читальні зали, 190 пересувних бібліотек, 377 театральних груп, 2043 аматорські групи, 1086 хорів, 124 оркестри. У Польщі виходило 83 українські газети, з них 21 — політична [9, с. 35].

Ось такою постала перед Радянською владою Західна Україна. І найпершим своїм завданням ця влада поставила приведення західноукраїнських земель "до одного знаменника" з іншими територіями Радянського Союзу. Досить цікаво розглянути, як цей процес починався і які мав правові підстави.

29 вересня 1939 р. Військова рада Українського фронту видає звернення, в якому вказує, що основою нової влади в Західній Україні повинні стати обрані на демократичних засадах у містах і повітах тимчасові управління, у волостях і селах — селянські комітети. Реалізуючи цю "демократичну ініціативу", Військова рада фронту постановою від 3 жовтня 1939 р., підписаною командуючим фронтом С. Тимошенком і членами Військової ради М. Хрущовим, В. Борисовим і С. Кожевниковим, утворює в колишніх воєводствах Західної України тимчасові управління. Останні складалися з чотирьох осіб кожне й знаходились у Львові, Станіславі, Тернополі й Луцьку [13].

Уже наступного дня (4 жовтня) новостворене Львівське обласне тимчасове управління звертається з пропозицією до тернопільського, Станіславського й Луцького тимчасових управлінь про створення Комітету по підготовці виборів до Народних Зборів Західної України.

Усі тимчасові управління спрацьовують надзвичайно оперативно, і вже 5 жовтня цей Комітет "створюється" у Львові. Військовою радою Українського фронту затверджуються і його склад "Положення про вибори до Українських народних зборів Західної України", згідно з яким створюються 1495 виборчих округів [11].

22 жовтня відбулися "вибори", у яких за офіційними даними взяли участь 4 млн. 433 тис. чол. (92,8% від загального числа виборців). Обрано 1484 депутати, з яких 766 чол. (52%) — селяни, 415 чол. (28%) — робітники, 270 чол. (18%) — представники інтелігенції, 33 чол. (2%) представники інших верств населення [14].

26 жовтня 1939 р. у Львові відкривається засідання Народних Зборів, на порядок денний якого виносяться чотири питання:

1. Про державну владу в Західній Україні. 2. Про входження Західної України до складу Української РСР. 3. Про конфіскацію поміщицьких земель. 4. Про націоналізацію банків і великої промисловості. З усіх питань збори одноставно приймають декларації [15].

За Декларацією Народних зборів від 28 жовтня 1939 р. конфісковувалися землі поміщиків, монастирів, великих урядовців разом з будівлями, худобою, інвентарем без викупу. Уся земля з її надрами, всі ліси й ріки було проголошено всенародним надбанням, тобто державною власністю [4, с. 21]. За опублікованими даними з шести областей Західної України до фонду реформи надійшло 2,5 млн. га землі. Із них 472 тисячам селянських господарств було передано 950 тис. га, решту держава залишила за собою. Селяни отримали також 45 тис. коней, 2 тис. волів, 73 тис. корів, 20 тис. свиней [1, с. 222, 223].

Однак уже 24 квітня 1941 р. ЦК КП(б)У приймає постанову “Про встановлення граничних норм землекористування на один селянський двір по Волинській, Дрогобицькій, Львівській, Рівненській, Станіславській і Тернопільській областях”, якою встановлювалася вища межа селянського землеволодіння: 7 – 15 га [4, с. 43, 44]. Надлишки землі підлягали передачі до колгоспів.

У 1940 р. новий земельний устрій було проведено також в Аккерманській і Чернівецькій областях. Указом Президії Верховної Ради СРСР від 15 серпня 1940 р. конфіскуються землі поміщиків, великих урядовців і церковні, а постановами РНК СРСР та ЦК ВКП(б) від 13 вересня 1940 р. і РНК УРСР та ЦК КП(б)У від 26 вересня 1940 р. встановлюється норма селянського землекористування — 20 га [18, с. 49, 50].

У перебігу аграрних перетворень частина великих помість не піддавалася парцеляції, а на їх основі створювалися державні радянські господарства — радгоспи. Однак новостворені радгоспи великої питомої ваги в сільськогосподарському виробництві не мали. Домінуючу роль відігравало одноосібне селянське господарство. І влада мала це враховувати. Постановою РНК СРСР від 19 березня 1940 р. селянські господарства Західної України було звільнено від недоїмок по сплаті державних та місцевих податків колишньої Польської держави і на них поширювався діючий в СРСР Закон про сільськогосподарський податок від 1 вересня 1939 р. [16].

З метою розширення посівних площ оподатковуваний прибуток установлювався не за посівом, а за оранкою. Для селянських господарств Волинської, Дрогобицької, Львівської, Рівненської, Станіславської та Тернопільської областей запроваджувалися додаткові пільги:

1) на 25% знижувався розмір сільськогосподарського податку з членів колгоспів;

2) звільнялися від сільськогосподарського податку колгоспні двори й одноосібні господарства, прибуток яких не перевищував 1 тис. крб.;

3) звільнялася від обкладення сільськогосподарським податком уся дрібна худоба, яка знаходилася в особистому користуванні членів колгоспів та одноосібних селянських господарств;

4) від обкладення податком звільнялися цілинні й перелогові землі протягом 2-х років після їх розорювання, а розкорчовані й розорані землі та землі, на яких було проведено меліоративні роботи за рахунок землекористувачів, — протягом 3-х років після їх використання під посіви;

5) у 1940 р. всі селянські господарства цих областей звільнялися від сплати збору на потреби житлового й культурно-побутового будівництва;

6) одноосібні господарства в 1940 р. звільнялися від сплати податку на коней, який було введено на підставі Закону СРСР від 21 серпня 1938 р.

На одноосібні селянські господарства встановлювався прогресивний сільськогосподарський податок. Так, на господарство з доходом від 1 до 2 тис. крб. встановлювався податок 60 крб. плюс 7 коп. з кожного карбованця доходу понад 1 тис. крб. На господарство з доходом від 10 до 20 тис. належало 1810 крб. плюс 45 коп. з кожного карбованця доходу понад 10 тис. крб. (тобто податок міг бути більшим у 17-30 разів!). А для господарств із доходом понад 20 тис. крб. розмір податку підвищувався до 6310 крб. (у 100 разів більше, ніж у бідняцькому господарстві) плюс 55 коп. з кожного карбованця доходу понад 20 тис. крб. [6, с. 50].

Для всіх видів сільських господарств вводились обов'язкові плани поставок сільськогосподарської продукції. Раднарком УРСР і ЦК КП(б)У своєю постановою передбачили низку пільг:

– в одноосібних господарствах з сім'єю більше 5-ти осіб встановлені річні норми обов'язкових поставок зменшувалися на 10% на кожную душу зверх п'яти;

– до обов'язкових поставок не залучалися господарства червоноармійців, якщо голова сім'ї перебував на дійсній військовій службі, а в господарстві залишалась дружина з дітьми до 7-им років;

– від обов'язкових поставок звільнялися непрацездатні господарства;

– передбачалися й деякі інші випадки надання пільг [17].

Проте головною метою Радянської влади на селі було проведення колективізації. Перші колгоспи було створено в с. Добряни Городоцького та в с. Гонятичі Щирецького районів Львівської області й у с. Болохівці Дрогобицького району Дрогобицької області в лютому 1940 р. [6, с. 53]. А вже влітку 1940 р. в Західній Україні нараховувалося 550 колгоспів. За станом на 1 червня 1941 р. у 8-ми західних областях УРСР створено 2866 колективних господарств, у які було об'єднано 205 137 (12,8%) селянських господарств. Колгоспам належало 796 827 га (14,9%) орної землі [4, с. 101, 102, 153].

Усі, хто опирався примусовій колективізації — селяни, підприємці, вчителі, священники, громадські діячі, підпадали під каток репресій. За неповних 2 роки з Галичини органами НКВС було вивезено біля 400 тис. українців і близько 1,5 млн. поляків [5, с. 284].

Таке знайомство західних українців з Радянською владою дало їм упевненість у тому, що вони повинні будь-що її позбутися. І, мабуть, багато в чому саме тут криються витoki тієї особливої ситуації, яка складалася на території Західної України під час німецької окупації, і того особливого ставлення західних українців до свободи, самостійності й незалежності українського народу, яке відслідковується й досьогодні.

Список літератури: 1. Варепський В.Л. Соціалістичні перетворення в західних областях УРСР (у довоєнний період). — К.: Держполітвидав, 1959. — 387 с. 2. Герасименко М.П. Аграрні відносини в Галичині в період кризи панщинного господарства. — К.: Наук. думка, 1969. — 318 с. 3. Енциклопедія Українознавства. — Т. 4. — Мюнхен, Нью-Йорк: Наук. тов. ім. Т. Шевченка, 1949. — 1487 с. 4. З історії колективізації сільського господарства західних областей Української РСР: Зб. доктів і матер. — К.: Політвидав, 1976. — 451 с. 5. Іванченко Р.П. Історія без міфів. — К.: Укр. письменник, 1996. — 333 с. 6. История крестьянства СССР. История советского крестьянства. — В 5-ти т. — Т. 3. — М.: Наука, 1987. — 448 с. 7. История Украинской ССР. — В 10-ти т. — Т. 7. — К.: Наук. думка, 1984. — 719 с. 8. Ковальчак Г.І. Економічний розвиток західноукраїнських земель. — К.: Наук. думка, 1988. — 295 с. 9. Косик В. Україна і Німеччина у другій світовій війні. — Париж — Нью-Йорк — Львів: Наук. тов. ім. Т. Шевченка, 1993. — 670 с. 10. Костюк Г.О. Сталінізм в Україні (Генеза і наслідки) / Пер. з англ. — К.: Смолоскип, 1995. — 508 с. 11. К предстоящему созыву Украинского народного собрания из выборных по областям Западной Украины // Правда. — 1939. — 11 жовт. 12. Лавров П. Польські осадники — люті вороги трудящих селян Західної України // Комуніст. — 1939. — 2 жовт. 13. Постанова Військової Ради Українського фронту // Комуніст. — 1939. — 9 жовт. 14. Правда. — 1939. — 25 жовт. 15. Правда. — 1939. — 2 лист. 16. Собрание постановлений и распоряжений правительства Союза Советских Социалистических Республик. — М., 1940. — № 6. — Ст. 177. 17. Собрание постановлений и распоряжений Правительства Украинской Советской Социалистической Республики. — К., 1940. — № 7. — Ст. 41. 18. Советский Придунайский край, 1940. — 1945: Док-ты и матер. — Одесса: Одес. кн. изд-во, 1968. — 284 с. 19. Gruchmann Lothar. Der Zweite Weltkrieg. — Munchen: Welt, 1982. — 586 с.

К ВОПРОСУ О МЕТОДЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

В современной науке конституционного права до сих пор нет единого подхода к характеристике метода конституционно-правового регулирования, что свидетельствует о недостаточной разработанности данного вопроса. Такое положение является неприемлемым с учетом фундаментальности проблемы и ее значимости для политико-правовой теории и практики конституционализма. При этом в украинской и российской государственно-правовой литературе прослеживаются принципиально разные подходы к освещению вопроса о методе конституционного права.

Для работ современных российских государствоведов характерно либо полное отсутствие внимания к данному вопросу, либо крайне узкий подход к его определению. В частности, М.В. Баглай и Б.Н. Габричидзе, Е.И. Козлова и О.Е. Кутафин вообще не раскрывают сущности метода конституционно-правового регулирования [2, 5], а А.Е. Козлов, указывая на разнообразие этих методов и их обусловленность характером содержащегося предписания, вместе с тем выделяет лишь установление прав, возложение обязанностей и ответственности, дозволение и запрет [6, с. 2; 7, с. 4,5].

В отличие от российских коллег украинские специалисты в области конституционного права проблеме метода правового регулирования традиционно уделяют значительно больше внимания [8, с.16-19; 10, с.14-17; 21, с.13-17]. В частности, В.Ф. Мелашенко, давая развернутую характеристику метода конституционного права Украины, указывал семь его отличительных черт:

1) закрепление с помощью конституционно-правового регулирования не всех, а лишь важнейших принципов и положений, определяющих содержание и основные направления развития общества;

2) максимально высокий юридический уровень регулирования — через Основной Закон, — при наличии методов общего регламентирования, учредительных методов, методов деклараций, установления принципов, целей и задач организации и деятельности субъектов конституционного права; использование таких способов правового регулирования, как позитивное обязывание, дозволение, запрет, регламентация структуры и т.д.;

3) преобладание методов императивного, централизованного

регулирования;

4) учредительный характер метода конституционного регулирования;

5) универсальный его характер;

6) сочетание прямого регулирования общественных отношений нормами конституционного права с опосредованным действием всей Конституции;

7) сочетание стабильности и динамизма [8, с.16-19].

Несмотря на предпринимавшиеся попытки научного осмысления специфики метода конституционно-правового регулирования, эта проблема остается одной из наименее изученных в науке конституционного права. В значительной степени это обусловлено скудностью соответствующих фундаментальных разработок в теории государства и права, хотя вопрос о критериях деления права на отрасли и институты постоянно находится в центре внимания ученых-юристов и был предметом обсуждения целого ряда научных дискуссий. В ходе первой из них (1938-1941 гг.) отмечена необходимость выделения объективного критерия деления права на отрасли и институты, которым является предмет правового регулирования, т.е. определенная совокупность однородных общественных отношений. В ходе второй дискуссии (1955-1958 гг.) признано необходимым помимо основного критерия — предмета правового регулирования выделять и дополнительный — метод правового регулирования [11, с.234].

В современной юридической науке общепризнанным является понятие метода правового регулирования как некоей совокупности приемов, способов и средств целенаправленного упорядочения общественных отношений, составляющих предмет определенной отрасли права [1, с.45,370; 13, с.136; 15, с.74; 19, с.354]. Однако вопрос о роли метода правового регулирования в системообразовании права, об основных разновидностях методов и об их элементах до сих пор остается дискуссионным.

Большинство ученых считают, что главным критерием деления правовых норм на группы, отрасли является предмет правового регулирования, а метод выступает лишь в роли вспомогательного критерия разграничения отраслей права (А.И. Денисов, В.К. Мамутов, Н.И. Матузов, В.А. Ржевский, В.А. Тархов, Р.О. Халфина и др.). Некоторые полагают, что предмет правового регулирования сам по себе недостаточен для построения строгой системы отраслей права, что методы выступают во всем своеобразием в системообразовании права лишь в тесном единстве с опосредуемыми ими видами общественных отношений (С.С. Алексеев, С.Н. Братусь, Ю.М. Козлов, В.Н. Кудрявцев, Л.С. Явич и др.).

Понятие «метод правового регулирования» является комплексным, включает ряд юридических явлений и не может быть охарактеризованным как какой-то один способ целенаправленного упорядочения общественных отношений. Правовой метод в целом представляет собой «известный набор юридического инструментария, посредством которого государственная власть оказывает необходимое воздействие на волевые общественные отношения в целях придания им желательного развития» [19, с. 355].

В юридической литературе высказано множество точек зрения по вопросу о структуре методов правового регулирования. Так, по мнению С.С. Алексеева, их многообразие проявляется главным образом в различном юридическом положении субъектов той или иной отрасли права, в характере правовых связей субъектов. Кроме того, этот метод проявляется в специфике оснований возникновения и движения правоотношений, юридических санкций, форм юридической защиты субъективных прав, и частично — в характере предписаний норм права (дозволения, обязывания или запреты) [14, с. 290, 291]. А.С. Пиголкин в качестве элементов метода правового регулирования называет: а) специфический способ взаимосвязи прав и обязанностей между участниками урегулированной отрасли правоотношений; б) совокупность юридических фактов, служащих основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношений; в) способы формирования содержания прав и обязанностей субъектов права; г) санкции и процедуры их применения [12, с.185, 186].

Отсутствует единство подходов и к определению конкретных способов целенаправленного воздействия, составляющих метод правового регулирования. Большинство авторов выделяют два основных метода правового регулирования — метод автономии и авторитарный метод [13, с.136; 14, с. 291; 15, с. 74; 20, с. 296]. В основу такой классификации положено взаимное положение субъектов конкретного правоотношения. Метод автономии заключается в постановке субъектов в юридически равное положение, при котором ни одна из сторон не может повелевать поведением другой. При этом субъекты самостоятельны (автономны) в выборе конкретной модели своего поведения и для целенаправленного взаимодействия вынуждены согласовывать свое поведение. Авторитарный метод, наоборот, заключается в изначально неравном положении субъектов правоотношения, при котором один из них (властвующий) уполномочен повелевать поведением другого (подвластного).

Некоторые правоведы, более последовательно проводя идею о сложной структуре метода правового регулирования, наряду с вы-

шеуказанными методами автономии и авторитаризма выделяют целый ряд иных. В частности, в зависимости от степени категоричности используемых законодателем правовых предписаний выделяются императивный и диспозитивный методы [19, с. 356]. При этом императивный метод заключается в том, что субъекты правоотношения лишаются какой-либо возможности самостоятельного выбора конкретной модели поведения и вынуждены действовать в строгом соответствии с предписанием, содержащимся в диспозиции правовой нормы. Любое отклонение субъекта от заданной модели поведения расценивается как правовой деликт и влечет юридическую ответственность, предусмотренную санкцией данной нормы. Диспозитивный метод, напротив, заключается в предоставлении субъектам правоотношения возможности самостоятельно выбирать конкретную модель поведения в рамках, определенных диспозицией правовой нормы. Естественно, широта возможностей субъектов в этом случае напрямую зависит от заданных юридических рамок.

Из тезиса о том, что отрасли права различаются между собой не только предметом, но и методом правового регулирования, делается вывод, что каждая отрасль права обладает специфическим методом. Так, Д.А. Керимов, формулируя определение отрасли права, исходит из того, что это «объективно сложившаяся внутри единой системы права в виде ее обособленной части группа правовых институтов и норм, регулирующая общественные отношения на основе определенных принципов и специфическим методом, в силу чего приобретающая относительную самостоятельность, устойчивость и автономность функционирования» [4, с. 297]. В.Ф. Яковлев высказывается еще более категорично: «Если исследователь принимает какую-то группу норм за самостоятельную отрасль права, но не может выявить специфику метода их регулирования, то он, скорее всего, видит отрасль там, где ее нет» [23, с. 58].

Вместе с тем до сих пор ни одному из исследователей не удалось достаточно аргументированно обосновать специфику какой-либо отрасли права. Всякий раз, когда авторы отмечают специфику метода определенной отрасли, на поверку она оказывается конкретным набором уже известных способов воздействия на общественные отношения: автономия и подчинение, императивность и диспозитивность, позитивное обяывание, дозволение и запрет. Как справедливо отмечает по этому поводу автор единственной монографии, посвященной проблемам методов правового регулирования, В.Д. Со рокин, «если обособление предмета той или иной отрасли обычно достигается с приемлемой степенью определенности, то, как только дело доходит до метода, ясность, хотя бы в главных и основных чер-

тах, по общему правилу, утрачивается» [17, с. 39]. В итоге подавляющее большинство ученых, описывая специфику метода определенной отрасли права, неизменно оперируют соотношением методов гражданского и административного права [3, с. 5-7; 9, с. 10, 11; 16, с. 109, 110].

В действительности же оказывается, что каждый из названных способов неизменно присутствует в большей или меньшей степени в каждой из отраслей права. При этом даже в административном праве встречаются элементы гражданско-правового метода, а в гражданском — административно-правового. Поэтому вполне обоснованным представляется мнение В.Д. Сорокина о едином (общем для всей системы права) методе правового регулирования, в котором дозволение, предписание и запрет выступают как системные элементы, как слагаемые, естественно взаимодействующие между собой [17, с.114].

Однако позиция В.Д. Сорокина, по нашему мнению, страдает ограниченностью в отношении названных ним системных элементов единого метода правового регулирования, поскольку в качестве критерия выделения таковых он использует лишь содержание диспозиции правовых норм. На самом деле перечень юридических средств, используемых законодателем, значительно шире. Поэтому термин «единый метод правового регулирования» следует рассматривать как общий арсенал юридических способов целенаправленного упорядочения правоотношений, из которого законодатель выбирает конкретный набор средств, наиболее приемлемых для регулирования общественных отношений, составляющих предмет отдельных отраслей права. Исходя из этого, анализ метода какой-либо отрасли права, на наш взгляд, должен представлять собой характеристику особенностей юридического инструментария, используемого законодателем в данной отрасли.

Никоим образом не претендуя на теоретическую всеобъемлемость предлагаемой классификации, считаем возможным предложить следующую систему юридических способов воздействия на общественные отношения, являющихся основными элементами единого метода правового регулирования:

1. В зависимости от степени категоричности правовых предписаний: а) императивный — в диспозиции правовой нормы излагается единственно возможная и допустимая модель поведения субъектов; б) диспозитивный — диспозиция нормы права содержит несколько вариантов поведения субъектов, предоставляя им возможность самостоятельно выбирать конкретную модель поведения, исходя из собственных представлений о наиболее целесообразном в

конкретной ситуации.

2. В зависимости от правового положения субъектов:

а) субординационный — заключается в постановке субъектов в юридически неравное положение: одна сторона в правоотношении наделяется властными полномочиями по отношению к другой; б) координационный — состоит в установлении юридически равного положения субъектов правоотношения, при котором ни одна из сторон не вправе повелевать поведением другой, что обуславливает необходимость решения возникающих вопросов путем консенсуса.

3. В зависимости от содержания диспозиции правовой нормы:

а) обязывание — правило поведения излагается путем обращения к одной из сторон правоотношения с требованием совершить определенное позитивное (общественно полезное) деяние; б) дозволение — правило поведения излагается путем предоставления одной из сторон возможности совершать определенные положительные деяния; в) запрет — правило поведения излагается путем обращения к одной из сторон с требованием воздерживаться от указанных общественно вредных деяний.

4. В зависимости от характера социально-психологического воздействия на субъектов:

а) убеждение — заключается в склонении субъекта к добровольной реализации правовых предписаний; б) принуждение — состоит в реализации правовых предписаний вопреки воле субъекта.

5. В зависимости от характера санкций правовых норм:

а) взыскание — заключается в негативной оценке поведения субъекта и применении к нему мер карательного характера; б) поощрение — состоит в позитивной оценке поведения субъекта и применении к нему мер стимулирующего характера.

6. В зависимости от особенностей нормативной основы данной отрасли:

а) регулятивный — заключается в преобладании регулятивных норм над охранительными и над нетипичными нормативными предписаниями; б) охранительный — состоит в преобладании охранительных норм над регулятивными и над нетипичными нормативными предписаниями; в) декларативный — заключается в преобладании нетипичных нормативных предписаний (норм-целей, норм-принципов, норм-определений) над регулятивными и охранительными нормами.

7. В зависимости от особенностей территории действия используемых правовых актов:

а) способ общегосударственного регулирования — заключается в преобладании общегосударственных нормативных актов, при этом местные и локальные акты играют лишь вспомогательную роль; б) способ местного регулирования —

состоит в преобладании местных нормативных актов в общей массе нормативных актов, регламентирующих данную сферу общественных отношений; в) способ локального регулирования — заключается в том, что общегосударственные нормы определяют лишь наиболее общие принципы правового регулирования данной группы общественных отношений, местные — детализируют их применительно к субъектам на определенной территории, а основная роль в правовом регулировании отводится локальным правовым актам.

8. В зависимости от характера юридических фактов: а) в качестве юридических фактов признаются только деяния (уголовное право, институты ответственности в конституционном и административном праве); б) в качестве юридических фактов выступают как деяния, так и события.

9. В зависимости от особенностей мер юридической ответственности — использования взысканий: а) организационного характера; б) личного характера; в) материального характера.

10. В зависимости от характера используемых правовых источников: а) способ конституционного закрепления; б) способ законодательного регулирования; в) способ подзаконной нормативной регламентации.

11. В зависимости от степени специализации используемых правовых норм: а) способ общего регулирования — заключается в установлении правовых предписаний, распространяемых на всех субъектов одного рода; б) способ специального (казуального) регулирования — состоит в установлении правовых предписаний, делающих исключения из общих правил применительно к отдельным видам субъектов.

Сравнительный анализ методов, используемых различными отраслями права, неопровержимо свидетельствует об их уникальности, проявляющейся в неповторимом сочетании конкретных способов правового регулирования, обусловленном спецификой предмета каждой из отраслей. Так, для конституционного права как ведущей отрасли национальной правовой системы характерен метод, состоящий из следующего комплекса способов правового регулирования:

1) Сочетание императивного и диспозитивного способов при доминировании императивного. Фундаментальность регулируемых общественных отношений и их связь с осуществлением публичной власти обуславливают необходимость наиболее четкой и однозначной их регламентации, исключающей произвол и волюнтаризм органов власти и их должностных лиц.

2) Сочетание субординации и координации. Способ субординации преобладает при регламентации отношений внутри системы

органов публичной власти, между органами и должностными лицами разного уровня, а также в отношениях, связанных с обеспечением конституционной законности, национальной безопасности, обороноспособности страны и общественного порядка.

3) Сочетание обязываний, дозволений и запретов. Любое правоотношение может быть упорядочено любым из названных способов в зависимости от того, к кому из субъектов правоотношения адресуется нормативное предписание. Законодатель выбирает наиболее целесообразный для данного случая способ, формулируя типичные юридические конструкции для однородных правоотношений. Связи внутри системы органов публичной власти закрепляются преимущественно через обязывания, взаимоотношения между личностью и органами власти — через дозволения, адресованные личности, либо обязанности должностных лиц, а запреты характерны для охранительных правоотношений.

4) Превалирование убеждения над принуждением. Конституционное право рассчитано прежде всего на нормальное течение общественных отношений и добровольное надлежащее исполнение субъектами своих обязанностей. Принуждение в конституционном праве — достаточно редкое явление.

5) Минимум собственных санкций, использование охранительных норм иных отраслей права для гарантирования конституционно-правовых.

6) Доминирование регулятивного способа воздействия на общественные отношения, значительный удельный вес декларативного способа. Основополагающая роль конституционного права обуславливает необходимость установить исходную «систему координат» правового регулирования; роль таких координат и играют принципы, определения и иные нетипичные предписания.

7) Преобладание общегосударственного регулирования (за исключением института местного самоуправления, где преобладают способы локального и местного регулирования). Для многих конституционно-правовых институтов характерно использование исключительно общегосударственного способа регулирования (основы конституционного строя, основы обеспечения национальной безопасности и обороны, государственные символы и т.д.). Это обусловлено необходимостью централизованной регламентации важнейших политико-правовых отношений, обеспечивающих целостность государства.

8) В качестве юридических фактов признаются как деяния, так и события (за исключением института конституционно-правовой ответственности, где основанием возникновения соответствующих от-

ношений признаются лишь деяния).

9) Для конституционно-правовой ответственности характерно преобладание взысканий организационного характера (импичмент Президенту Украины, отставка правительства, принудительный отпуск объединения граждан и т.п.).

10) Использование способа конституционного закрепления важнейших конституционно-правовых отношений; подзаконная регламентация постепенно сужается, уступая место законодательному регулированию.

11) Наиболее значимая по сравнению с другими отраслями доля общего регулирования, высокая степень абстрактности конституционно-правовых норм.

Подводя итог проведенного анализа метода конституционного права, отметим, что последний, безусловно, обладает отличительными чертами, обусловленными спецификой предмета данной отрасли и ее местом в национальной правовой системе. Метод конституционного права имеет комплексный характер. Используя из общего метода правового регулирования максимально широкий круг способов целенаправленного воздействия на общественные отношения, законодатель, по сути, методом конституционного права определяет характер правовой регламентации для всех других отраслей права. Вместе с тем проблема метода конституционно-правового регулирования требует дальнейшей разработки на диссертационном или монографическом уровне и должна стать одной из приоритетных для науки конституционного права Украины на ближайшие годы.

Список литературы: 1. Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. - М.: Статут, 1999. 2. Баглай М.В., Габричидзе Б.Н. Конституционное право Российской Федерации: Учебник для вузов. - М.: ИНФРА-М, 1996. 3. Бахрах Д.Н. Административное право: Учебник для вузов. - М.: БЕК, 1996. 4. Керимов Д.А. Философские проблемы права. - М.: Наука, 1972. 5. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: Учебник. - М.: Юристъ, 1996. 6. Козлов А.Е. Глава I. Конституционное право как отрасль национального права // Конституционное право: Учебник / Отв. ред. А.Е. Козлов. - М.: БЕК, 1996. 7. Козлов А.Е. Конституционное право как отрасль национального права // Конституционное право: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. - М.: Новый юрист, 1998. 8. Конституційне право України: Підручник / За ред. В.Ф. Погорілка. - К.: Наук. думка, 1999. 9. Мартемьянов В.С. Хозяйственное право. - Т. I: Общ. положения: Курс лекций. - М.: БЕК, 1994. 10. Мелашенко В.Ф. Основы конституційного права України: Курс лекцій. - К.: Вентурі, 1995. 11. Общая теория государства и права: Акад. курс в 2-х т. / Под ред. М.Н. Марченко. - Т. 2: Теория права. - М.: Зерцало, 1998. 12. Общая теория права / Под общ. ред. А.С. Пиголкина. - М.: Юристъ, 1996. 13. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. - М.: Юрист, 1994. 14. Основы теории государства и права / Отв. ред. С.С. Алексеев. - М.: Юрид. лит., 1971. 15. Погребной И.М., Шульга А.М. Теория права: Учеб. пособие. - Харьков: Ун-т внутр. дел, 1998. 16. Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений. -

М.: Юрид. лит., 1972. 17. Сорокин В.Д. Метод правового регулювання: Теоретичні проблеми. - М.: Юрид. лит., 1976. 18. Степанюк О. Норми конституційного права України: проблеми теорії: Автореф. дис... канд. юрид. наук. - Львів, 1993. 19. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малькс. - М.: Юрист, 1997. 20. Теория государства и права / Под ред. А.И. Денисова. - М.: Юрид. лит., 1980. 21. Тодыка Ю.Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина: Учеб. пособие. - Харьков: Фолио-Райдер, 1998. 22. Уманский Я.Н. Советское государственное право. - М.: Высш. шк., 1970. 23. Яковлев В.Ф. Объективное и субъективное в методе правового регулирования // Правоведение. - 1970. - №6.

В.П. Колісник, канд. юрид. наук

ДО ПИТАННЯ ПРО НЕОБХІДНІСТЬ УРАХУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНО-ЕТНІЧНОГО ЧИННИКА В КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Національно-етнічний чинник досить суттєво впливає на перебіг соціальних процесів у сучасному світі. Саме тому ним не можна нехтувати, від нього не можна відгородитися. Різноманітні асиміляційні теорії типу «теорії плавильного казана», «теорії злиття націй» не знайшли свого підтвердження на практиці й зазнали цілковитого краху, хоча й завдали значної шкоди розвитку багатьох національно-етнічних спільнот і міжнаціональним відносинам у цілому. Не вдалося також ні відмовитися від національності, ні «відмінити» національність і національне як феномен. І навіть сьогодні, на порозі ХХІ ст., проблеми міжнаціональних відносин і національно-етнічного розвитку не лише залишаються досить гострими в країнах, що розвиваються, та в нових країнах, що виникли на постсоціалістичному просторі, але й створюють низку проблем і завдають значного клопоту навіть так званим розвинутим країнам. Відомий прибічник європейської інтеграції Джон Мейджор змушений був визнати, що відчуття національної ідентичності виявилось набагато сильнішим, аніж здавалося спочатку, і тому, незважаючи на інтеграційні процеси, німці завжди будуть залишатися німцями, а англійці - англійцями.

Необхідність урахування національно-етнічного чинника в правовому регулюванні обумовлено перш за все різноманітними проявами національного буття в суспільних відносинах та тим значним багатогранним, багатоаспектним впливом, якого він набув протягом останніх десятиліть. Разом з тим приклади його використання ми знаходимо й на попередніх етапах історії людства. Він завжди накладав певний відбиток на суспільні відносини.

Поряд з правами людини як окремої особи існують також

права соціальних спільнот (їх ще називають солідаристські, або колективні права). Саме необхідність захисту прав національних меншин стала однією з головних причин виникнення перших міжнародно-правових норм, пов'язаних із правами й свободами людини. Але до визнання самого факту існування окремих, особливих прав національно-етнічних меншин, а також прав людини, пов'язаних із її національно-етнічним розвитком, людство йшло надто довго. Головна причина цього полягає в існуючих концептуальних підходах та критеріях прогресивного розвитку.

Домінуючою в теорії історично-правової думки була й залишається всесвітньо-історична концепція на протигагу культурно-історичній. Уперше вона знайшла втілення в теорії «чотирьох імперій» - асирійської, перської, македонської та римської. Сформульована вона була ще в середні віки. Згідно з нею «прогресом» вважалось розширення території, яка підпорядковується імперській владі. У XIV-XVI століттях відбувається трансформація цієї теорії. Прогресивною тепер починає визнаватися вже так звана «цивілізація», тобто культура романо-німецької Європи. А всі інші народи оголошувалися «відсталими», «дикими».

Цей постулат виправдовував використання будь-яких засобів на шляху до залучення останніх до так званої «істинної» культури. Це теорія євроцентризму, яка створила теоретичне й ідеологічне підґрунтя для колоніальних загарбань, работоргівлі, масового знищення цілих етнічних спільнот та інших огидних наслідків поширення цивілізації. Навіть одна з найдемократичніших держав світу - США створена на крові та кістках багатьох етносів, природний розвиток яких було перервано і головна вина яких полягала лише в тому, що вони "не вписувалися" до дуже зручних і звичних європейських критеріїв прогресу та цивілізованості. На момент появи європейців на території сучасних Сполучених Штатів мешкало майже 2 млн. корінних мешканців, а на початок XX ст. їх нараховувалося лише близько 200 тис. І ще довгий час після прийняття першої в світі Конституції США (1787 р.) корінні мешканці не визнавалися рівноправними громадянами США. Майже через 100 років конгрес США спеціальним актом надав індіанцям статусу внутрішніх, залежних, підопічних урядові націй та племен. І лише з 1924 р. їх починають вважати повноправними американськими громадянами, які могли реалізувати свої права через індіанську громаду, що згідно з законом Уілера-Ховарда 1934 р. визнавалося особливою формою місцевого самоврядування корінного населення [2, с. 174-177, 358-359].

З XVI ст. і до початку XX ст. європейські народи зробили

своїми колоніями півсвіту, а іншу половину підкорили собі шляхом ввезення товарів, вивезення сировини тощо. У ХІХ ст. була розроблена філософія історії, що базувалася на принципі світового прогресу, який начебто повинен здійснюватися німцями та англосаксами. Але історія спростувала цю тезу.

Значною мірою на спотворення об'єктивного й неупередженого уявлення про історію та роль різних національно-етнічних спільнот вплинула теорія поділу народів на «історичні» та «неісторичні», яка тісно пов'язана з євроцентризмом. З урахуванням певної умовності такої класифікації з нею можна погодитися, маючи на увазі при цьому, що на різних етапах історії та в різні періоди етногенезу окремі національно-етнічні спільноти можуть мінятися місцями. Та коли цю теорію кладуть в основу політики, це призводить до виправдання дискримінації, експансії, політичного тиску. Такі підходи обумовили зверхнє ставлення до культурних надбань інших народів. З точки зору європейців, спосіб життя, звичаї, досягнення культур народів Азії, Африки, Америки та Австралії не були вартими ні уваги, ні поваги, ні тим більше наслідування. Постійні спроби нав'язати саме свої, європейські стандарти (і передусім релігію) всім іншим народам завдали істотної шкоди людству в цілому, призвели до значних втрат, поновити які вже неможливо. Цьому суттєво сприяло й уявлення про цивілізацію як критерій прогресивного розвитку. Підвищення рівня та якості життя окремих народів обернулося насправді хижацьким нищенням довкілля, а концепція підкорення природи — екологічною катастрофою планетарного масштабу, спрощенням біоценозу, яке, в свою чергу, спричинило деформацію сфери проживання й призвело до зникнення багатьох етнічних спільнот. Таким чином, і прямо, й опосередковано так звані історичні народи не лише несли прогрес, але й обмежували можливості розвитку інших народів. Нав'язування свого способу життя і способу виробництва «передовими» націями спричинило руйнацію екологічних та етнічних систем, відривало численні етноси від традиційного життєвого укладу й приречло їх до напівголодного існування. Зараз у різних регіонах світу голодують понад 120 млн. чол., а до 2005 р. їх чисельність сягне 300 млн. чол.

«Людство у своїй істоті - це безнастанно творча сума живих народів. Націями воно цвіте», - писав І.Бочковський [Цит. 5, с. 150]. Отже, як і в будь-якій сфері етносоціальні процеси вимагають різноманітності. Так само, як створення демократичної правової держави й становлення громадянського суспільства неможливі без політичного, економічного й ідеологічного плюралізму, неможливий розвиток людства без національно-етнічної багатоманітності. І так

само, як для демократичного політичного режиму важливо створити правові механізми врахування точки зору опозиції, врахування інтересів меншості, для людства в цілому є не менш важливим налагодження діалогу між «історичними» й «неісторичними» народами, вміння почути й зрозуміти будь-які, навіть найменші етноси. Так, «дикі» індіанці сіу прийшли до розуміння необхідності обережного втручання в навколишнє природне середовище і керувалися ним у житті на 300 років раніше «цивілізованих» учених. Напевно, багатьох негативних наслідків можна було б уникнути, якби міжетнічне спілкування набуло рівноправного й толерантного характеру.

Кожна національно-етнічна спільнота є унікальною й неповторною. Тому за нею слід не лише визнати право на існування, вільний розвиток, але й створити відповідні правові механізми реалізації та поновлення цих прав.

За даними ЮНЕСКО зараз у світі налічується близько 4 тис. етносів, із яких лише 800 віднесено до категорії "нація". Історично сталося, що не всі з них мають свої держави чи державні утворення, а тому більшість із них фактично становлять меншу частину населення відповідних держав і юридично визнаються національними меншинами. Для вирішення проблем, пов'язаних з особливостями співіснування корінних (або титульних) націй та національних меншин, виявилось недостатнім простого декларування в конституціях і в поточному законодавстві рівноправності громадян між собою та рівності перед законом.

На жаль, історія свідчить про постійні намагання обмежити розвиток національних меншин, спроби, а інколи навіть державну політику насильницької асиміляції. Причому навіть ті народи, які самі зазнавали обмежень та дискримінації, невдовзі після створення власної держави самі ставали на шлях проведення такої політики. Так, за часів Австро-Угорської імперії чехи й словаки разом боролися проти утисків, обмежень і дискримінації з боку панівної нації, але згодом, після створення у 1918 р. незалежної Чехословаччини політику певних обмежень та утисків почали проводити чехи вже стосовно словаків, користуючись чисельною перевагою і намагаючись асимілювати останніх. Була навіть розроблена теорія єдиної чехословацької нації.

Аналізуючи історичний досвід, М. Драгоманов зробив висновок, що система примусової національності є таким же всесвітнім проявом у громадському житті, як і система примусової релігії. Першою підставою обох систем служить дикий суб'єктивізм, який штовхає людей дивуватися тому, що їм не подобно, сміятися з нього,

ворогувати, нищити [3, с. 505]. Сумний досвід багатьох країн світу підтвердив ці міркування.

Одним з головних чинників, які обумовлюють протікання етносоціальних процесів у сучасному світі, є взаємодія двох протилежних тенденцій: з одного боку - до інтеграції, а з другого - до збереження національно-етнічної своєрідності, самобутності й неповторності. Довгий час панувала точка зору про домінування лише асиміляційної тенденції. Так, у США набула поширення теорія «плавильного казана», згідно з якою всі новоприбулі оцінювалися з погляду відповідності спочатку англійським, а потім власне американським стандартам і тому змушені були пристосовуватися до нових умов. Але повного «переплавлення» в єдину американську націю не відбулося і ця теорія зазнала краху. Етнічні громади прагнули зберегти якомога більше власних традицій разом з адаптацією до американського способу життя, відкривали власні церкви, освітні та культурні організації. Таким чином, на зміну теорії «плавильного казана» й відповідній політиці держави поступово прийшло розуміння необхідності толерантного ставлення до національно-етнічної самобутності. На практиці це привело до політики етнічної багатоманітності.

У колишньому СРСР під впливом американської теорії «плавильного казана» була започаткована теорія «злиття націй», яка була зведена до рівня незаперечної істини, і саме з огляду на це будувалася вся національна політика. Ось як оцінює результати політики СРСР щодо малих етносів Т.Очирова: «За переписом 1926 р. у нас нараховувалося 194 народностей. А далі вони зникали зі швидкістю катастрофічною: 1939 р. - 99, 1959 р. - 109, 1970 р. - 106, 1979 р. - 101. У 80-х роках викладання ведеться лише 39 мовами. За п'ятдесят три роки «небаченого розквіту націй і народностей» зникла добра половина цих народностей! Ось вам небачені в історії світової цивілізації масштаби національної ерозії!» [4, с. 165].

Таким чином, за всіма національними меншинами, які потерпали в минулому й потерпають ще й сьогодні від утисків та дискримінації, необхідно визнати особливий або спеціальний правовий статус, який зможе забезпечити їх існування та всебічний розвиток. Будь-яка спроба вирішити проблему національних меншин лише шляхом простого декларування рівноправності національних меншин із домінуючими націями, буде означати лише юридичне оформлення нерівності, яка була штучно створена протягом попередніх десятиліть і навіть століть.

Разом з тим бувають випадки, коли в окремих регіонах держави представники більшості (тобто титульної нації, яка дала назву

державі) опиняються в становищі незахищеної національної меншини і навіть зазнають дискримінації за національною ознакою. Вони змушені, наприклад, вислуховувати принизливі висловлювання на свою адресу лише у зв'язку з тим, що спілкуються між собою чи звертаються до інших рідною мовою! Тому виникає необхідність у вирішенні особливих прав не лише представників національно-етнічних меншин, а й прав будь-якої людини, пов'язаних з її національною належністю та національно-культурним розвитком.

Наочним прикладом і переконливим доказом цієї тези стали останні події в Косово, а також загострення конфліктів в Нагорному Карабасі, Абхазії, Придністров'ї та на території колишньої СФРЮ. Взагалі вже прийшов час переглянути традиційну класифікацію основних прав і свобод людини й громадянина і доповнити її окремим видом національно-етнічних прав, серед яких визначальними є право на збереження національної належності (або національної ідентичності) та право на вільний національний розвиток.

У необхідності використання національно-етнічного чинника в правовому регулюванні переконує й досвід правового регулювання інших країн та наша власна історія. Практично в усіх основних правових системах сучасності в процесі правового регулювання враховується національний аспект, прояви якого найрізноманітніші. Це стосується і захисту прав національних меншин, і національно-етнічної самоідентифікації, і використання мов у поліетнічному середовищі, і багато інших питань. Однак проблема меж і доцільності врахування національно-етнічного чинника в процесі правового регулювання до цього часу залишається дискусійною і потребує окремого дослідження.

Національно-етнічний чинник досить широко використовується в конституційному регулюванні багатьох країн, перш за все таких, як Росія, Канада, Фінляндія, Угорщина, Словаччина, Молдова, Болгарія, Азербайджан, Естонія та деяких інших. Ще в Конституції Німецької імперії (Веймарська конституція) 1919 р. містилося спеціальне положення, яке було покликане забезпечити права іншомовних осіб на вільний національний розвиток: «Іншомовні частини населення імперії не повинні бути обмеженими законодавчими та адміністративними заходами в їх вільному національному розвитку, особливо у використанні їх рідної мови, у викладанні, внутрішньому управлінні та суді»[1, с. 244-252]. Звертає на себе увагу застосування при цьому негативного способу закріплення вказаного права, що свідчить про те, що при конструюванні цієї норми законодавець виходив із природного права представників національних меншин на вільний національний розвиток у вказаних сферах.

Питання забезпечення прав національних меншин та їх національно-етнічного розвитку знайшли відбиття й у багатьох міжнародно-правових актах. Але, на жаль, міжнародно-правові заходи подолання конфліктів, що виникають на національно-етнічному ґрунті, залишаються вкрай неефективними, про що свідчить так звана миротворча операція в Косово. Усупереч Статуту ООН війська НАТО вдалися до збройного втручання, що спричинило зворотний ефект у вигляді ескалації конфлікту та розширення насилля. Тому й міжнародно-правові норми потребують переосмислення, уточнення, корегування.

Особливого значення набуває національно-етнічний чинник в Україні, адже в результаті чисельних експериментів та деформацій у галузі міжнаціональних відносин масового характеру набули такі явища, як ксенофобія, національний конформізм, національний нігілізм, підозріле й іноді вороже ставлення до всього національного, а також відчуття національної неповноцінності, другорядності, сором'язливості, самоїдства, а інколи навіть самозневаги й самоненависті. Особливості сучасного стану міжнаціональних відносин в Україні полягають в тому, що на значній її території потребують захисту не лише національні меншини, але й представники корінних народів - українці та кримські татари. До останнього часу в повсякденному житті й у засобах масової інформації знаходимо як численні прояви ксенофобії щодо національних меншин, так і приклади нешанобливого, зневажливого, зверхнього і навіть презирливого ставлення до історії, мови, культури, релігії кримських татар, а також подекуди й до української історії, української мови, української літератури, українських державних символів тощо.

Саме тому постала необхідність виокремити в тексті Конституції України питання виховання історичної свідомості, традицій і культури українського етносу, що є, безперечно, виправданим з огляду на складну й трагічну історію українського народу, який виборює своє право на національне відродження. З іншого боку, українська держава виходить з демократичної концепції національно-етнічної багатоманітності і тому не лише визнає за всіма корінними народами й національними меншинами право на розвиток етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності, але й зобов'язується сприяти такому розвитку.

Як це не парадоксально, але духовна порожнеча, що утворилася після відмови від численних ідеологічних догм та стереотипів попереднього етапу нашої історії, спричинила поглиблення загальної духовної кризи, яка знаходить свій прояв як на індивідуальному рівні, так і на рівні соціальних спільнот. Тому національне відрод-

ження, плекання національної культури, історії, мови, традицій, звичаїв має повернути суспільству духовність, людяність, ширість, доброту й вивести його на новий цивілізований рівень міжособистих та міжнаціональних, міжетнічних стосунків. Дуже важливо, щоб цей процес не призводив до національної самоізоляції, самообмеження, самовихваляння, не супроводжувався приниженням національних почуттів та дискримінацією інших етнічних спільнот і відбувався виключно в межах правового поля.

Фундаментальні засади регулювання міжнаціональних відносин закладено в Конституції України. У поточному законодавстві слід максимально зважено і юридично точно закріпити права окремих осіб та соціальних спільнот (корінних народів, національних меншин), пов'язані з їх національною належністю, вільним національним розвитком, національно-етнічною та мовною самобутністю. Необхідно встановити правовий механізм реалізації вказаних прав з урахуванням досвіду конституційно-правового регулювання інших держав та особливостей сучасного стану міжнаціональних відносин в Україні. Чинний Закон «Про національні меншини в Україні» ще не повною мірою відповідає реаліям сьогодення. Його положення потребують суттєвих змін, уточнень та доповнень, подальшого розвитку й удосконалення. Це стосується передусім ст. 6 цього Закону, в якій закріплюється право національних меншин на національно-культурну автономію. Разом з тим є потреба в розробці та прийнятті окремого Закону України «Про національно-культурну автономію». Потребують узгодження з Конституцією та між собою положення, які містяться в Декларації прав національностей України від 1 листопада 1991 р., в Законі «Про національні меншини в Україні» від 25 червня 1992 р., в Законі УРСР «Про мови в УРСР» від 28 жовтня 1989 р. Необхідність подальшого вдосконалення українського законодавства обумовлена також ратифікацією Верховною Радою України 9 грудня 1997 р. Рамкової конвенції Ради Європи про захист національних меншин.

Список літератури: 1. Антология мировой политической мысли / Нац. обществ. фонд Акад. полит. наук. Руковод. проекта Г. Ю. Семигин и др. - В 5-ти т. - Т. V: Полит. документы. - М.: Мысль, 1997. - 765 с. 2. Геноцид и массовые репрессии: Истребление по национальным и религиозным мотивам / Под ред. Т.И. Ревяко, Н.В.Трус. - Минск: Литература, 1996. - 576 с. 3. Драгоманов М.П. Выбране. - К.: Либідь, 1991. - 685 с. 4. Очирова Т. Асиміляція або відродження // Прапор. - 1990. - № 7. - С. 165-174. 5. Шаповал Ю. Людство цвіте націями // Дзвін. - 1994. - № 10. - С. 150-154.

КОМІТЕТИ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ І ПРОБЛЕМИ ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ЇХ ДІЯЛЬНОСТІ

Прийняття 28 червня 1996 р. нової Конституції України значно активізувало державно-правові процеси. Сьогодні, як ніколи раніше, важливим є пошук шляхів підвищення ефективної діяльності державного механізму, органів місцевого самоврядування, що сприяє розширенню діапазону законотворчої діяльності комітетів Верховної Ради України. Уже зараз розроблена й розпочинає реалізовуватися концепція реформи державної системи, яка включає в себе реформування законодавчої, виконавчої та судової гілок влади. Разом з тим (і це треба підкреслити) конституційний процес в Україні проходить дуже складно. Пояснюється це великою кількістю надзвичайно складних політичних і соціально-економічних проблем, відсутністю чіткої стратегії правової реформи, іншими чинниками об'єктивного й суб'єктивного характеру.

За цих непростих умов дуже важлива відповідальність покладається на всі гілки державної влади, в першу чергу на представницьку її гілку — Верховну Раду як орган, завданням якого є законодавче забезпечення реформ у державній та суспільній сферах життя, що провадяться в Україні. На сьогодні немає більш важливого завдання для Верховної Ради, як підвищення ефективності своєї діяльності, що багато в чому залежить від якісної роботи головної структурної ланки парламенту — її комітетів.

Згідно зі ст. 82 чинної Конституції держави Верховна Рада України працює сесійно [1]. Сесія складається із пленарних засідань Верховної Ради, а також засідань її комітетів і комісій, які проводяться між пленарними засіданнями.

Засідання комітетів є однією з найважливіших форм роботи парламенту. У цьому немає і не може бути ніякого перебільшення, адже сама логіка життя підказує, що питання, які включаються до порядку денного пленарних засідань, повинні бути детально підготовленими. Від цього залежить ефективність діяльності і самої Верховної Ради, її здатності приймати необхідні, а найголовніше - дієві рішення, бо їх дієвість — це основний результат, якого очікують виборці, все суспільство від вищого органу законодавчої влади.

На жаль, сьогодні в Україні спостерігається досить тривожна тенденція, пов'язана з послабленням тієї ролі й авторитету, які

мають бути притаманними парламентам у демократичних державах. Не порушуючи питання про протизагу між виконавчою й законодавчою гілками влади, яка вже тривалий час має місце і яку не зміг усунути ні Конституційний Договір, укладений між Президентом України та Верховною Радою 8 червня 1995 р. (на який поклалися дуже великі надії в структурах виконавчої влади та в деяких політичних колах), ні нова Конституція 1996 р., слід вказати на інші, як вбачається, дуже важливі причини падіння в суспільстві авторитету парламенту України.

На наш погляд, цими причинами є :

1. **Кількісний склад парламенту.** Треба визнати, що 450 народних депутатів – все-таки немалий склад для такої досить невеликої за чисельністю населення держави, як Україна (приблизно 50 млн. чол.). Наприклад, у Китайській Народній Республіці з населенням понад 1 млрд. 200 млн. число народних представників складає не більше 3000 чол. З огляду на те, що Конституція України прийнята зовсім недавно, вносити в неї зміни в цій частині абсолютно нереально, але все ж таки ця обставина має своє негативне значення.

2. **Якісний склад депутатського корпусу.** У пресі вже неодноразово висловлювалися серйозні претензії до народних обранців, щодо їх амбітності, некомпетентності, брехливих обіцянок (та й хуліганські випадки вчинків і навіть здійснення злочинів мали місце). Вважаємо, що ці нарікання деякі депутати заслуговують (як і представники виконавчої влади). А в чому вже дійсно слід докоряти народних обранців, так це в недостатньо високому рівні політичній, а особливо правовій та загальній культурі. Не аналізуючи приклади цього (а їх не бракує), вважаємо за доцільне законодавчо закріпити положення про те, що кандидати в народні депутати України зобов'язані в окружні виборчі комісії подавати документи про відсутність (або наявність) судимості (причому, судимість за кримінальні злочини має виключати реєстрацію такого кандидата); довідки про те, що такий кандидат не перебував на примусовому лікуванні від алкоголізму, не знаходиться на обліку в психдиспансері. Важливе значення повинна мати й характеристика такого кандидата як у минулому, так і в теперішній час. Поряд з іншими чинниками, одним з яких є наявність вищої освіти, ці заходи в значній мірі зможуть поліпшити якісний склад Верховної Ради.

3. **Взаємовідносини гілок влади.** Представникам законодавчої та виконавчої гілок влади належить пам'ятати, що критика їх діяльності немає нічого спільного зі спробами дискредитувати їх в очах один одного чи громадськості. Ні до чого позитивного не при-

зведуть взаємні звинувачення, бажання будь за що протидіяти прийняттю законопроекту, внесеного, приміром, виконавчою владою, а також бажання іншої сторони не допустити набрання сили прийнятого Закону. Таке розкачування державного "корабля" нікому не принесе нічого слушного. Та й виконавча влада повинна не забувати, що і її авторитет у суспільстві не дуже високий. А це вже підриває самі підвалини державної влади, що не може не викликати занепокоєння.

Указані вище тільки головні, на нашу думку, проблеми, безперечно, впливають на ефективність функціонування всієї Верховної Ради. Але ж вони є характерними і для самих комітетів, у яких в обов'язковому порядку працюють народні депутати України.

Статус комітетів парламенту закріплено в ст. 89 Конституції нашої держави, ретельне ознайомлення з якою викликає, щонайменше, почуття здивування. Це пояснюється тим, що норми цієї статті сформульовано дуже нечітко, розмито. Так, не вказано, яким конкретно чином формуються ці комітети і за якими принципами, чи можуть Голова Верховної Ради України та його заступники входити до їх складу, які функції покладено на комітети.

Виникають і інші запитання. Стаття 89 Конституції України закріплює не тільки можливість створення комітетів, але й комісій парламенту. Це можуть бути тимчасові комісії (слідчі і спеціальні) для підготовки й попереднього розгляду питань, внесених до порядку денного засідань Верховної Ради. Закріплення в одній статті Конституції статусу комітетів і тимчасових комісій парламенту, на нашу думку, не є вдалим; воно принижує статус і роль комітетів як найважливіших структурних його органів. До того ж і статус комітетів визначено нечітко. По суті, в Конституції йдеться про те, що Верховна Рада України загалом тільки затверджує їх перелік, обирає їх голів, а вже конкретні комітети здійснюють законопроектну роботу, готують і попередньо розглядають питання, віднесені до компетенції парламенту України.

Звертає на себе увагу і формулювання ч.6 ст.89 Конституції України: "Організація і порядок діяльності комітетів Верховної Ради України, їх тимчасових спеціальних і тимчасових слідчих комісій встановлюються законом". Із змісту цієї норми можливо зробити висновок, що процедурні питання діяльності комітетів мають бути врегульовані в законах України про Регламент Верховної Ради, а також про комітети Верховної Ради України. На наш же погляд, організація й порядок діяльності тимчасових спеціальних і тимчасових слідчих комісій повинні регулюватися спеціальним законом про такі комісії, а не законом про комітети Верховної Ради.

Наведене вище формулювання ч.6 ст.89 Конституції також, вважаємо, є не зовсім вдалим.

У цій статті не говориться також про те, що такий закон повинен бути прийнятий не менш ніж двома третинами від конституційного складу парламенту. А це значить, що і Регламент, і Закон про комітети Верховної Ради України мають прийматися в звичайному порядку, відносною, а не кваліфікованою більшістю голосів депутатів. Із цим ніяк погодитися не можна, тому що подібного роду Закони в силу важливості об'єкта правового регулювання повинні бути тільки конституційними. Ми впевнені, що вони й будуть прийматися кваліфікованою більшістю, не менше ніж двома третинами від конституційного складу парламенту, але відсутність відповідної норми в Конституції, ще раз свідчить про недоліки, які мають місце в Основному Законі нашої держави.

Назвемо ще й таку обставину. На першій сесії Верховної Ради України нового скликання було створено 22 комітети, 6 із яких очолили представники Комуністичної партії України, 5 — Народно-Демократичної партії, 4 — Всеукраїнського об'єднання "Громада", 3 — Народного Руху України, 2 — Соціалістичної і Селянської партії України, 11 — Партії Зелених України, 2 — СПУ.

Без керівних "постів" залишилися прогресивні соціалісти, незалежні й позафракційні депутати. Про ефективність роботи створених комітетів, мабуть, не слід згадувати — надто мало часу минуло від дня їх створення. Але заслуговує на увагу процедура формування цих комітетів. Згідно з чинним законодавством кількість отриманих фракцією "портфелів" визначається її чисельністю ("квотою"). Звідси витікає, що таким же чином повинен формуватися і склад комітетів, але в дійсності це зовсім не так. Серед комітетів Верховної Ради України є "престижні" (наприклад, з паливно-енергетичного комплексу, ядерної політики і ядерної безпеки і "непрестижні" (наприклад, із соціальної політики й праці).

Відмінність одних комітетів від інших відразу ж кидається в очі: "престижні" в півтора рази більші, а "непрестижні" в два рази менші середньої по чисельності (20 чол.) величини комітету. Ця цифра логічно впливає із загального числа обраних народних депутатів (441) і кількості комітетів (22). У зв'язку з цим досить природно виникає запитання: якщо всі державні проблеми важливі рівною мірою, то чому, наприклад, у вже згаданому комітеті з паливно-енергетичного комплексу, ядерної політики і ядерної безпеки працюють 30, а в комітеті у справах пенсіонерів, ветеранів та інвалідів — тільки 10 депутатів? На наш погляд, диспропорції в законодавчій діяльності парламенту закладено вже на стадії формування комітетів (2).

З урахуванням цих думок вважаємо за необхідне для ефективного функціонування парламенту України та його комітетів у законодавчому порядку більш чітко визначити статус останніх, закріпити в конституційному Законі про комітети Верховної Ради України питання щодо порядку їх формування, форм роботи, їх функцій, компетенцію тощо (3). Особливо слід наголосити на тому, що комітети повинні мати контрольні повноваження, тому слід визначити форми їх взаємовідносин із державними та громадськими органами.

При формуванні комітетів належить керуватися тим, що народні депутати України мають входити до них не тому, що робота в якомусь із них є, приміром, більш престижною, а тому, що певний депутат має відповідну освіту, слід також враховувати і його колишнє місце роботи. Повинна бути передбачена і відповідальність депутатів за ігнорування участі в діяльності комітетів. Ми приєднуємося до твердження Ю.М. Тодики, який виступає за професійний парламент, а отже, за неможливість народному депутатові працювати в інших структурах державних чи громадських органів (окрім Верховної Ради) (4). На практиці це призведе до того, що депутату вже не буде байдуже, до якого з комітетів він буде входити.

Вважаємо, що в практику діяльності комітетів слід ввести таку форму їх роботи, як виїзні засідання, що дозволить парламентаріям визначати стан справ з обговорюваних проблем, глибше розібратися в них, розробити відповідні рекомендації. Безперечним супроводжуючим чинником прояву особистого аспекту в парламентській законотворчості в умовах забезпечення професіоналізму в законотворчій роботі та зменшення невідповідності законів науці є тісна й постійна взаємодія законодавців із представниками науки, провідними юридичними науковими установами — Національною академією наук України, Інститутом держави і права імені В.М. Корецького, Академією правових наук України, Національною юридичною академією України імені Ярослава Мудрого та ін. Є всі підстави вважати, що науковий потенціал цих установ використовується далеко не повністю.

Наведені пропозиції можуть лише в деякій мірі поліпшити ефективність роботи комітетів Верховної Ради України. Корінний же перелом може настати тільки тоді, коли різні гілки єдиної державної влади досягнуть злагоди, — розуміння того, що всі вони є лише слугами народу. Згідно зі ст.5 Конституції України народ є суверен і саме йому належить уся повнота влади в державі. І коли все це не на словах, а в практичних діях посадовців, народних обранців та державних органів буде втілено в життя, тільки за цих умов Україна

перетвориться дійсно на правову, демократичну, соціальну державу, як це й передбачено ст. 1 Основного Закону держави.

Список літератури: 1. Конституція України. - К.: Юрінком, 1996. - 56 с. 2. Регламент Верховної Ради України. Відом. Верхов. Ради України - 1994. - № 35. - ст. 338 (із змінами від 2.07.1997р.) Постанова ВР № 410 (97-ВР). 3. Закон України Про постійні комісії Верховної Ради України : Держава і право. - 1995 р. - № 104. - 8 черв. 4. Тодика Ю.Н. Основы конституционного строя Украины - Харьков: Факт, - 1997. - 183 с.

О.В.Марцеляк, канд.юрид.наук

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ УПОВНОВАЖЕНОГО З ПРАВ ЛЮДИНИ В РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ

Ідея введення в Російській Федерації інституту Уповноваженого з прав людини вперше отримала правову основу в ст. 40 Декларації прав і свобод людини і громадянина в Російській Федерації, прийнятій Верховною Радою РРФСР 22 листопада 1991 р. Цей документ не тільки закріпив новий для російської правової системи орган, але й закріпив основні принципи його формування, функції і порядок їх здійснення: "Парламентський уповноважений з прав людини призначається Верховною Радою строком на 5 років, їй підзвітний і наділений тією ж недоторканістю, що й народний депутат РРФСР. Метою діяльності Парламентського уповноваженого є здійснення парламентського контролю за дотриманням прав і свобод людини і громадянина Російської Федерації, а порядок здійснення функцій встановлюється спеціальним законом". Постанова про введення Декларації в дію покладала на відповідні комітети Верховної Ради РРФСР підготовку проекту закону про Парламентського уповноваженого.

І хоча в той час закон не був прийнятий, це дало імпульс для модернізації існуючої системи органів влади в аспекті захисту прав людини, вивчення світового досвіду в цьому плані. У суспільній свідомості все більше закріплювалася думка, що цей інститут необхідний, що він зможе ефективно забезпечувати права й свободи людини, надійно їх охороняти й захищати. Ідея його введення знаходила свій прояв при підготовці проекту нової Конституції Російської Федерації. Правда, в перших варіантах проектів він називався Державним комісаром Верховної Ради Російської Федерації з прав людини, а в наступних - Парламентським уповноваженим з прав лю-

дини, Уповноваженим Верховної Ради РРФСР з прав людини [2, с. 21].

Прийняття Конституції Росії в 1993 р. опосередковано визначило й статус Уповноваженого з прав людини. У ст. 103 Конституції передбачено, що в компетенцію Державної Думи входить призначення на посаду й звільнення з посади Уповноваженого з прав людини. Водночас втілення конституційної ідеї вимагало подальшого законодавчого врегулювання російського варіанту моделі омбудсмена. За період з 1993 по 1996 рр. було запропоновано декілька варіантів майбутнього закону, однак самого закону так і не було прийнято. Тому у зв'язку з необхідністю узгоджуваного функціонування системи конституційних гарантій прав людини, включаючи й інститут Уповноваженого, Державна Дума до прийняття закону 17 січня 1994 р. призначила Уповноваженим із прав людини С. Ковальова. Правовою основою діяльності першого Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації був Указ Президента "Про заходи по забезпеченню функцій Уповноваженого з прав людини" від 4 серпня 1994 р., який встановив, що до прийняття відповідного федерального конституційного закону реалізація конституційних функцій Уповноваженого забезпечується шляхом здійснення ним повноважень, наданих голові Комісії з прав людини при Президенті Російської Федерації. Така Комісія була створена, і С. Ковальов був призначений її головою. Указом також було встановлено, що органи державної влади й органи місцевого самоврядування в Російській Федерації, а також їх посадові особи в двотижневий строк зобов'язані: а) надавати по запиту Уповноваженого всю необхідну йому для здійснення своїх повноважень інформацію; б) давати відповідь на його звернення у зв'язку з порушенням прав конкретних фізичних осіб; в) направляти Уповноваженому всі прийняті акти, які містять норми, що належать до сфери регулювання прав і свобод людини і громадянина. Забезпечення діяльності Уповноваженого з прав людини згідно з цим Указом було покладено на відповідні структурні підрозділи Адміністрації Президента РФ, а на Федеральне агентство урядового зв'язку й інформації покладался обов'язок здійснити організацію розробки та впровадження необхідних інформаційних технологій, які забезпечували б діяльність Уповноваженого.

Необхідно відзначити активну правозахисну діяльність С. Ковальова на цій посаді, який своєю наполегливою працею доводив, що цей інститут дійсно може ефективно захищати права людини, сприяти визнанню людини найвищою соціальною цінністю. Його плідна правозахисна діяльність як Уповноваженого з прав людини особливо була проявлена під час чеченської війни (1994 р.), що, од-

нак, не сподобалося деяким політичним силам, і тому 1 березня 1995 р. С. Ковальова було звільнено з цієї посади.

Після цього активізувалася робота нижньої палати парламенту РФ над проектом федерального Закону "Про Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації". Офіційно було підготовлено два проекти закону — депутатом Державної Думи С.Ковальовим і кафедрою конституційного права Саратовського юридичного інституту за участю майбутнього російського омбудсмена, на той час теж депутата Державної Думи О. Миронова. Однак, щоб не було протистояння 2-х варіантів, автори дійшли згоди підготувати на їх основі спільний законопроект [3, с.11]. 20 березня 1996 р. цей законопроект було прийнято Державною Думою в другому читанні з поправкою, яка передбачала включення кандидатур на посаду Уповноваженого в список для таємного голосування двома третинами голосів від загальної кількості депутатів парламенту. 17 квітня 1996 р. Державна Дума цей закон в цілому прийняла і подала в Раду Федерації, яка, однак, його відхилила. Основна вимога останньої при цьому полягала в тому, щоб право Уповноваженого створювати свої представництва на місцях було замінено на право суб'єктів Російської Федерації самим створювати й призначати місцевого омбудсмена, який би фінансувався за рахунок коштів місцевого бюджету.

Після процедури узгодження 25 грудня 1996 р. Державна Дума приймає Федеральний конституційний закон "Про Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації", який 12 лютого 1997 р. схвалюється Радою Федерації, а 26 лютого 1997 р. підписується Президентом Російської Федерації. 4 березня 1997 р. закон про Уповноваженого офіційно опубліковано і він вступив в силу.

У прикінцевих положеннях Закону закріплено, що Державна Дума повинна призначити першого Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації в строк не пізніше 30 днів з дня набрання законом чинності. Уперше це питання розглядалося 4 квітня 1997 р. Державна Дума провела таємне голосування по кожній із п'яти запропонованих кандидатур. Однак набрати необхідної більшості голосів не вдалося жодному з кандидатів. 17 вересня 1997 р. при повторному розгляді даного питання ситуація повторилася. У травні 1997 р. депутати Державної Думи втретє заслухали представників на цю посаду. Більше двох третин голосів отримав тільки один претендент — депутат Державної Думи О. Миронов, який 22 травня 1998 р. таємним голосуванням (299 депутатів — "за", 29 — "проти", 3 — "утримались") і був призначений на посаду Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації [1].

Слід зазначити, що правовий статус Уповноваженого в Росії

базується на демократичних засадах.

Відповідно до російського закону на посаду омбудсмена призначається особа, яка є громадянином Російської Федерації, не молодше 35 років, має певні знання в галузі прав та свобод людини і громадянина, а також досвід правозахисної діяльності. Пропозиції по кандидатах на цю посаду можуть вносити Президент Російської Федерації, депутати й депутатські об'єднання Державної Думи, Рада Федерації протягом місяця до закінчення строку повноважень попереднього Уповноваженого.

Кандидат на посаду Уповноваженого виступає перед Державною Думою з короткою програмою майбутньої правозахисної діяльності, і депутати можуть задавати йому запитання, висловлювати свої думки щодо запропонованого кандидата. Якщо кандидатура відхилена Державною Думою, фракції та депутатські групи мають право запропонувати для нового розгляду того ж самого чи нового кандидата. Повторний розгляд кандидатури провадиться наступного дня після отримання Думою відповідного подання. Уповноважений призначається і звільняється з посади Державною Думою більшістю голосів від загальної кількості депутатів палати таємним голосуванням. Кожна кандидатура, яка виноситься на таємне голосування, включається в список двома третинами голосів від загальної кількості депутатів.

Уповноважений призначається на посаду терміном на 5 років, який починається з моменту принесення ним присяги і закінчується з моменту присяги новопризначеного Уповноваженого.

Повноваження омбудсмена РФ можуть бути припинені достроково Державною Думою у випадках:

1) порушення ним вимог закону щодо несуміщення його посади з зайняттям іншими видами діяльності: Уповноважений не має права бути депутатом Державної Думи, членом Ради Федерації чи депутатом законодавчого (представницького) органу суб'єкта Російської Федерації, знаходитися на державній службі, виконувати іншу оплачувану чи неоплачувану роботу, за винятком викладацької, наукової чи іншої творчої діяльності, займатися політичною діяльністю, бути членом політичної партії чи будь-якого іншого громадського об'єднання, яке переслідує політичну мету. Законом передбачено, що Уповноважений зобов'язаний припинити діяльність, несумісну з його статусом, не пізніше 14-ти днів з дня вступу на посаду;

2) набрання законом сили рішення суду (обвинувального вироку) щодо Уповноваженого.

3) неспроможності через незадовільний стан здоров'я чи з інших причин протягом тривалого часу (не менше 4-х місяців під-

ряд) виконувати свої обов'язки, а також у випадку відмови від подальшого виконання обов'язків шляхом подання заяви про складення своїх повноважень.

Водночас Закон передбачає, що закінчення строку повноважень Державної Думи, а також її розпуск не тягнуть за собою припинення повноважень російського омбудсмена. Не припиняється і не призупиняється діяльність Уповноваженого, а також не обмежується його компетенція й при введенні в країні надзвичайного чи воєнного стану на всій території Російської Федерації чи в її окремих регіонах.

Важливим елементом статусу російського Уповноваженого є наявність у нього імунітету, тобто закон наділяє його правом недоторканності на весь час його повноважень. Він не може бути без згоди Державної Думи притягнутий до кримінальної чи адміністративної відповідальності, що накладається в судовому порядку, затриманий, заарештований, підданий обшуку (за винятком випадків затримання на місці злочину), а також підданий особистому затриманню (крім випадків, коли це передбачено законом для забезпечення безпеки інших осіб). Недоторканність Уповноваженого поширюється і на його житло й службове приміщення, багаж, особисті та службові транспортні засоби, переписку, засоби зв'язку, а також на належні йому документи.

У випадку затримання Уповноваженого на місці злочину посадова особа, яка провадить затримання, терміново повідомляє про це Державну Думу, яка повинна прийняти рішення про згоду на подальше використання цього процесуального заходу. При неотриманні протягом 24-х годин згоди Думи на затримання Уповноважений повинен бути терміново звільнений з-під варті.

Варто наголосити на тому, що важливою гарантією діяльності російського омбудсмена є закріплення його статусу як незалежного і невідзвітного будь-яким державним органам і посадовим особам інституту. З цією метою закон передбачає, що фінансування діяльності Уповноваженого та його робочого апарату здійснюється з федерального бюджету, в якому на це щорічно окремо передбачаються необхідні ресурси. Омбудсмен самостійно розробляє й виконує кошторис. В межах кошторису він і затверджує структуру робочого апарату.

На сьогодні в структурі апарату російського Уповноваженого функціонує три управління, головне з яких — управління по відновленню прав громадян, яке складається з таких відділів: конституційного й адміністративного права; земельних спорів; кримінального права; кримінально-процесуального права; кримінально-вико-

навчого права, сім'ї, жінок і молоді; з національних питань і релігії; цивільного права, житлового й трудового законодавства; у справах ветеранів; з питань пенсій і допомог; по скаргах військовослужбовців. Найближчим часом у цьому ж управлінні передбачається створення відділу з питань психіатрії та охорони здоров'я і відділу по розгляду скарг біженців і вимушених переселенців.

Друге управління – з правової освіти й удосконалення законодавства. У ньому провідне місце належить двом принципово важливим відділам — по зв'язках із суб'єктами Російської Федерації й по зв'язках з правозахисними недержавними організаціями. Планається створити ще службу правової освіти, оскільки одним із напрямків діяльності Уповноваженого з прав людини Російської Федерації є правова освіта населення у сфері конституційних прав і свобод людини та щодо форм і методів їх захисту. У рамках цього ж управління створено прес-службу й міжнародний відділ. Функціонують також довідково-кодифікаційний та інформаційно-аналітичний відділи. Саме останній зобов'язаний готувати матеріали для щорічної доповіді Уповноваженого, яка згодом направляється Президентові Російської Федерації, Раді Федерації, Державній Думі, Уряду Російської Федерації, вищим судовим інституціям та Генеральному прокуророві.

Третє управління – адміністративно-господарське, яке охоплює собою традиційні служби — відділ кадрів, бухгалтерію й планово-економічну службу [3, с. 6, 7].

Думаємо, що такий структурований апарат Уповноваженого зможе ефективно виконувати покладені на дану інституцію завдання.

Одним з основних способів реалізації Уповноваженим Російської Федерації своєї правозахисної функції є розгляд скарг, поданих йому громадянами, а також іноземними громадянами й особами без громадянства, які на законних підставах перебувають на території Росії. При наявності інформації про масові чи грубі порушення прав і свобод громадян або у випадках, що набули особливого суспільного значення чи резонансу, а також якщо це пов'язано з необхідністю захисту прав чи інтересів осіб, які не здатні самостійно захистити свої права, Уповноважений зобов'язаний навіть без їх скарги розглянути такі випадки порушень із власної ініціативи і прийняти відповідні правозахисні заходи в межах своєї компетенції.

Громадяни звертаються до російського омбудсмена у випадках незадоволення рішеннями чи діями (бездіяльністю) державних органів, органів місцевого самоврядування, посадових осіб, державних службовців, якщо раніше заявник уже оскаржував ці рішення чи

дії (бездіяльність) в судовому чи адміністративному порядку. Таке правило закріплено з метою забезпечення Уповноваженого від тих скарг, звернень, які можуть і повинні бути розглянуті в інших інституціях, і спрямовано на те, щоб зробити цей інститут життєдіяльним, оскільки відмова від такого підходу обернулася б лавиною подібних звернень громадян до народного захисника, що паралізувало б його діяльність, як це має місце, наприклад, в Україні.

Російський омбудсмен наділений також правом вільного вибору вирішення питання про провадження у справі. Так, він може:

а) прийняти скаргу до розгляду, якщо заявник залишився незадоволений рішенням суду чи адміністративного органу, які розглядали його скаргу, якщо вона подана не пізніше року після дня порушення прав і свобод громадянина; б) відмовити у прийнятті скарги, пояснивши заявнику, у який спосіб той може захистити свої порушені права; в) передати скаргу державному органу, органу місцевого самоврядування чи посадовій особі, до компетенції яких належить вирішення скарги по суті; г) відмовити в прийнятті скарги до розгляду.

Уповноважений зобов'язаний протягом 10-ти днів повідомити заявникові про своє рішення. Відмова в прийнятті звернення до розгляду повинна бути вмотивованою. Важливим чинником підтримання авторитету омбудсмена є те, що відмова в прийнятті ним скарги чи заяви громадянина оскарженню не підлягає.

На початку розгляду скарги. Уповноважений повинен проінформувати про це державний орган, орган місцевого самоврядування чи посадову особу, рішення чи дії (бездіяльність) яких оскаржуються.

Для правильного й об'єктивного розгляду скарг громадян Уповноважений з прав людини в Російській Федерації зобов'язаний вивчити викладені в них обставини. У зв'язку з цим російський закон наділяє його правом:

а) безперешкодно відвідувати всі органи державної влади, органи місцевого самоврядування, бути присутнім на засіданнях їх колегіальних органів, а також безперешкодно відвідувати підприємства, установи й організації незалежно від організаційно-правових форм і форм власності, військові частини й об'єднання громадян;

б) робити запит і отримувати від державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та державних службовців відомості, документи й матеріали, необхідні для розгляду скарги;

в) отримувати пояснення від посадових осіб і державних службовців з питань, які підлягають з'ясуванню при розгляді скарги;

г) здійснювати самостійно чи разом із компетентними державними органами, посадовими особами й державними службовцями

ми перевірку діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування та посадових осіб;

д) давати доручення компетентним державним установам на проведення експертних досліджень чи підготовку висновків з питань, що підлягають виясненню в ході розгляду скарги;

е) знайомитися із кримінальними, цивільними справами та справами про адміністративні правопорушення, рішення (вироки) по яких уже набрали чинності, а також з припиненим провадженням по кримінальних справах, по яких відмовлено у їх відкритті. Хоча треба відзначити, що деякі правники висловлюють побоювання з приводу закріплення такого положення в Законі, оскільки, на їх думку, це може потягнути за собою значну кількість звернень, які прийдеться розглядати Уповноваженому, що, безумовно, негативно відіб'ється на ефективності його роботи і не дасть йому належної можливості зосередитися на захисті тих прав громадян, які не пов'язані з діями судів по прийняттю рішень з кримінальних і цивільних справ [4, с. 59].

Уповноважений у своїй діяльності користується правом невідкладного прийому керівниками та іншими посадовими особами органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від організаційно-правових форм і форм власності, керівниками громадських об'єднань, особами командного складу Збройних Сил Російської Федерації, інших військ і військових формувань, адміністрацій місць примусового тримання осіб.

При розгляді скарг громадян російський омбудсмен повинен керуватися важливим правилом, яке полягає в обов'язку вислухати всі сторони процесу, тобто він зобов'язаний надати можливість державному органу, органу місцевого самоврядування чи посадовій особі, чий рішення, дії (бездіяльність) оскаржуються, обґрунтувати свої пояснення з будь-яких питань, що підлягають виясненню в процесі перевірки, а також мотивувати свою позицію в цілому. Отже, Уповноважений використовує у своїй роботі принцип недопустимості прийняття до уваги пояснень тільки однієї сторони, що сприяє об'єктивному розгляду скарги й винесення справедливого рішення. Про результати розгляду скарги омбудсмен Росії зобов'язаний повідомити заявника. У випадку ж встановлення факту порушення прав заявника він вправі вжити відповідні заходи, а саме: а) звернутися до суду з заявою про захист прав і свобод громадян, а також особисто чи через свого представника взяти участь у судовому процесі; б) звернутися в компетентні державні органи з клопотанням про відкриття дисциплінарного чи адміністративного провадження або кри-

мінальної справи щодо посадової особи, яка порушила права людини; звернутися до суду чи в прокуратуру з клопотанням про перевірку рішень, вироків, постанов суду чи судді, які вже набрали чинності; звернутися в Конституційний Суд Російської Федерації зі скаргою на порушення конституційних прав і свобод громадян окремим законом та ін.

Згідно з Законом Уповноважений зобов'язаний також направити державному органу, органу місцевого самоврядування чи посадовій особі в рішеннях чи діях (бездіяльності) яких він вбачає порушення прав і свобод громадян, свій висновок, який має містити рекомендації стосовно можливих і необхідних заходів по відновленню порушених прав. Названі органи чи посадовці, отримавши цей висновок, повинні в місячний строк розглянути його і в писемній формі повідомити Уповноваженому про вжиті заходи.

Наприкінці кожного календарного року Уповноважений звітує про свою діяльність, а з окремих питань дотримання прав і свобод громадян в Російській Федерації він може підготувати спеціальну доповідь.

У цілому ж статус Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації відповідає тим світовим стандартам, які мають місце в практиці захисту прав людини цим інститутом. Таким чином, російський омбудсмен, на наш погляд, зуміє ефективно реалізувати свій правозахисний потенціал.

Список літератури: 1. Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации // Рос. газ. - 1999. - 10 мар. 2. Комарова В.В. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации // Государство и право. - 1999. - № 9. - С. 21-31. 3. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации: становление нового института: Интервью О.О. Миронова // Жур. рос. права. - 1999. - № 1. - С. 5-12. 4. Хаманева Н.Ю. Уполномоченный по правам человека - защитник прав граждан. - М.: Нац. акад. наук РФ, 1998. - 80 с.

И.В. Спасибо-Фатеева, канд. юрид. наук

НЕКОТОРЫЕ ПОДХОДЫ К ПОНЯТИЮ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА: В ПОРЯДКЕ ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМЫ

Вопросы источников права в Украине являются актуальными по многим причинам и, в первую очередь, вследствие процессов кодификации гражданского и уголовного законодательства, в чем

немаловажную роль сыграли указы Президента Украины, имеющие силу закона, возможность издания которых предусмотрена Переходными положениями Конституции Украины. Очевидной является и ставшая характерной для многочисленных отраслей украинского законодательства их неупорядоченность и противоречивость. Это особенно ярко проявляется в рассогласованности гражданского и налогового законодательства, да и в целом законодательства частного и публичного.

Но не только это присуще современному законодательству Украины. Хотелось бы затронуть вопрос и о роли судебной практики в формировании норм права и об отнесении судебных актов к источникам права. Оживленной дискуссии по этим вопросам не ведется, хотя они заслуживают своего рассмотрения.

Устоявшейся является точка зрения, что акты, выносимые судами, не являются источниками права. Между тем фактически значение судебной практики разрешения споров весьма велико, а в известной мере даже формализовано [3, с. 60, 61].

Несколько иной окрас принимает оценка так называемых руководящих разъяснений высших судебных органов — постановлений пленума Верховного Суда Украины и разъяснений президиума Высшего арбитражного суда Украины. Несмотря на то, что повсеместно признается невозможность содержания в этих актах норм права, в то же время их обязательность для соответствующих судов дала основание утверждать об их признании в качестве источников права [5, с. 54, 55].

Считаем необходимым рассмотреть этот вопрос в связи с существенными изменениями, происшедшими в самом понимании сущности права, его выражении во внешних формах позитивного права, соотношении с нормативными актами, имеющими общеобязательное значение. Ученые все больше задаются целью переосмыслить соотношение двух разных правовых позиций — естественного и позитивного права и все чаще приходят к выводу, что право не может быть сведено только к его внешней форме выражения — закону или иному нормативно-правовому акту. Этот феномен гораздо богаче в своей сущности и не может раскрываться лишь эмпирически [1; 7, с. 27—52].

Вероятно, именно сущность права и то, как его воспринимают в то или иное время, в той или иной общности, и породило совершенно различный подход к решениям судов. Так, в англосаксонской системе права велики традиции прецедентного права, но все более придается значению закону. Французская доктрина также относит судебные решения к источникам права, хоть и к «вторич-

ным нормам», которые тем не менее играют существенную роль в правовом регулировании [7, с.120]. В странах романо-германской правовой семьи право включает и их толкование судьями. С одной стороны, в этом усматривается «большая степень генерализации в сравнении с тем, что создает судья, когда он вообще не связан предписаниями закона» [4, с. 73], а также отсутствие опасности в колебаниях судебной практики, а с другой — отказ судебной практики создавать правовые нормы подвергается сомнению. В обоснование этого можно привести следующие доводы:

1. Доктринальные произведения базируются на обобщении судебной практики: иное свидетельствовало бы о разрыве науки и практики. В то же время правовую науку недопустимо сводить ни к комментаторству законодательства, ни к обзору судебной практики. Только их взаимный анализ может привести к развитию и становлению доктрин, которые, в свою очередь, становятся аргументированной основой для изменений в законодательстве.

2. Закон не может охватить своим регулированием абсолютно все нюансы общественных отношений, чем и объясняется существование понятий «аналогия закона» и «аналогия права». Открытая система оснований возникновения, в частности, гражданских правоотношений позволяет их устанавливать, если это и не предусмотрено законом, но не противоречит общим началам и смыслу гражданского права (ст.4 ГК Украины). В случае же спора суд его должен разрешить по существу (ст. 11 ГПК Украины).

3. Многочисленные диспозитивные нормы, содержащиеся в гражданских законах, либо отсутствие в них регулирования тех или иных вопросов позволяют достичь такого урегулирования путем принятия локальных нормативных актов. В качестве таковых в последнее время все большее значение приобретают учредительные документы юридических лиц и их внутренние (внутрикорпоративные) документы, например, положения об органах юридического лица, о порядке созыва общего собрания акционеров и пр. Основываясь на этих актах, давая им надлежащую оценку и исходя из принципов права, суд выносит решение.

4. Несовершенство норм закона иногда не позволяет их реализовать или приводит к нарушениям прав субъектов правоотношений. Решения судов призваны устранить эти препятствия, обеспечивая субъектам надлежащую защиту.

В отношении первого довода можно привести многочисленные примеры, сославшись на результаты социологических исследований еще 1985 г., которые показали, что каждый четвертый работник правоохранительных органов применяет аналогию закона и ана-

логию права [10, с. 42, 43]. Представляется, что в современный период такой показатель должен быть еще выше.

Обобщение практики и формирование соответствующих доктрин дало возможность подготовить проект Закона Украины «Об акционерных обществах», в котором предполагается ввести нормы о гражданско-правовой ответственности членов органов акционерного общества и акционеров, о механизме защиты прав меньшинства акционеров, о реализации акционерами права на несогласие и пр.

Учет судами локальных нормативных актов при разрешении споров проявляется в оценке ими сущности корпоративных правоотношений. Несмотря на исключение из ст.28 Закона Украины «О хозяйственных обществах» ссылки на возможность предусмотреть в уставе акционерного общества особых положений о приобретении акций [2; 1998. - № 18. - Ст. 89], судебная практика исходит из того, что преимущественное право на их приобретение может принадлежать закрытому акционерному обществу, если об этом имеется оговорка в его уставе.

В отношении устранения судами несовершенства норм закона можно привести в качестве примера тяжбу предприятий с иностранными инвестициями, длительное время отстаивавшими свои права в области льготного налогообложения. Согласно ст.9 Закона Украины «Об иностранных инвестициях» [2; 1992. - № 26. - Ст. 357] и постановления Верховной Рады Украины от 19 марта 1996 г. «О порядке введения в действие Закона Украины «О режиме иностранного инвестирования» [2; 1996. - № 19. - Ст. 81] иностранный инвестор может требовать предоставления государственных гарантий и применения специального законодательства, действовавшего на момент регистрации иностранной инвестиции.

Решением Киевского районного суда г. Харькова, куда обратился иностранный инвестор за защитой своих прав, было установлено, во-первых, что за предоставлением указанных государственных гарантий возможно обращение в суд. Во-вторых, обращаться с подобным иском вправе не только иностранный инвестор, а и созданное с его участием предприятие. В-третьих, под «специальным законодательством» следует понимать нормы, содержащиеся в различных нормативно-правовых актах, регулирующих вопросы, связанные с иностранными инвестициями и предприятиями как формой их осуществления [9].

Такое толкование закона позволило суду вынести решение о предоставлении предприятию с иностранными инвестициями государственных гарантий против изменения законодательства. Однако

противоречивость законодательства и отсутствие восприятия решения суда в качестве источника права дало возможность Высшему арбитражному суду Украины утверждать, что вынесенное судом решение по сути представляет собой толкование закона, которое не является обязательным [8]. Окончательную ясность в решение подобных споров внесло лишь постановление Верховной Рады Украины от 6 июля 1999 г. «О внесении изменения в Постановление Верховной Рады Украины «О порядке введения в действие Закона Украины «О режиме иностранного инвестирования» [12].

Как видно из приведенного примера, однозначный отказ от понимания судебной практики в качестве источника права имеет существенные негативные стороны. Они проявляются также в том, что суды «освобождены» от обязанности придерживаться какой-либо единой позиции, вырабатываемой по тем или иным вопросам, до тех пор, пока высшими судебными инстанциями не будут даны соответствующие разъяснения или сделаны обобщения. Так, арбитражным судом Харьковской области выносятся противоположные решения по спорам о взыскании убытков, вызванных инфляцией, и о признании договора незаключенным или недействительным. Причем судьи, вынося различные решения по одинаковым спорам, не обязаны обосновывать свой различный подход к ним и не вправе ссылаться на какие-либо иные решения судов по аналогичным вопросам, т.е. «судебная практика не связана нормами, которые она сама создала» [4, с. 98]. Отсюда следует, что вряд ли приходится говорить в таких случаях о норме.

Вместе с тем отвергать значение судебной практики как источника права также недопустимо, ибо это в значительной мере обеднило бы право, свело его снова на позиции позитивизма и не отражало бы существующей действительности. А в ежедневной практике возникает многообразие различных отношений фактического характера, под которыми понимаются не достигшие статуса официальных юридические отношения. Последние как раз и могут переводиться в такой статус судебными решениями, в результате чего образуется база, позволяющая сформироваться юридической норме [7, с. 273].

Однако между нормами законодательства, устанавливаемыми самим законодателем или уполномоченными государственными органами, и судебными актами усматриваются определенные различия.

Во-первых, деятельность законодателя заключается исключительно в установлении норм, обязательных для судов. Суды же лишь применяют их, и не вправе отменить или не использовать эти

нормы. Однако отсутствие законодательных норм, их неясность, противоречивость дают суду не только право, но и обязывают его вынести решение со своей оценкой сложившихся правоотношений.

Во-вторых, судебные решения лишены авторитета законодательных норм в смысле отсутствия в Украине правила об унифицированности решения споров на уровне судов первой, кассационной и надзорной инстанций. Несмотря на это, понимание сущности правоотношений, сложившееся в результате рассмотрения судами споров и обобщенное высшими судебными инстанциями, само по себе говорит о том, что судебная практика уже утвердилась в качестве источника права. Отрицание очевидного скажется лишь негативно на развитии самого права и формах его применения [13, с. 16, 58-61, 63-66].

Можно утверждать, что, применяя норму законодательства при разрешении конкретного спора, суд творит норму права, а вынося решение по аналогии права, суд тем более создает такую норму.

В завершение следует отметить, что во избежание упреков в «скромности», которую приписывают роли судебной практики, и даже в «смешном» восприятии позиции об отказе в ее признании в качестве источника права [10, с. 96-98] следует пересмотреть подобный подход в отечественной юриспруденции. Тем более, что повышение правовой культуры и признание Украины правовым государством способствует унификации подходов к разрешению судами споров, придает значимости решению судов как институтов, способных руководствоваться общими началами и принципами права и тем самым выносить справедливые решения. Эти действия судов и свидетельствуют о том, что они своими решениями создают правовые нормы, углубляющие как сам закон, так и правовые начала в государстве.

- Список литературы:* 1. Алексеев С.С. Право. - М.: Статус. - 1999. - 710 с. 2. Ведомости Верховной Рады Украины. - 1992. - № 26. - Ст. 357/3. Гражданское право: Учебник / Под ред. Е.А. Суханова. - Т. 1. - 2-е изд. М.: БЕК, 1998. - 785 с. 4. Давид Рене, Жоффре-Спинози Камилла. Основные правовые системы современности. - М.: Междунар. отношения, 1999. - 399 с. 5. Иоффе О.С. Советское гражданское право: Учебник. - М.: Юрид. лит., 1967. - 494 с. 6. Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. - Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1976. - 267 с. 7. Общая теория государства и права: Акад. курс / Под ред. М.Н. Марченко. - М.: Зерцало, 1998. - Т. 2. - 639 с. 9. Постановления судебной коллегии по пересмотру решений, определений, постановлений Высшего арбитражного суда Украины № 04-1 / ХВ 2505 / 8-81-16 / 1.09 и 04-2/ХВ 2506/8-81-16/1.09 // Архив арбитр. суда Харьк. обл. 11. Решение суда Киевского района г. Харькова по делу № 2-830/5 // Архив Киев. районного суда г. Харькова. 12. Соколов Н.Я. Опыт конкретно-социологического исследования профессионального правосознания // Сов. государство и право. - 1985. - № 3. - С. 36-44. 13. Судебная практика в советской правовой системе / Отв. ред. С.Н. Братусь. - М.: Юрид. лит. - 1975. - 328 с. 14. Урядовий кур'єр. - 1999. - № 145, 146.

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ С ПОМОЩЬЮ ЗАЛОГА

Одной из мер правового характера, стимулирующих должника к надлежащему исполнению обязательства, является залог.

В соответствии со ст. 181 Гражданского кодекса Украины¹ и ст. 1 Закона Украины «О залоге»² [4, ст. 642] в силу залога кредитор (залогодержатель) имеет право в случае невыполнения должником (залогодателем) обеспеченного залогом обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами.

Не вступая в полемику по вопросу о природе залога, согласимся с убедительными доводами И.И. Пучковской, определившей юридическую природу залогового права как обязательственную и считающей залог вещным способом обеспечения исполнения обязательств [5, с. 29].

Остановимся на некоторых аспектах производного характера договора залога от основного обязательства.

Залогом может быть обеспечено действительное требование, в частности, вытекающее из договора займа (банковской ссуды), купли-продажи, аренды, перевозки груза и т.п. Под действительным следует понимать такое требование, которое на момент заключения договора залога уже существует, т.е. договор залога должен быть заключен не ранее основного обязательства. В то же время ч. 3 ст. 181 ГК и ч. 2 ст. 3 Закона «О залоге» предусматривают возможность обеспечения залогом и требований, которые могут возникнуть в будущем, при условии, что имеется соглашение сторон о размере обеспечения залогом таких требований. Кроме того, в силу дополнительного характера договора залога он будет являться действительным только тогда, когда действительно обеспеченное им обязательство, а при недействительности его сам будет являться недействительным.

Для любого обязательства независимо от наличия способа его обеспечения традиционно присущими считаются принципы реального и надлежащего его исполнения. Чему же способствует договор залога как способ обеспечения исполнения обязательств — их реальному или надлежащему исполнению? Полагаем, что интерес

¹ В дальнейшем — ГК.

² В дальнейшем — Закон «О залоге».

кредитора-залогодержателя состоит либо в реальном исполнении должником-залогодателем лежащих на нем обязательств, либо в покрытии им убытков, которые кредитор может понести в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником этих обязательств.

Например, между сторонами были заключены форвардный контракт на поставку сельскохозяйственной продукции и договор залога, обеспечивающий выполнение указанного контракта. Поставка не состоялась. Согласно условиям договора залога из стоимости заложенного имущества залогодержатель может компенсировать возможные убытки в оговоренном размере, причиненные невыполнением или ненадлежащим выполнением условий форвардного контракта. Иными словами, за счет ценности залога кредитор может удовлетворить свои требования. Таким образом, возмещение из стоимости заложенного имущества кредитору убытков, которые возникли в результате невыполнения обязательства в натуре должником, может удовлетворить интерес кредитора (залогодержателя) в полном объеме.

Можно констатировать, что договор залога не всегда стимулирует должника к реальному выполнению обязательства (обязательства как выполнения определенного действия, которое является объектом соответствующих правоотношений, или, что то же самое, как выполнения должником обязательства в натуре), в то же время всегда стимулирует должника к удовлетворению требований кредитора иным приемлемым для кредитора способом. Такой вывод соответствует позиции М.И. Брагинского и В.В. Витрянского о соотношении принципов реального и надлежащего обязательств, считающих их разноплоскостными явлениями [3, с. 336].

Аналогичное мнение выражено и М.Н. Сибилевым, который считает, что с развитием рыночных основ в экономике принцип реального выполнения обязательств, который имел особое значение для хозяйственных договоров, в определенной степени утратил свое первостепенное значение. И при таких обстоятельствах проект ГК Украины исходит из того, что в условиях рыночной экономики роль этого принципа постепенно будет уменьшаться [6, с. 72].

Однако указанное выше ни в коей мере не выхолащивает признак производности договора залога от основного обязательства. Проследим, к примеру, «судьбу» договора залога при изменении основного обязательства, им обеспеченного.

Допустим, заключены основной договор и договор залога для обеспечения выполнения обязательств по основному договору. С целью обеспечения стабильности имущественного оборота и уве-

ренности его участников в нерушимости принятых обязательств закон (ст. 62 ГК Украины) не допускает одностороннего его отказа от выполнения обязательств или одностороннее изменение условий договора за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами.

Предположим, что в конкретной ситуации необходимость изменить условия действующего основного договора осознают все его субъекты. Причем изменение, которые стороны желают внести в основной договор, касаются таких его существенных условий, как, например, срок выполнения обязательств, сумма обязательств, и т.п. При этом стороны желают, чтобы обязательство с новыми (измененными) условиями оставалось бы обеспеченным договором залога. Для реализации такой воли сторон следует учесть, что в силу требований ст. 12 Закона «О залоге» изменение существенных условий основного обязательства неизбежно повлечет и изменение содержания договора залога.

На практике возникает вопрос: следует ли в подобном случае считать основное обязательство с новыми (измененными) существенными условиями новым обязательством и заключать для обеспечения его исполнения новый договор залога или же достаточно после внесения изменений в основное обязательство внести соответствующие изменения в договор залога, соблюдая требования ст. 12 Закона «О залоге», и считать цель по обеспечению залогом измененного основного обязательства достигнутой?

Содержание любого договора (в том числе и договора залога), т.е. совокупность предусмотренных в нем условий, всегда определяется соглашением сторон. Однако воля и волеизъявление участников договора формируются прежде всего под влиянием предписаний норм права, которые содержат абстрактную модель взаимоотношений сторон. Договор же является индивидуальным правовым актом, в котором абстрактная модель взаимоотношений сторон, представленная в законе в общих чертах наполняется конкретным содержанием. Изменение договора означает, что обязательства сторон действуют в соответствии с измененными условиями относительно сроков выполнения, суммы, предмета и т.д.

Поэтому, если основным обязательством выступает, к примеру, договор о предоставлении банковского кредита (или займа), то существенными условиями такого договора среди прочих условий, как правило, являются сумма кредита (денежного займа) и срок исполнения должником своих обязательств по возврату суммы денег. А в силу требований ст. 12 Закона Украины «О залоге» в договоре залога должно содержаться наименование (фамилия, имя, отчество),

место нахождения (проживания) сторон, сущность обеспеченного залогом требования, его размер, срок выполнения обязательства, состав и стоимость заложенного имущества, а также иные условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

В момент выполнения должником основного обязательства залог прекращается (ст. 28 Закона Украины «О залоге»).

Изменение любого договора означает, что обязательства сторон действуют в соотношении с измененными условиями относительно сроков выполнения, суммы, предмета и пр.

Однако изменение основного обязательства не влечет автоматически изменения условий договора залога, который был заключен в обеспечение выполнения этого обязательства. Соглашение об изменении договора залога согласно ст. 13 Закона Украины «О залоге» должно быть оформлено в той же форме, в которой был первоначально заключен договор залога, т.е. в письменной форме (простой или нотариальной).

Предположим, стороны договорились о том, что кредитор (взаимодавец), не получив возврата ранее выданной суммы денежного займа, предоставляет заемщику дополнительную сумму денег в собственность, определяя при этом и более поздние сроки возврата всей увеличившейся суммы денежного займа. В этой части был изменен основной договор — о предоставлении банковского кредита или займа.

Если при этом не будут внесены изменения в договор залога, обеспечивавший исполнение первоначального основного обязательства, то обеспеченной залогом останется не вся сумма займа, а лишь первоначально выданная. Кроме того, при наличии оснований для обращения взыскания на предмет залога необходимо будет при исчислении сроков исковой давности принимать во внимание срок исполнения основного обязательства, определенный первоначально (без учета изменений этого срока).

Таким образом, если стороны по договору о предоставлении банковского кредита (займа) заинтересованы в обеспечении залогом всей увеличившейся суммы, подлежащей возврату, а также желают учесть в договоре залога измененные сроки возврата денег, то они должны внести в договор залога и соответствующие изменения. Учитывая то, что залоговое обязательство имеет дополнительный характер, считает Ч.Н. Азимов, то вполне возможен перенос его в пределах действия основного обязательства на согласованный между сторонами определенный этап выполнения обеспеченного этим залогом обязательства [1, с. 23; 2, с. 11].

Итак, приведенная выше логика рассуждений сводится к тому, что изменения основного обязательства, обеспеченного залогом, могут повлечь соответствующие изменения договора залога. А если не будет противоречий в подвергшихся изменениям основном и производном договорах, то можно считать, что стороны добились желаемого результата — измененное основное обязательство обеспечено измененным договором залога. Причем изменение как основного договора, так и договора залога означает, что обязательства сторон по каждому из указанных договоров действуют в соответствии с измененными условиями.

Поэтому в период действия неисполненного основного обязательства по договору о предоставлении банковского кредита (займа) не следует рассматривать выданную дополнительно денежную сумму как новое основное обязательство и заключать в его обеспечение новый договор залога, а достаточно по желанию сторон внести изменения как в заключенный ранее кредитный договор, так и в договор залога, который обеспечивал выданную первоначально меньшую сумму денежного кредита (займа).

Поскольку действующее законодательство не устанавливает для договора залога какого-либо особого правового режима по сравнению с другими гражданско-правовыми договорами, полагаем, что в него возможно вносить по соглашению сторон изменения относительно любых его условий, принимая во внимание требования ст. 12 Закона Украины «О залоге» к содержанию договора залога. Если же внесение изменений в договор залога, требующий обязательного нотариального удостоверения, сопряжено с привлечением нового предмета залога, то следует учесть, что такое обстоятельство повлечет необходимость уплаты государственной пошлины при нотариальном удостоверении таких изменений, исчисленной из стоимости нового предмета залога.

Однако, если основное обязательство изменяется в сторону увеличения суммы кредита (займа), но стороны считают возможным обеспечить его тем же предметом залога, то при нотариальном удостоверении изменений в договор залога государственная пошлина должна уплачиваться в размере, установленном для прочих договоров, не подлежащих оценке.

Содержание договора залога, обеспечивающего основное обязательство должника, связанное с предоставлением ему банковского кредита, можно унифицировать при условии, если стороны заранее знают, что сумма по кредитному договору будет увеличиваться до определенных пределов. В таком случае в договоре залога целесообразно предусмотреть обеспечение как фактически выданной

суммы банковского кредита, так и той суммы, которая может быть дополнительно предоставлена заемщику, определив размер обеспечения залогом требований, которые возникнут в будущем (ч. 2 ст. 3 Закона «О залоге»). При этом внесение изменений в кредитный договор, влекущих увеличение суммы выданного кредита, или заключение нового кредитного договора на заранее предусмотренную в договоре залога сумму не будут сопровождаться внесением изменений в договор залога.

В случае, если же основное обязательство, обеспеченное залогом, прекращено по любому из оснований, предусмотренных в главе 19 ГК Украины (в том числе и исполнением — ст. 216 ГК), то согласно ст. 28 Закона «О залоге» прекращается и право залога. Поэтому выдача нового кредита (займа) после исполнения обязательств по предыдущему кредитному договору (займу) при желании сторон обеспечить его залогом повлечет заключение нового договора залога.

Таким образом, основным источником возникновения права залога является договор между залогодержателем и залогодателем. Договор залога является производным от основного обязательства. Его производность вытекает из аксессуарного (дополнительного) характера договора залога и проявляется в том, что

- залог может увеличиваться или уменьшаться в сумме в зависимости от суммы основного требования;
- признание недействительным основного обязательства влечет за собой недействительность залога;
- залог всегда «следует судьбе» основного обязательства и не существует самостоятельно от основного обязательства;
- исполнение основного обязательства автоматически является основанием для прекращения залога;
- залог сохраняет силу, если по одному из оснований, указанных в законе, имущество или имущественные права, составляющие предмет залога, переходят в собственность другого лица (ст. 27 Закона «О залоге»).

При этом договор залога может быть самостоятельным, т.е. заключенным отдельно от договора, из которого возникает обеспеченное залогом обязательство, и можно условие о залоге включить в основной договор (что подтверждает производный характер залога, закрепленный в ч. 3 ст. 3 Закона Украины «О залоге»).

Список литературы: 1. Азімов Ч.Н. Забезпечення виконання зобов'язань: Навч. посібник. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 1995. 2. Азімов Ч.Н. Залогове право. – Харьков: Оригинал, 1993. 3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М., 1997. 4. О залоге: Закон Украины с изм. по сост. на

В.М. Ігнатенко, канд. юрид. наук

КОНКУРС У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Поняття конкурсу у цивільному праві використовується в кількох розуміннях.

По-перше, це різновид недоговірних зобов'язань, що виникають з односторонніх дій, а саме публічного обіцяння винагороди. Указане зобов'язання регулюється ст. 435 ЦК України: публічне обіцяння спеціальної винагороди (премії) за краще виконання певної роботи (оголошення конкурсу) дається державною, кооперативною або іншою громадською організацією і зобов'язує цю організацію сплатити обіцяну винагороду особі, робота якої визнана достойною винагороди відповідно до умов конкурсу.

По-друге, порядок укладення договору, який набуває особливої актуальності з розвитком ринкових відносин, широко застосовується державою як спосіб економії бюджетних коштів при виконанні останнього своїх функцій і завдань. Указаний порядок полягає в укладенні договорів з особами які пропонують найбільш вигідні умови. Наприклад, у ч. 3 ст. 2 Закону України "Про поставки продукції для державних потреб" говориться, що державні виконавці, виходячи з інтересів держави, здійснюють вибір виконавців державного замовлення для укладення з ними державних контрактів шляхом проведення конкурсного відбору [1; 1996. - № 3. - Ст. 9].

Широкого поширення конкурс набув також при проведенні приватизації державного майна. Згідно зі ст. 14 закону України "Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)" продаж об'єктів малої приватизації за конкурсом полягає у передачі права власності покупцеві, який запропонував найкращі умови подальшої експлуатації об'єкта або за рівних умов найвищу ціну [1; 1996. - № 34. - Ст. 160].

Близьким до поняття конкурсу в такому розумінні є тендер. Пункт 2 Положення про проведення торгів (тендерів) у будівництві, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 01.09.98 р. № 1369, визначає торги (тендери) формою розміщення замовлення на будівництво, яка передбачає визначення підрядника

шляхом конкурсного відбору кращої тендерної пропозиції (оферти) за критеріями, що встановлюються замовником [8]. Слово "тендер" англійського походження, одним із значень якого є письмова оферта, приміром на поставку товарів, надання послуг, будівництво об'єктів при проведенні торгів тощо [9, с. 444].

Підзаконні нормативні акти України класифікують торги в залежності від кола осіб, які можуть взяти в них участь. Так, Положення про проведення торгів (тендерів) у будівництві дає таку класифікацію:

- відкриті торги, коли всі зацікавлені підрядники мають право надавати тендерні пропозиції;
- відкриті з попередньою кваліфікацією, коли тендери пропозиції мають право подавати тільки ті претенденти, які за результатами попередньої кваліфікації допущені до участі в торгах (тендерах);
- закриті, коли тендерні пропозиції мають право надавати тільки ті підрядники, які одержали від замовника запрошення до торгів (тендерів).

Взагалі конкурс у такому аспекті виступає як різновид торгів. У свою чергу, останні передбачають конкуренцію осіб при укладенні договору. Стаття 447 ЦК Росії вказує, що договір (якщо інше не витікає із його суті) може бути укладений шляхом проведення торгів. Він укладається з особою, яка виграла торги. Торги провадяться у формі аукціону або конкурсу. Їх переможцем на аукціоні визнається особа, яка запропонувала найвищу ціну, а по конкурсу — особа, яка за висновком конкурсної комісії, раніше призначеної організатором таких торгів, запропонувала найкращі умови [2, с. 166].

По-третє, одним з аспектів терміна "конкурс" є конкурсне провадження, тобто відповідне розподілення майна боржника в разі його неплатоспроможності. Такі процедури характерні для цивільного права високорозвинених західноєвропейських держав [4, с. 449].

У законодавстві України аналогічна процедура закріплена в ст. 44 Закону України "Про виконавче провадження". У разі недостатності суми, стягнення з боржника для задоволення всіх вимог за виконавчими документами, ця сума розподіляється державним виконавцем між стягувачами в порядку черговості, встановленої цією статтею.

У першу чергу задовольняються: а) вимоги щодо стягнення аліментів, відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, у зв'язку з втратою годувальника; б) забезпечені заставою вимоги про стягнення вартості заставленого майна.

У другу чергу задовольняються: а) вимоги працівників,

пов'язані з трудовими правовідносинами; б) вимоги щодо наданої адвокатами юридичної допомоги; в) виплати винагороди, що належить автору за використання його твору, відкриття, винаходу, промислового зразка, на які видано відповідні свідоцтва; г) вимоги громадян із соціального страхування та вимоги громадян про відшкодування збитків, заподіяних їх майну злочином або адміністративним правопорушенням (після повного задоволення всіх зазначених вимог).

У третю чергу задовольняються вимоги: а) щодо податків і неподаткових платежів до бюджету; органів страхування з обов'язкового страхування.

У четверту чергу задовольняються всі інші вимоги в порядку надходження виконавчих документів.

Вимоги стягувачів кожної наступної черги задовольняються після повного задоволення вимог стягувачів попередньої черги. У разі недостатності стягненої суми для повного задоволення всіх вимог однієї черги останні задовольняються пропорційно належній кожному стягувачеві суми [1; 1999. - № 24. - Ст. 207].

У рамках даної статті зупинимося на аналізі перших двох аспектів конкурсу — як різновиду публічного обіцяння винагороди та порядку укладення договорів.

Чинний ЦК України називає лише публічний конкурс і не регулює другий вид публічного обіцяння винагороди без оголошення конкурсу. Як вірно зазначав О.С. Йоффе: “Результат, для досягнення якого публічно обіцяється винагорода, буває різного характеру. Але з точки зору класифікації зобов'язань, що розглядаються, важливо відрізнити один від одного результати двох видів: єдині у своєму роді і зіставні за якістю. Наприклад, корову, що загубилася, можна знайти або не знайти, але не можна зробити це “краще” або “гірше”. Літературні ж твори на задану тему, навпаки, можуть бути одночасно й залежно один від одного створені кількома авторами без будь-якого збігу художніх та інших досягнень, що виключаються індивідуальністю літературної творчості. У зв'язку з цим прийнято розрізнити публічне обіцяння винагороди, побудоване як конкурс, і таке, що не є конкурсом” [6, с. 783].

Досить часто (особливо в рекламних виданнях) можна зустріти оголошення про виплату винагороди при поверненні втрачених або забутих речей, документів тощо. Зараз правовою підставою для виникнення такого роду зобов'язань з односторонніх дій (оголошення про винагороду) виступає ст. 4 ЦК України, а саме її вказівка на те, що цивільні права й обов'язки виникають внаслідок інших дій громадян та організацій. Тому слухним, на наш погляд, є

закріплення в ст. 1026 проекту ЦК України поняття та змісту зобов'язання з такого публічного обіцяння винагороди без оголошення конкурсу: особа, яка виступила з публічним обіцянням винагороди за досягнення зазначеного у повідомленні результату (знайдення речі, що пропала, надання необхідних відомостей тощо), зобов'язана виплатити (передати) обіцяну нагороду особі, яка відгукнулася на це оголошення з позитивним результатом.

У юридичній літературі вказані риси, що характеризують конкурс як різновид публічного обіцяння винагороди:

а) обіцяння винагороди за краще виконання певної роботи або досягнення інших результатів має бути публічним, тобто зверненим до невизначеного кола осіб. За цією ознакою конкурси поділяються на відкриті і закриті. При відкритому конкурсі пропозиція взяти в ньому участь звернена до всіх бажаючих і кожен, хто відгукнеться на неї, може стати його учасником. У цьому випадку коло учасників конкурсу може бути більш широким (всі, хто побажав узяти в ньому участь) або більш вузьким (конкурс серед осіб певної професії), але він завжди характеризується кількісною невизначеністю і невідомістю для організатора конкурсу конкретного складу його учасників. Навіть якщо конкурс провадиться серед осіб певної кваліфікації (професії), коли організатор його попередньо відбирає осіб, бажаючих взяти в ньому участь, і тоді в силу публічного характеру його об'яви конкурс не перестає бути відкритим. Закритий конкурс, навпаки, характеризується тим, що пропозиція взяти в ньому участь направляється визначеному колу осіб за вибором його організатора. У цьому випадку коло учасників конкурсу завжди обмежене й відоме організаторові;

б) публічний конкурс повинен бути спрямований на досягнення будь-яких суспільнокорисних цілей. Можна, наприклад, оголосити конкурс на краще озеленення дворів або упорядкування прибудинкової території, але не можна оголосити конкурс на краще утримання житлових приміщень або домашніх тварин;

в) обіцяна винагорода має бути не звичайною передбаченою чинним законодавством (трудовим, авторським) платою за виконання тієї чи іншої роботи, а спеціально встановленою премією, що виплачується переможцеві конкурсу за досягнутий результат незалежно від його права на отримання інших видів винагороди за свою працю. При цьому премія повинна бути грошовою або речовою. Будь-яке інше заохочення переможця змагання (приміром, нагорода грамотою, дипломом, медаллю), якщо воно не пов'язано з виплатою премії, не визнається конкурсною винагородою;

г) винагорода має бути обіцяна за краще виконання певної

роботи або досягнення інших результатів, що передбачає можливість співставлення й вибору з багатьох зрівнюваних за своїми якостями результатів, досягнутих до того ж різними особами. Отже, робота повинна відповідати умовам конкурсу, а за характером бути такою, результат якої при її виконанні різними особами можна порівняти [5, с. 682, 683].

Слід зазначити, що законодавство України не розрізняє відкритий і закритий конкурси. Останнє поняття закріплено в п. 3 ст. 1057 ЦК Росії. До цього в юридичній літературі існувала точка зору, що закритий конкурс, до участі в якому залучаються за спеціальними запрошеннями наперед визначені особи, не є конкурсом у розумінні ст. 439 ЦК РФСР. Він являє собою суму окремих договорів, що укладаються з кожним із здобувачів, які мають право на оплату виконаної роботи незалежно від зайнятого нею місця за конкурсом і від прийняття оціночного рішення взагалі [6, с. 786].

Особою, яка оголосила конкурс (засновником конкурсу), за ЦК України може бути лише державна, кооперативна або громадська організація. Таке зауваження кола засновників конкурсу не відповідає сучасним реаліям. На нашу думку, це може бути як фізична, так і юридична особа різних форм власності. Даний підхід до вирішення цього питання реалізовано в ст. 1207 проекту ЦК України, де йдеться про “особу (засновника конкурсу)” без додаткових роз’яснень, що свідчить про те, що це може бути як фізична так і юридична особа.

Пошукувачами можуть також виступати як фізичні, так і юридичні особи, при цьому коло їх (за ЦК України) не обмежується, а залежить лише від форми сповіщення.

Конкурс може бути об’явлено як усно, так письмово з дотриманням загальних правил про форму угод. Однак, оскільки це публічне обіцяння винагороди, оголошення має бути доведено до загального відома тим чи іншим способом — шляхом публікації в газетах або журналах, повідомлення по радіо чи телебаченню, видання спеціальної брошюри або листівки тощо [6, с. 787].

Оголошення про конкурс повинно містити виклад завдання, строк його виконання, розмір і форму винагороди, місце подання результатів і строк їхньої порівняльної оцінки та інші умови.

Законодавець захищає права учасників конкурсу, що виражається в закріпленні правових гарантій:

а) зміна умов конкурсу допускається тільки в межах строку, встановленого для подання робіт;

б) про зміну умов конкурсу має бути сповіщено в тому ж порядку, в якому конкурс оголошено (ст. 436 ЦК України).

Проект ЦК України підвищує вказані гарантії: а) засновник конкурсу не має права скасувати його; б) зміна умов конкурсу допускається в межах першої половини строку, встановленого для представлення результату (ст. 1208 проекту ЦК України).

Зобов'язання по виплаті винагороди (премії) виникають між організатором конкурсу і його переможцем після прийняття рішення конкурсною комісією. Рішення по виплаті винагороди (премії) повинно бути винесено й сповіщено здобувачам у строк, встановлений оголошенням про конкурс, і в порядку, зазначеному цим оголошенням.

Між поняттям конкурсу як односторонньої дії (односторонньої угоди) і порядком укладення договору, заснованого на конкуренції, змагальності його учасників, у залежності від їх предмета існують як деякий взаємозв'язок, так і своя відмінність. Якщо для публічного конкурсу на краще виконання певної роботи (ст. 435 ЦК України), на краще виконання роботи або досягнення інших результатів (ст. 1057 ЦК Росії), досягнення кращого результату згідно з умовами конкурсу (ст. 1207 проекту ЦК України) це за загальним правилом спеціальна винагорода (премія), яка може бути як грошовою, так і речовою, то для переможця конкурсу (як різновид торгів) — це лише право на укладення договору, якому кореспондує відповідний обов'язок другої сторони. Таке право при реалізації тягне за собою певні економічні наслідки позитивного характеру: можливість завантажити виробництво у разі отримання державного замовлення, стати власником об'єкта в процесі приватизації та ін.

Проблема в правовому регулюванні постає у випадку, коли конкурс оголошується на створення об'єктів інтелектуальної власності. Згідно зі ст. 438 ЦК України, якщо конкурс оголошено на твори літератури, науки або мистецтва, організація набуває права використати премійовані твори у передбачений в оголошенні про конкурс спосіб. Але вказане положення вступає в протиріччя зі ст. 29 Закону України "Про авторське право і суміжні права", за якою використання твору (за загальним правилом) можливе лише на підставі авторського договору з автором або іншою особою, яка має авторське право [1; 1994. - № 13. - Ст. 64]. У цьому разі дає норма цього Закону як прийнятого пізніше від ЦК України. Тому правильним є висновок авторів коментаря до ЦК України, що право засновника конкурсу на використання премійованого твору виникає не на підставі рішення про нагородження премією, а на підставі авторського договору [3, с. 636].

Коли зобов'язання з публічного обіцяння винагороди вичерпується її виплатою, то воно є зобов'язанням з односторонньої дії,

але коли ще й укладається договір із переможцем конкурсу про використання результату, тоді постає питання: які норми використовувати для врегулювання відносин — норми, що регулюють публічний конкурс, чи норми про конкурс як порядок укладення договору?

Цікавим у зв'язку з цим є підхід законодавця Росії, який на рівні ЦК закріплює норми як про публічний конкурс, так і про торги як порядок укладення договору. Причому вперше в ньому введено правило щодо можливої колізії між статтями про торги і про публічний конкурс стосовно випадків, коли предметом останнього служить укладення договору з переможцем (наприклад, конкурс щодо укладення договору на розробку проекту нового об'єкта). У подібних випадках норми про торги користуються пріоритетом стосовно норм про публічний конкурс [7, с. 346].

На відміну від ЦК Росії проект нового ЦК України вказує на те, що особливості укладення договорів на біржах, аукціонах, конкурсах тощо визначаються відповідними законами або іншими правовими актами (ст. 682 проекту нового ЦК України).

З оглядом на вказане, вважаємо за доцільне закріпити в новому ЦК України загальні положення про конкурс як порядок укладення договору, включаючи: а) класифікацію конкурсів; б) порядок їх проведення; в) взаємні обов'язки сторін; г) колізійну норму, яка вирішуватиме суперечки про використання положень про торги чи публічний конкурс; д) вказівку на те, що публічний конкурс повинен бути спрямований на досягнення яких-небудь суспільнокорисних цілей, що буде мати позитивний регулюючий вплив на досліджувані відносини. Наявність цих норм, однак, не заперечуватиме існування певних особливостей у регулюванні окремих видів конкурсів в інших законах і підзаконних нормативних актах.

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради України. 2. Гражданский кодекс Российской Федерации: Часть первая // СЗ РФ. — 1999. — № 32. — Ст. 3301. 3. Гражданский кодекс Украины: Науч.-практ. комент. — Харьков: Одиссей, 1999. — 848 с. 4. Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. — 2-е изд. — М.: Междунар. отношения, 1992. — 560 с. 5. Гражданское право: Учебник: Часть 2 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М.: Проспект, 1997. — 784 с. 6. Йоффе О.С. Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. — 880 с. 7. Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации. — М.: Фонд прав. культ. Фирма Гардерика, 1996. — 656 с. 8. Положення про проведення торгів (тендерів) у будівництві: Затв. пост. КМ України від 01.09.98 р. № 1369 // ЗУНА України. — 1999. — № 6. — Ст. 120. 9. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. — М.: 1998. — 526 с.

МІСЦЕ ПРАВОВИХ НОРМ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ВИПУСК ТА ОБІГ ЦІННИХ ПАПЕРІВ, У СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Цивільне право являє собою цілісну систему з складною, але узгодженою внутрішньою структурою. Цінні папери є правовим інструментом, за допомогою якого в одному об'єкті поєднується декілька різновидів цивільних прав. Речове право на цінний папір обумовлює відповідне (найчастіше зобов'язальне) право, що складає його зміст. Здійснити це право згідно з чинним законодавством може тільки особа, яка на законних підставах володіє цінним папером і подасть його емітенту (боржникові) для виконання.

Викладені положення стосуються тільки документарних цінних паперів. У цивільному обороті вони прирівнюються до речей, тому на них поширюються правові норми, що складають речове право. При здійсненні прав по цінних паперах застосовуються норми зобов'язального права, тому що, як зазначалось, більшість цінних паперів містять у собі зобов'язання емітента щодо держателя документа. Ця особливість правового регулювання цінних паперів обумовлює необхідність визначення місця правових норм, що регламентують їх випуск та обіг, в системі цивільного права. "Визначення місця відповідної правової спільності в системі права дозволяє забезпечити праву внутрішню узгодженість, юридичну єдність і відповідність економічному базису суспільства" [1, с. 9].

Як системне явище право характеризується певною ієрархічною структурою — одним із найвизраźніших показників високого ступеня його інституціональності. Ця складна структура відбиває перш за все особливості права як нормативного утворення, його спеціально-юридичний зміст. Як зазначається у літературі, право як цілісне нормативне утворення характеризується внутрішнім розмежуванням і диференціацією на відносно автономні і в той же час пов'язані між собою частини — нормативні приписи, інститути, галузі, які, у свою чергу, утворюють асоціації, групи, об'єднання і, крім того, можуть виявлятися у вторинних структурах [2, с. 240].

Первинним підрозділом будь-якої правової системи є одиничний нормативний юридичний припис (або норма права). Особливість структури права полягає в тому, що всі елементи, які її утворюють (за винятком одиничного нормативного припису — первинної клітинки правової системи), охоплюються поняттям "правова спільність". Правовою спільністю загальна теорія права визначає

будь-яке об'єднання правових норм, яке хоча й не має повного набору структурних ознак, але характеризується певною мірою відокремленості в самому змісті права і має певні риси юридичної своєрідності [3, с. 36].

Норми права, що регулюють суспільні відносини, пов'язані з випуском та обігом цінних паперів, мають характерні структурні ознаки, вирішені в самому змісті права (що знаходить відбиття в законодавстві про цінні папери, яке, як відомо, співвідноситься з правом як форма і зміст), їм властива певна юридична своєрідність. Юридична своєрідність сукупності правових норм, за допомогою яких здійснюється правове регулювання суспільних відносин у сфері випуску та обігу цінних паперів, полягає в спільному використанні юридичних приписів як речового, так і зобов'язального права.

Реальним показником існування правової спільності у загальній теорії права вважається нормативне узагальнення. Кожний нормативний припис (особливо сформульований за допомогою абстрактного способу викладення) містить у собі відповідний узагальнюючий момент. Для правової спільності притаманною є також органічна єдність нормативних узагальнень. Ця єдність може бути двох видів: а) правова спільність містить загальні норми — норми-принципи, норми-завдання, норми-визначення тощо; б) нормативні узагальнення знаходять відбиття у відповідній спільності у вигляді єдиної термінології, загальних визначень, однакових прийомів правового регулювання тощо [3, с. 36, 37].

Нормативні узагальнення в нормах, за допомогою яких здійснюється правове регулювання цінних паперів, виражаються в наступному. По-перше, розглядувана правова спільність формально відокремлена і виражена єдиним законодавством про цінні папери. Вона містить у собі загальні та спеціальні норми, що складають предмет правового регулювання — відносини у сфері випуску та обігу цінних паперів. Так, Закон України "Про цінні папери та фондову біржу" [6, ст. 508] містить визначення цінних паперів взагалі та окремих їх видів, визначає способи передачі цих документів, порядок їх випуску та обігу та ін. Крім цього, про новий, більш високий рівень нормативного узагальнення в нормах, регулюючих випуск та обіг цінних паперів, свідчить поява в проекті нового Цивільного кодексу України глави 13, яка містить загальні положення про цінні папери та норми, що регламентують окремі їх види.

По-друге, нормативні узагальнення, про які йдеться, виражені єдиною, притаманною тільки цінним паперам термінологією. Ось, наприклад, терміни, що використовуються тільки у сфері правового регулювання випуску та обігу цінних паперів: "емісія", "емі-

тент", "індосамент", "індосація", "коносамент", "дивіденд" тощо. Деякі терміни використовуються у сфері регулювання й інших цивільно-правових відносин, але для регулювання випуску та обігу цінних паперів набувають особливого значення. Це, приміром, такі поняття, як "форма та реквізити", "екземпляр та бланк, оригінал та копія документа", "оборот", "випуск в оборот або обіг" тощо.

Первинною правовою спільністю, що складається із взаємопов'язаних окремих нормативних приписів, є правовий інститут. Інститут права — це відносно невелика, стійка група правових норм, що регулюють відповідний різновид суспільних відносин [17, с. 351]. Не викликає сумніву, що відносини у сфері випуску та обігу цінних паперів складають окремий різновид правовідносин. Це обумовлено перш за все особливостями їх правової природи, які полягають у тому, що цінні папери належать до матеріальних об'єктів цивільних прав поруч з грошима та речами, але істотно відрізняються від них.

Відмінність цінних паперів від грошей полягає в наступному. Маючи спільну (документарну й бездокументарну, готівкову й безготівкову) форму, цінні папери та гроші мають різний зміст. Змістом цінних паперів є відповідне (речове, зобов'язальне або корпоративне) право, в ньому виражене. Зміст же грошей суто економічний і полягає у виконанні ними властивих їм функцій — обігу, забезпечення платежів, накопичення тощо. Емітентом цінних паперів, які є суто приватно-правовим інструментом, можуть бути практично всі суб'єкти цивільного права в межах, визначених законом. Емітентом грошей, які є як приватно-, так і публічно-правовим інструментом, може бути тільки держава в особі відповідних державних органів. Виконання обов'язку емітента, що складає зміст цінного паперу, призводить до припинення існування (погашення) як самого документа, так і права, в ньому вираженого. Винятком із цього правила можуть бути деякі цінні папери, наприклад акції. Використання грошей за їх прямим господарським призначенням не призводить до припинення їх існування, вони можуть використовуватись неодноразово.

У чому ж відмінність цінних паперів і речей? Правовий інтерес суб'єктів цивільного права до певних речей викликаний їх фізичними, хімічними, біологічними, естетичними та іншими властивостями, що обумовлюють їх господарське призначення. Властивості цінних паперів (звісно, документарних, тому що порівнювати бездокументарні папери з речами немає сенсу) щодо якості поліграфічного виконання, кількості ступенів захисту від підробки тощо мають значення для їх набувачів в останню чергу. Правовий інтерес їх на-

бувача викликано передусім змістом того цивільного права, яке в ньому виражено.

Фізичне знищення речей (причому як замічних, так і незамінних) призводить до неможливості використання фізичних властивостей даної речі. А фізичне знищення цінного паперу не обов'язково призводить до неможливості здійснення виражених у ньому прав, бо останні можуть бути відновлені емітентом шляхом одержання дублікату знищеного документа. Загублена річ, хоча й незаконно, але може бути використана особою, яка її знайшла, за її прямим призначенням.

Використання ж за призначенням цінних паперів на пред'явника в разі втрати їх законним держателем, може бути заборонено у межах здійснення процедури, передбаченої цивільно-процесуальним законодавством України. Ця процедура, передбачена главою 38 ЦПК України, полягає у відновленні в судовому порядку прав на втрачені цінні папери на пред'явника. Використання за призначенням іменних та ордерних цінних паперів може бути можливим тільки за умови підробки зловмисником індосаменту й відсутності в емітента інформації про втрату документа. В інших випадках визначення імені законного держателя цінного паперу в його тексті і своєчасне повідомлення емітента про його втрату робить неможливим несанкціоноване використання паперу для здійснення виражених у ньому прав.

Таким чином, юридична своєрідність цінних паперів у порівнянні з іншими об'єктами цивільних прав та особливості правового регулювання цивільних відносин у цій сфері дають підстави зробити наступний висновок. Норми права, що регулюють відносини, пов'язані з випуском та обігом цінних паперів, у системі цивільного права можуть розглядатись як правовий інститут.

Однак доцільно зауважити, що, незважаючи на відносно короткий період формування національного законодавства про цінні папери, норми, про які йдеться, є більш складним системним утворенням, аніж правовий інститут. Зокрема, всі норми в законодавстві про цінні папери можна розмежувати на декілька правових спільностей, які, у свою чергу, теж можуть вважатися правовими інститутами. Наприклад, виходячи зі специфіки врегульованих відносин і ступеня правової регламентації (найвищого в порівнянні з іншими цінними паперами), як самостійний інститут належить розглядати норми, що регулюють вексельні відносини.

Враховуючи загальновизнану класифікацію цінних паперів на види за змістом прав, у них виражених, зазначені норми доцільно розмежувати ще на три інститути. Це інститути цінних паперів зо-

бов'язального, речового та корпоративного змісту. Зазначимо, що не всі правники розглядають інститут як просту сукупність взаємопов'язаних норм, що регулюють відповідну групу суспільних відносин. Так, О.С. Йоффе вперше припустив, що інститут права не завжди є першим підрозділом галузі права, тому що самостійні органічні утворення існують інколи й у межах інституту. Такі правові утворення він пропонував називати субінститутами [4, с. 51].

Поділяючи ідею О.С. Йоффе про існування в системі права субінститутів, слід зазначити, що в межах інститутів цінних паперів зобов'язального та речового змісту є підстави вирізнити згадані правові спільності. Зокрема, субінститутами цінних паперів зобов'язального змісту за законодавством України є норми, що регулюють випуск та обіг облігацій усіх видів, казначейських зобов'язань держави, ошадних сертифікатів, чеків та приватизаційних паперів. Субінститут цінних паперів речового змісту (за проектом нового Цивільного кодексу України) становлять правові норми регулювання коносаментів та варанта. Інститути, які мають у своєму складі декілька субінститутів, у загальній теорії права називають складними. На відміну від розглянутих, інститут цінних паперів корпоративного змісту є простим, тому що містить у собі норми, що регулюють випуск та обіг лише одного виду документів — акцій.

Вбачається, що вищевикладене дозволяє припустити, що норми, за допомогою яких здійснюється правове регулювання цінних паперів, доцільно розглядати як об'єднання правових інститутів — особливий, найвищий рівень будівництва галузі права.

Місце цінних паперів у системі цивільного права (хоча й на прикладі документів на пред'явника) вперше дослідив Н.О. Нерсеов, який висловив думку про те, що деякі інститути цивільного права розміщені між речовим і зобов'язальним правом. До них він пропонував відносити й норми, регламентуючі цінні папери на пред'явника. Із цією думкою, вважаємо, слід погодитися, тим більше що вона поширюється не тільки на папери на пред'явника, але й на іменні та ордерні документи. Цей висновок ґрунтується на тому, що всі види цінних паперів, включаючи документи речового та корпоративного змісту, з одного боку, прирівнюються до речей під час їх обігу, а з другого — при здійсненні виражених у них прав підкорюються положенням зобов'язального права [5, с. 28].

Отже, норми, які регулюють відносини у сфері випуску та обігу цінних паперів, не можуть бути віднесені до інститутів чи їх об'єднань ні речового, ні зобов'язального права. Цей висновок ґрунтується на тому, що, як уже зазначалося, наведена правова спільність містить у собі як норми речового й зобов'язального права, так і нор-

ми, що регламентують виключно цінні папери й обумовлюють їх особливий правовий режим.

Таким чином, наведене дозволяє припустити можливість розгляду правових норм, що регулюють випуск та обіг цінних паперів, як підгалузі цивільного права.

Передумови формування останньої визначаються загальною теорією права. Найсуттєвішою з них є наявність у підгалузі права загального інституту або навіть групи їх, які закріплюються в особливій главі кодифікованого нормативного акта. Для підгалузі права є характерним формування своєрідної загальної частини — норм, які поширюють свою дію на все коло врегульованих взаємопов'язаних відносин, й особливої частини — норм, за допомогою яких здійснюється правове регулювання більш конкретних суспільних відносин [3, с. 155].

Враховуючи вищенаведене, а також тенденції розвитку національного законодавства (зокрема, появу в проекті нового Цивільного кодексу України глави 13, що містить як загальні положення про цінні папери, так і регламентацію окремих їх видів шляхом їх визначення) можна стверджувати, що розглядувані норми завдяки спільним і плідним зусиллям представників науки, практики та законотворців згодом набудуть такого розвитку в кількісних та якісних показниках, що складатимуть самостійну підгалузь цивільного права.

Список літератури: 1. Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. — М.: Госюриздат, 1961. — 188 с. 2. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. — Т. 1. — М.: Юрид. лит., 1981. — 360 с. 3. Алексеев С.С. Структура советского права. — М.: Юрид. лит., 1975. — 264 с. 4. Йоффе О.С. Структурные подразделения системы права (На материалах гражданского права) // Учен. зап. ВНИИСЗ. — Вып. 14. — М., 1968. — 187 с. 5. Нерсесов Н.О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права. — М.: Универ. тип., Страст. бульв., 1889. — 188 с. 6. Про цінні папери та фондову біржу: Закон України // Відом. Верхов. Ради України. — 1991. — № 38. — Ст. 508. 7. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — М.: Юристъ, 1997. — 672 с.

И.В. Жилинкова, канд. юрид. наук

РАЗДЕЛ ИМУЩЕСТВА СУПРУГОВ-ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ

Законодательство, регулирующее предпринимательскую деятельность граждан, рассчитано лишь на непосредственных участников такого рода деятельности. Вместе с тем практически каждый предприни-

матель является человеком, у которого есть супруг, дети, родственники, с которыми его связывают разнообразные имущественные отношения. В этом аспекте, пожалуй, наиболее актуальным сегодня является вопрос о разделе имущества супругов, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

Одним из наиболее сложных в этом плане является раздел имущества предприятий, учредителем которых является один из супругов. Прежде всего необходимо отметить, что второй супруг имеет право требовать раздела имущества такого предприятия лишь в случае, когда вклад в его уставный фонд был создан за счет общего имущества. Вопрос о разделе имущества решается в зависимости от вида самого юридического лица, организационно-правовой формы его деятельности, характера прав супруга-учредителя на имущество этого предприятия и т.д.

Существенными особенностями обладает, например, раздел имущества в случае, когда один из супругов является учредителем (участником) того или иного хозяйственного общества. Законодательство содержит ряд правовых норм, обеспечивающих интересы всех участников общества. Например, существует ряд ограничений, связанных с уступкой доли (части доли), принадлежащей одному из участников, другому лицу, что осуществляется только с согласия всех участников общества. Это объясняется тем, что хозяйственное общество, как правило, представляет собой объединение лиц, имущественные интересы которых тесно связаны между собой. Поэтому нельзя обязать принять постороннее лицо в состав общества без согласия всех его членов. Данные правила необходимо учитывать и при разделе общего имущества, когда в его состав включается доля (часть доли) в хозяйственном обществе, принадлежащая одному из супругов. Этим правилам должны следовать супруги в случае добровольного раздела имущества между собой, а также суд при возникновении спора между сторонами.

При разделе имущества супругов наиболее оптимальной является передача доли (части доли) в имуществе хозяйственного общества в собственность супруга-участника. Соответственно, другому супругу должно быть выделено на такую же сумму иное общее имущество или предоставлена денежная компенсация. Если это невозможно (из-за отсутствия имущества), возникает вопрос о необходимости обращения взыскания на долю супруга-учредителя.

Интересно проследить трансформацию позиции Верховного Суда Украины по этому вопросу. Первоначально судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Украины признала невозможным раздел доли, принадлежащей одному из супругов. При этом было отмечено, что доля, созданная за счет общих средств или имущества супругов,

должна учитываться при разделе между ними их общей совместной собственности, но сама не может быть предметом раздела [5]. Позднее этот подход применительно к обществам с ограниченной ответственностью был изменен. В п.18 правовых позиций судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда отмечает: если при разделе общего имущества супругов невозможно компенсировать другим имуществом долю в уставном фонде общества с ограниченной ответственностью, другой супруг в соответствии со ст.57 Закона «О хозяйственных обществах» вправе требовать в предусмотренном ст.55 этого Закона порядке выделения для удовлетворения своих имущественных требований доли имущества общества, принадлежащей супругу, который является его участником [3, с. 197].

Такая позиция представляется правильной. Второй супруг становится кредитором супруга-участника хозяйственного общества и на общих основаниях (при недостаточности имущества для покрытия долгов) вправе требовать раздела имущества предприятия или выделения в натуральной или денежной форме доли супруга-участника в имуществе общества. Стоимость выделяемой доли в этом случае должна определяться ко дню вступления в силу решения суда. Размер уставного фонда юридического лица, участником которого является один из супругов, подлежит уменьшению. Е.А. Чефранова рассматривает и другое возможное решение проблемы — принудительное отчуждение супругом-собственником принадлежащей ему доли имущества общества по решению суда. Правда, при этом она отмечает, что этот вопрос относится к числу открытых и на него придется давать ответ судебной практике [7, с. 36].

Аналогичное решение должно быть принято при разделе имущества некоторых других видов юридических лиц, учредителями которых выступают супруги. Речь идет о частном предприятии, созданном одним из супругов, и производственном кооперативе, членом которого является супруг-предприниматель. Хотя частное предприятие формально основывается на собственности одного лица — его учредителя (п.1 ст.2 Закона Украины «О предприятиях»), не вызывает сомнений возможность внесения в уставный фонд такого предприятия общего имущества супругов. В этом случае имущество является общей собственностью супругов и подлежит разделу на общих основаниях.

Конечно, раздел может весьма существенно повлиять на экономическое состояние предприятия, вплоть до невозможности продолжения его деятельности. Однако это не означает, что предприятие, учрежденное одним из супругов, должно быть сохранено любым путем и, в частности, за счет интересов другого супруга. Если же один из супругов является членом кооператива и его пай был образован за счет их общих средств и

трудового вклада, сделанного в период брака, то второй может требовать раздела принадлежащего ему пая и вступления в кооператив. Если общее собрание членов кооператива откажет ему в приеме, он может ставить вопрос о выделе имущества в денежной или натуральной форме.

Частные предприятия, хозяйственные общества и другие виды коммерческих юридических лиц имеют целью своей деятельности получение прибыли. Возникает вопрос о правовом режиме прибыли (дивидендов), полученной от деятельности предприятия, учредителем или участником которого является один из супругов. Если в уставный фонд предприятия было вложено их общее имущество, такой вопрос решается однозначно: прибыль (дивиденды) от деятельности предприятия, полученная супругом-предпринимателем, становится общей, если иное не было оговорено в их брачном контракте.

Сложности при определении правового режима прибыли предприятия возникают в случае, если в уставный фонд было вложено раздельное имущество. Законодательство не дает прямого ответа на вопрос, к общему или раздельному имуществу необходимо относить прибыль (дивиденды), полученную супругом-предпринимателем от деятельности предприятия. В соответствии с действующим законодательством, все имущество, нажитое супругами в период брака, является общим. С учетом этого в литературе была высказана мысль о том, что доходы, полученные супругом-предпринимателем от капитала, внесенного им в уставный фонд юридического лица (дивиденды по акциям, проценты по облигациям, доля прибыли, распределяемая между участниками общества) принадлежат на праве собственности обоим супругам [2, с. 22].

Такой подход можно признать правильным с точки зрения его соответствия действующему законодательству (ч 1 ст. 22 КоБС Украины). Однако с учетом перспектив развития имущественных отношений супругов он вряд ли может быть принят. Е.А. Чевранова совершенно точно подметила «отечественную традицию, которая отдавала предпочтение общему перед личным, а также складывавшуюся в течение десятилетий судебную практику, которая всегда исходила из предположения о принадлежности к совместной собственности супругов любого вида имущества, поступившего к ним после заключения брака» [7, С. 21].

То, что законодательство молчаливо относило плоды и доходы от раздельного имущества супругов к их общей собственности, легко объяснимо. В течение десятилетий супруги не только не получали прибыли или доходов от имущества (исключение – выигрыши по лотерее и проценты по вкладам), но нередко и как такового имущества, подлежащего разделу, не имели. О возможности иметь на праве собственности предприятия, пая, акции, другие ценные бумаги речь не шла вообще. Поэтому законодательство не содержало специальных норм, определяющих

правовой режим прибыли предприятий, принадлежащих супругам на праве собственности.

Иное положение складывается сегодня, когда прибыль от имущества может быть весьма значительной. Трудно найти причины, по которым прибыль предприятия, принадлежащего на праве собственности одному из супругов, может быть отнесена к имуществу, нажитому супругами в период брака. В связи с этим совершенно справедливым можно признать закрепление в проекте ГК Украины нормы о том, что, если одному из супругов принадлежит на праве собственности имущество предприятия (его часть), то и доходы, приносимые им, также относятся к раздельному имуществу супругов (п. 2 ст. 1303 проекта ГК).

Супругам на праве собственности могут принадлежать различные виды ценных бумаг [2, С. 22]. Последние являются специфическим объектом права супружеской собственности, что обуславливает особенности осуществления супругами правомочий по их владению, пользованию и распоряжению, а также и разделу. Правоведы отмечают дуалистическую природу ценных бумаг: с одной стороны, они выступают как предметы материального мира, а с другой — имеют свое внутреннее содержание, т.е. наличие закрепленных в них имущественных прав [4, с. 107]. Правовой режим ценных бумаг, принадлежащих супругам на праве собственности, зависит от их вида (акции, облигации, сберегательные сертификаты и т.д.), характера (именные, ордерные, предъявительские), времени и порядка приобретения (до брака или в период брака; за счет общих или раздельных средств супругов и т.д.).

Ценные бумаги могут являться объектом как общей совместной, так и раздельной собственности супругов. Здесь действует общее правило. К раздельному имуществу супругов относятся ценные бумаги, полученные каждым из них до брака, в период брака по договору дарения или в результате наследования, в случае приобретения ценных бумаг на фондовой бирже за счет собственных средств. К раздельному имуществу должны быть отнесены также все виды ценных бумаг, полученные каждым из супругов в процессе приватизации государственного имущества.

В соответствии с п. 5 ст. 2 Закона Украины «О приватизационных бумагах» от 6.03.1992г. [1] каждый гражданин Украины имеет равное право на получение приватизационных бумаг одинаковой номинальной стоимости для приватизации доли имущества государственных предприятий, государственного жилищного и земельного фонда. Приватизационные бумаги подтверждают неотъемлемое право каждого гражданина Украины на получение части государственного имущества. Это право не может быть передано другому лицу, в том числе и супругу, так как ценные бумаги свободному обращению не подлежат, а их продажа, отчуждение иным способом являются недействительными (п. 1 ст. 5 Закона). Гра-

ждане могут использовать полученные ими приватизационные бумаги путем их обмена на другие ценные бумаги - акции, устанавливающие и удостоверяющие право собственности на долю государственного имущества (п.3 ст. 4 Закона). Так как приватизационные бумаги являются объектом права собственности получившего их гражданина, то и акции предприятий, полученные в результате обмена приватизационных бумаг, составляют раздельное имущество супругов и принадлежат тому из них, кто осуществил свое право на приватизацию.

Законодательство не содержит прямых указаний относительно правового режима сумм дивидендов (процентов, дохода), полученных в период брака от ценных бумаг, принадлежащих на праве собственности одному из супругов. Исходя из ст.133 ГК, определяющей правовой режим плодов и доходов, приносимых вещами, можно сказать, что суммы дивидендов (гражданские плоды) должны принадлежать на праве собственности тому из супругов, который является собственником ценной бумаги.

Ценные бумаги могут принадлежать обоим супругам на праве общей совместной собственности, если они были приобретены супругами в период брака по договору купли-продажи или мены. Например, Закон Украины «О хозяйственных обществах» предусматривает возможность свободного обращения акций на фондовом рынке (ст.29, 30). Это означает, что супруги в период брака могут купить их без каких-либо ограничений или вложить общие средства и стать собственниками других ценных бумаг — облигаций внутренних республиканских и местных займов, казначейских обязательств республики, депозитных сертификатов и т.п. При этом не имеет значения, кто именно является непосредственным владельцем ценной бумаги (в том числе и именной).

Владение, пользование и распоряжение принадлежащими им ценными бумагами супруги осуществляют по общим правилам. Однако непосредственно реализовать заключенное в них право (на участие в управлении акционерным обществом, получение номинальной стоимости ценной бумаги, процентов от номинальной стоимости, дивидендов, дохода и т.п.) может только один из супругов — их непосредственный владелец. Другой имеет право на получение соответствующей доли в стоимости ценной бумаги в случае раздела общего имущества супругов.

Как уже было отмечено, сама по себе ценная бумага является неделимой. Если в состав супружеского имущества включается одна ценная бумага, то в случае раздела она подлежит передаче тому супругу, который является ее непосредственным владельцем. При этом другой получает иное имущество из числа общего имущества или соответствующую денежную компенсацию. Если же ценных бумаг несколько, здесь возможны два решения: а) передача всех ценных бумаг одному из супругов

(когда ценные бумаги являются именными); б) раздел ценных бумаг между супругами (когда ценные бумаги относятся к предъявительскому типу). Если ценные бумаги при разделе передаются одному из супругов, второй имеет право получить иное имущество в счет причитающейся ему доли или денежную компенсацию.

Здесь вновь возникает проблема, связанная с невозможностью выплаты компенсации или передачи супругу другого имущества в связи с отсутствием такового. И.В. Спасибо-Фатеева считает, что в данном случае возможна принудительная реализация акций в порядке, установленном законодательством и уставом общества [6, с. 233]. Такая позиция представляется убедительной, так как в полной степени обеспечивает интересы другого супруга. Такое решение, видимо, возможно и в случае, когда речь идет об акционерных обществах закрытого типа, акции которого не могут распространяться между лицами, не являющимися участниками общества.

При разделе между супругами ценных бумаг необходимо учитывать их стоимость. Как известно, стоимость отдельных видов ценных бумаг может колебаться в зависимости от экономической конъюнктуры фондового рынка. Поэтому они могут иметь различную реальную стоимость на момент их приобретения и на момент решения вопроса о разделе имущества супругов, что должно быть учтено в процессе раздела. В литературе была высказана справедливая мысль о том, что ценные бумаги, входящие в состав супружеского имущества, «должны быть поделены между супругами поровну не по их номинальной стоимости, а по стоимости в соответствии с той биржевой котировкой, которую они имеют на момент рассмотрения спора в суде. Номинальная стоимость может быть положена в основу оценки лишь в случае, когда те или иные акции не котируются на фондовой бирже. То же относится и к государственным ценным бумагам разных видов, а также выпусков, серий и т.п., дающих разный уровень доходности. Не могут быть выделены на долю одного супруга исключительно ценные бумаги низкой доходности, а на долю другого — высокой» [7, с. 35]. Если при разделе имущества, в состав которого входят ценные бумаги, возникнут вопросы относительно их стоимости и потенциальной доходности, суд для вынесения решения должен назначить экспертизу.

Список литературы: 1. Ведомости Верховного Совета Украины. - 1992. - №24. - Ст.352. 2. Липок Л., Кройтор В. Имущественные отношения супругов в условиях рыночной экономики //Бизнес-информ. - 1995. - №31, 32. - С.21-23. 3. Правові позиції щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ // Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995-1998) / Відп. ред. П.І.Шевчук. - К.: Юринком Інтер, 1998. - 272 с. 4. Право собственности в Украине / Под ред. Я.Н. Шевченко - К.: Блиц-Информ, 1996. - 320 с. 5. Правовые позиции судебной коллегии по гражданским делам Верховного

Суда Украины в связи с анализом причин пересмотра судебных решений по гражданским делам в 1994г. (п.59) // Юрид. вісн. України. 18 липня 1995р. - №3, 4. 6. Спасибо-Фатеева И.В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения. - Харьков: Право, 1998. - 251 с. 7. Чефранова Е. Правовое регулирование имущественных отношений супругов // Рос. юстиция. - 1996. - №7. - С.35, 36.

Г.А. Светличная, канд. юрид. наук

АКТЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ В СТАДИИ ПОДГОТОВКИ К СУДЕБНОМУ РАЗБИРАТЕЛЬСТВУ ДЕЛ ОСОБОГО ПРОИЗВОДСТВА

Правосудие как правоприменительная деятельность характеризуется специфической процессуальной формой. Анализ ст. 1 ГПК Украины свидетельствует, что она присуща не только разбирательству дела в судебном заседании, но и иным этапам судебной деятельности. С учетом этого следует признать необоснованной точку зрения, в соответствии с которой действие гражданской процессуальной формы в судопроизводстве не распространяется на подготовку дела к судебному разбирательству [11, с. 4-18]. Стадия подготовки дел особого производства к судебному разбирательству является важной составной частью правоприменительного процесса, осуществляемого в установленной законом процессуальной форме, одним из признаков которой является строгая правовая регламентация способов и форм процессуального выражения и закрепления совершаемых процессуальных действий.

З.К. Абдуллина подчеркивает, что процессуальные действия суда независимо от их характера и той стадии процесса, в которой они совершаются, содержат в себе властное волеизъявление и выражаются в особой процессуальной форме в виде судебных постановлений [1, с. 3]. Еще раньше В.К. Пучинский пришел к выводу о том, что, поскольку в единоличных действиях судьи при совершении подготовительных действий проявляется властная воля государственного органа (суда), выполняющего функцию правосудия, эта воля должна быть выражена в особых процессуальных актах — судебных определениях [9, с. 88].

Согласно утвердившейся в процессуальной литературе точке зрения определения суда (судьи) — это акты применения норм процессуального права, направленные на возникновение процесса, его развитие и завершение, закрепляющие властный характер суждений и волеизъявлений суда по тем или иным вопросам, возникающим в ходе рассмотрения гражданских дел, и не касающиеся разрешения спора по существу [8, с. 233; 16, с. 246].

В соответствии с ч. 1 ст. 232 ГПК вопросы, связанные с движением дела в суде первой инстанции, разные ходатайства и заявления лиц, участвующих в деле, вопросы об отложении рассмотрения дела, приостановлении или прекращении производства по делу, оставлении заявления без рассмотрения разрешаются мотивированными определениями. Как утверждал М.А. Гурвич, действия суда в процессе различны по содержанию: одни направлены на организацию процесса, другие — на руководство его ходом, третьи — на окончание процесса, но, будучи различными по содержанию и значению, все они одинаковы по своей природе и являются действиями по правосудию [6, с. 6]. Аналогичную позицию по вопросу правовой природы процессуальных действий суда (судьи), не связанных с разрешением дела по существу отстаивают и другие ученые [1, с. 5; 3, с. 30].

Следует, однако, отметить, что в литературе были высказаны и противоположные суждения, согласно которым не все определения суда являются актами правосудия, а лишь те, которыми завершается урегулирование материально-правового спора без вынесения решения (об утверждении мирового соглашения сторон и прекращении производства по делу по указанному основанию, о прекращении производства по делу ввиду отказа истца от иска, когда законность такого отказа санкционирована судом) [18, с. 21, 22]. С этим утверждением вряд ли можно согласиться. Во-первых, независимо от характера разрешаемого вопроса судебные определения представляют собой процессуальную форму выражения властной судебной деятельности. Несмотря на вспомогательный характер этих актов, элемент властности в них сочетается с признаком обязательности для тех лиц, которым они адресованы, поскольку ими разрешаются вопросы, от которых зависит результат деятельности суда по отправлению правосудия. Во-вторых, правосудие — сложное понятие, охватывающее большой круг разнообразных действий и процессуальных отношений. Ряд таких действий находит выражение и закрепление в таких процессуальных документах, как постановления суда в форме определений. Поэтому в процессуальной литературе справедливо отмечено, что было бы принципиально неправильно целостное по задачам и единое по форме явление делить на действия, которые должны быть отнесены к понятию правосудия, и на действия, которые составляют иную, неправосудную судебную деятельность [8, с. 234]. Необходимо, таким образом, разграничивать вспомогательные правосудные акты и заключительные акты правосудия.

В процессуальной литературе высказано мнение, согласно которому судебное решение следует рассматривать не только как акт

правосудия, но и как процессуальный документ, являющийся внешним выражением акта правосудия [5, с. 35; 16, с. 246]. На наш взгляд, это положение применимо и по отношению к судебным определениям, в том числе и постановляемым при подготовке к судебному разбирательству дел особого производства.

На основе анализа действующего законодательства (ст. 323, 325, 326, 338 ГПК) можно сделать вывод, что вспомогательные акты правосудия в той же мере, что и заключительные, должны отвечать требованиям законности и обоснованности. Законность состоит в соответствии содержания такого акта применяемым судом правовым нормам, а также в соблюдении порядка его вынесения, установленного законом. Обоснованность означает соответствие выводов суда по рассматриваемому вопросу обстоятельствам дела, фактическому и доказательственному материалу.

В противном случае, согласно ст. 323 ГПК отдельно от решения суда определение может быть обжаловано лицами, участвующими в деле, в течение десяти дней со следующего дня после оглашения, если это прямо предусмотрено законом или если оно препятствует дальнейшему движению дела. Например, определение от отказе в обеспечении доказательств (ч. 2 ст. 39 ГПК). Возражения против иных постановлений, не являющихся самостоятельным объектом обжалования, могут быть включены в кассационную жалобу (представление) на судебное решение. К ним, в частности, относятся определения об удовлетворении заявления об обеспечении доказательств, в том числе о назначении экспертизы (ст. 39, 57 ГПК), о продлении срока подготовки дела к судебному разбирательству (ст. 146 ГПК), об окончании подготовки дела к судебному разбирательству (ст. 147 ГПК). На необходимость правильного решения этих вопросов было обращено внимание Пленумом Верховного Суда Украины в п. 8 постановления № 8 от 11 октября 1985 г. "О практике рассмотрения судами Украины гражданских дел в кассационном порядке" [2, с. 418].

Содержание определения суда как процессуального документа должно отвечать требованиям ст. 234 ГПК Украины. Действие указанной нормы распространяется только на те из них, которые выносятся в виде отдельного процессуального документа.

В теории гражданского процессуального права структуру судебного определения представляют состоящей из четырех частей: вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной [3, с. 81; 4, с. 376-378; 10, с. 182; 17, с. 140]. Вводная часть должна содержать обязательные для любого постановления сведения о времени и месте его вынесения, указание фамилии и инициалов судьи, производяще-

го соответствующее процессуальное действие. В описательной части кратко, но полно и ясно излагается суть вопроса, мнения и доводы заявителей, заинтересованных лиц по этому вопросу (ч. 4 ст. 234 ГПК). Логическим ее продолжением является мотивировочная часть, имеющая особо важное значение, поскольку в ней обосновываются выводы судьи по разрешаемому вопросу, а это служит гарантией истинности и справедливости постановления, гарантией законности и обоснованности как конкретного акта, так и всей процессуальной деятельности по его вынесению. В мотивировочной части обязательна также ссылка на закон, которым при этом руководствовался суд (п. 5 ст. 234 ГПК). Как правило, отсутствие обоснования выводов суда признается существенным процессуальным нарушением. Серьезным недостатком является неполнота мотивировки, ее противоречивость и недостаточная ясность, поскольку это затрудняет оценку любого судебного постановления с точки зрения его законности и обоснованности. На это обратил внимание Пленум Верховного Суда Украины в п. 16 постановления от 21 декабря 1990 г. "О практике применения судами процессуального законодательства при рассмотрении гражданских дел по первой инстанции" [2, с. 408, 409]. Заключительная (резолютивная) часть содержит вывод суда по разрешаемому вопросу, срок и порядок его обжалования (п. 6, 7 ст. 234 ГПК).

Каждая стадия процесса имеет специфические задачи, в каждой стадии процесса распорядительные действия суда направлены на достижение соответствующей цели, и это отражается на содержании и форме подготовительных определений. Содержание некоторых из них прямо предусмотрено в законе. Так, в определении о судебном поручении должна быть кратко изложена суть рассматриваемого дела, указаны обстоятельства, подлежащие выяснению, доказательства, которые должен собрать суд, выполняющий поручение (ч. 2 ст. 33 ГПК). В определении о назначении экспертизы должен быть обозначен круг вопросов, по которым нужны выводы экспертов, необходимо также указание о том, кому поручается ее проведение (ч. 2 ст. 57 ГПК). По делам вызывного производства резолютивная часть определения об обеспечении заявления должна содержать запрет выдавшему документ учреждению производить по нему платежи и выдачи, а также вывод о производстве публикации о вызове держателя ценной бумаги в суд (ст. 278 ГПК).

Изучение правовой формы и содержания процессуальных документов, постановляемых в стадии подготовки дел особого производства к судебному разбирательству, позволяет сделать вывод, что согласно существующей в процессуальной литературе класси-

фикации они по субъективному признаку относятся к единоличным, по форме — к определениям, выносимым в виде отдельного процессуального документа, по содержанию и влиянию на развитие процесса — к подготовительным.

Последние, по мнению некоторых авторов, можно в зависимости от функционального назначения разделить на самостоятельные группы [3, с. 31; 7, с. 8, 9; 12, с. 179; 13, с. 267]. Судебные акты, постановляемые в стадии подготовки к судебному разбирательству дел особого производства, с учетом этого классифицируются на определения: а) по вопросам движения дела (подготовке дела к судебному разбирательству, о назначении дела к рассмотрению, о продлении сроков подготовки); б) по привлечению участников процесса — органов государственного управления, заинтересованных лиц и т.д.; в) по формированию доказательственного материала (об обеспечении доказательств, о назначении экспертизы, о судебном поручении, об истребовании и приобщении к делу письменных и вещественных доказательств, о вызове свидетелей и др.); г) по обеспечению заявления (о запрете учреждению, выдавшему ценную бумагу, производить по ней какие-либо операции).

ГПК Украины не предусматривает вынесение определения о подготовке дела к судебному разбирательству. Однако необходимость в этом очевидна. В данном случае судья должен руководствоваться общей нормой — ст. 232 ГПК, согласно которой вопросы, связанные с движением дела в суде первой инстанции, разрешаются мотивированным определением. Целесообразнее, на наш взгляд, было бы дополнить ГПК специальной нормой, предусматривающей содержание такого судебного акта и устанавливающей порядок его постановления.

Пленум Верховного Суда Украины в п. 2 постановления № 9 от 21 декабря 1990 г. "О практике применения судами процессуального законодательства при рассмотрении гражданских дел по первой инстанции" попытался частично решить эту проблему, разъяснив, что при постановлении определения о принятии заявления и возбуждении дела судья, кроме ст. 5, 136 ГПК, должен руководствоваться ст. 143 ГПК, если в нем указываются процессуальные действия, которые необходимо совершить при подготовке дела к судебному разбирательству [2, с. 403]. Представляется целесообразным это делать только в тех случаях, когда при принятии заявления судья может точно установить характер заявленного требования, норму материального права, подлежащую применению, и с учетом этого, решить вопрос об объеме необходимых подготовительных действий. Безусловно, это не всегда возможно, что и предопределяет необходимость

вынесения отдельного определения о подготовке дела к судебному разбирательству. Кстати, вопросы процессуального оформления действий суда по принятию заявления и возбуждению гражданского дела ГПК специальной нормой также не регулирует. Поэтому правильная по существу рекомендация приведенного постановления Пленума не исключает необходимости законодательного решения этого вопроса.

Необходимость правовой регламентации вынесения определений о принятии заявления и возбуждения гражданского дела, о подготовке дела к судебному разбирательству обусловлена в первую очередь тем, что ими разрешаются этапные вопросы процесса, связанные с его движением.

Признав дело особого производства достаточно подготовленным, судья выносит в соответствии со ст. 147 ГПК определение о назначении дела к рассмотрению с указанием в нем, какие подготовительные действия им произведены, и устанавливает время рассмотрения дела. Таким образом, как бы подводиться итог проведенной работы в данной стадии процесса, делается отчет о выполнении запланированных подготовительных действий. К сожалению судьи не всегда уделяют этому вопросу должное внимание и либо вообще не фиксируют, что ими сделано по подготовке данного дела к судебному разбирательству, либо ограничиваются указанием о том, что по делу собраны необходимые доказательства. В связи с этим вышестоящие суды при пересмотре дел вполне обоснованно обращают внимание на недостатки их подготовки в суде первой инстанции и в этом чаще всего видят причины необоснованности и незаконности выносимых решений.

Согласно ст. 146 ГПК подготовка дела к судебному разбирательству должна быть проведена не более, чем в семидневный срок. В исключительных случаях по сложным делам этот срок может быть продлен до двадцати дней со дня принятия заявления, что должно оформляться мотивированным определением в соответствии со ст. 232 ГПК. На основании указанной общей нормы осуществляется также процессуальное закрепление действий судьи по привлечению или допуску заинтересованных лиц к участию в процессе.

Определения, которыми разрешаются вопросы по формированию доказательственного материала, в одних случаях постановляются на основании специальных норм, регламентирующих их содержание и регулирующих порядок вынесения, в других — в соответствии с общей нормой, т.е. ст. 232 ГПК. Так, специальными нормами регулируются порядок вынесения и содержание определений о судебном поручении по собиранию доказательств (ст. 33 ГПК), обес-

печении доказательств (ст. 36 ГПК), назначении экспертизы (ст. 57 ГПК), производстве осмотра на месте (ст. 189 ГПК), обеспечении заявления по делам вызывного производства (ст. 278 ГПК).

Одним из наиболее неразработанных вопросов в науке гражданского процессуального права является институт законной силы судебного определения. В первую очередь необходимо отграничить его от законной силы судебного решения, показать своеобразие и практическое значение. Для разрешения этой проблемы, безусловно, следует исходить из общих положений рассматриваемого института, в то же время учитывая, что в большинстве случаев эти судебные акты постановляются по вопросам, имеющим подчиненное значение по отношению к разрешению дела по существу.

В процессуальной литературе неоднозначно решается вопрос о том, все ли судебные определения вступают в законную силу. По мнению одних ученых, вступают в законную силу по истечении срока на обжалование и опротестование только те из них, которые оформлены как самостоятельный процессуальный документ, а остальные — в законную силу не вступают, но, как и акты органов государственного управления, являются обязательными для исполнения [4, с. 379]. Критериями вступления или невступления определения в законную силу служат в данном случае форма, в которую оно облечено, и возможность его обжалования. С учетом этого вступают, соответственно, в законную силу, определения, постановленные только в виде отдельного процессуального документа, и только те, что являются самостоятельным объектом обжалования, с чем вряд ли можно согласиться. По утверждению других процессуалистов, законную силу приобретают те определения суда первой инстанции, которые, будучи актами применения норм материального и процессуального права, предписывают порядок действий и выполнение обязанностей субъектами конкретных отношений на основе примененной нормы [8, с. 243]. Представляется, что и в этом случае без достаточных оснований сужается круг таких определений. Не случайно большинство ученых, точка зрения которых представляется более убедительной, полагают, что в законную силу вступают все судебные определения, в том числе и постановляемые в стадии подготовки, поскольку каждое из них целенаправленно и влечет за собой соответствующие правовые последствия [1, с. 14; 14, с. 253; 15, с. 191].

Время вступления этих судебных постановлений в законную силу ГПК не устанавливает. В теории данный вопрос решается в зависимости от предусмотренного законом порядка обжалования указанных судебных актов. Одни вступают в законную силу с момента

их вынесения, другие — по истечении срока на обжалование или в случае обжалования (опротестования), если они не отменены, после проверки судом кассационной инстанции [15, с. 191].

Исходя из этого, с момента вынесения вступают в законную силу определения по подготовке дел особого производства, не являющиеся самостоятельным объектом обжалования. Вторую группу, соответственно, составляют те из них, которые являются самостоятельным объектом обжалования, и вступают в законную силу по истечении срока на обжалование, если они не были обжалованы и на них не внесено представление.

Неоднозначно решается в процессуальной науке и судебной практике вопрос о правовых последствиях вступления определений в законную силу. Из всего многообразия суждений по указанной проблеме можно выделить два основных положения, на которые обращают внимание ученые: а) вступление определений в законную силу влечет, в основном, те же правовые последствия, что и вступление в законную силу судебных решений; б) по своему объему и содержанию эти последствия зависят от вида определения, выполняемой им функциональной роли в процессе.

Анализ действующего законодательства и высказанных в процессуальной литературе мнений [1, с. 14; 3, с. 111, 112; 19, с. 295] позволяет сделать вывод, что: а) вступившие в законную силу определения по подготовке дел особого производства к судебному разбирательству не обладают свойствами исключительности, преюдициальности и неопровержимости; б) законная сила их выражается только в обязательности и исполнимости.

Список литературы: 1. Абдулина З.К. Определения суда I инстанции в советском гражданском процессе: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. — М., 1964. — 18 с. 2. Бюллетень законодательства і юридичної практики України. — 1995. - № 1. 3. Воронков Г.В. Определения суда первой инстанции в советском гражданском процессе. — Саратов: Изд-во Саратов. юрид. ин-та, 1967. — 119 с. 4. Гражданское процессуальное законодательство (комментарий). — М.: Юрид. лит., 1991. — 720 с. 5. Гурвич М.А. Решение советского суда в исковом производстве. — М.: ВЮЗИ, 1955. — 128 с. 6. Гурвич М.А. Судебное решение (теоретические проблемы). — М.: Юрид. лит., 1976. — 176 с. 7. Заворотко П.П. Штефан М.Й. Судове рішення. — К.: Вид-во КДУ, 1971. — 186 с. 8. Курс советского гражданского процессуального права / Под ред. А.А. Мельникова. — М.: Наука, 1981. — Т. 2. — 510 с. 9. Пучинский В.К. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству. — М.: Госюриздат, 1962. — 90 с. 10. Пушкарь Е.Г. Исковое производство в советском гражданском процессе. — Львов: Вища шк., 1978. — 199 с. 11. Рассахатская Н.А. Гражданская процессуальная форма: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. — Саратов, 1995. — 19 с. 12. Советский гражданский процесс / Под ред. А.А. Добровольского. — М.: Изд-во МГУ, 1979. — 367. 13. Советский гражданский процесс / Под ред. М.К. Треушниковой. — М.: Изд-во МГУ, 1989. — 463 с. 14. Советский гражданский процесс / Под ред. К.И. Комиссарова, В.М. Семе-

нова. – М.: Юрид. лит., 1978. – 432 с. 15. Советский гражданский процесс / Под ред. С.Ю. Каца, Л.Я. Носко. – К.: Вища шк., 1982. – 424 с. 16. Цивільні процесуальні право України / За ред. В.В. Комарова. – Харків: Основа, 1992. – 416 с. 17. Чечот Д.М. Постановления суда первой инстанции по гражданским делам. – М.: Госюриздат, 1958. – 166 с. 18. Чуйков Ю.Н. Частное определение в гражданском судопроизводстве. – М.: Юрид. лит., 1974. – 120 с. 19. Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс: Учебник. – М.: Госюриздат, 1956. – 440 с.

И.В.Удальцова, канд. юрид. наук

ПРЕДМЕТ ДОКАЗЫВАНИЯ И ДОКАЗАТЕЛЬСТВА ПО ДЕЛАМ О ПРИЗНАНИИ ГРАЖДАНИНА ОГРАНИЧЕННО ДЕЕСПОСОБНЫМ И НЕДЕЕСПОСОБНЫМ

При подготовке к судебному разбирательству дел о признании гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным большое значение имеет определение предмета доказывания, а также круга доказательств, необходимых для рассмотрения дела.

Сложность структуры предмета доказывания по этим делам заключается в том, что нормы, регулирующие основания признания гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным, являются нормами с относительно определенной гипотезой, т.е. с незавершенным регламентом [7, с. 59-61].

Так, согласно ст. 15 ГК Украины гражданин, который вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставит себя и свою семью в тяжелое материальное положение, может быть ограничен судом в дееспособности. Это означает, что в предмет доказывания, входят: а) факт злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами; б) факт тяжелого материального положения этого лица и его семьи как следствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами.

Каждый из этих фактов в отдельности не дает основания для ограничения дееспособности лица. Если, например, гражданин ставит себя и свою семью в тяжелое материальное положение не в результате указанных в законе действий, а по иным причинам, то признать его ограниченно дееспособным нельзя. Отсутствуют основания для признания гражданина ограниченно дееспособным и в тех случаях, когда злоупотребление спиртными напитками или наркотическими средствами не отражается на его материальном положении и материальном положении его семьи.

Закон не раскрывает содержания понятий “злоупотребление спиртными напитками или наркотическими средствами” и “тяжелое материальное положение”. По нашему мнению, злоупотреблением спиртными напитками или наркотическими средствами, дающим основание для ограничения дееспособности гражданина, можно считать такое чрезмерное или систематическое их употребление, которое находится в противоречии с интересами его самого и его семьи, влечет непосильные расходы на их приобретение, вызывает материальные затруднения, что ставит гражданина и его семью в тяжелое положение.

Тяжелое материальное положение может быть и следствием уклонения лица от выполнения материальных обязанностей перед семьей, затрат семьи на его полное или частичное содержание. Решая вопрос о том, приводит ли злоупотребление гражданином спиртными напитками или наркотическими средствами к тяжелому материальному положению, суды нередко сравнивают доходы заявителя и ответчика. Полагаем, что сам факт наличия у членов семьи самостоятельного источника доходов, даже если их размер превышает доходы самого лица, не имеет в данном случае правового значения. Если суд установит, что лицо отчуждает имущество, расходует заработную плату на приобретение спиртных напитков или наркотических средств и в связи с этим находится на содержании заявителя, он должен ограничить это лицо в дееспособности [5, с. 47, 48].

По делам о признании гражданина недееспособным предмет доказывания определяется ст. 16 ГК Украины. Анализ этой нормы показывает, что в предмет доказывания входят следующие факты: 1) наличие психического заболевания или слабоумия; 2) неспособность гражданина понимать значение своих действий или руководить ими. Причем эти факты также составляют органичное единство и только при наличии их в совокупности можно признать гражданина недееспособным.

Таким образом, злоупотребление спиртными напитками или наркотическими средствами, а также тяжелое материальное положение являются оценочными понятиями. Вывод суда о наличии или отсутствии оснований для признания гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным суд делает в каждом случае индивидуально с учетом конкретных обстоятельств дела, круг которых должен быть определен в стадии его подготовки. Факты, входящие в предмет доказывания, должны подтверждаться соответствующими доказательствами, которые необходимо собрать в стадии подготовки дела к судебному разбирательству.

Определяя круг доказательств, необходимых для установле-

ния этих фактов, суд должен руководствоваться правилами об относимости доказательств и допустимости средств доказывания (ст. 28, 29 ГПК Украины). Следует отметить, что вопрос об относимости доказательств и допустимости средств доказывания решается в особом производстве так же, как и в других двух видах судопроизводства [10, с. 136-157].

Так, факты злоупотребления гражданином спиртными напитками или наркотическими средствами могут подтверждаться актами органов милиции, справками медицинских выпрезвителей, наркологических диспансеров, копиями приказов об увольнении за появление на работе в нетрезвом состоянии или в состоянии наркотического либо токсического опьянения и т.п. Факт уклонения лица от выполнения материальных обязанностей перед семьей, затраты семьи на полное или частичное содержание лица, злоупотребляющего спиртными напитками или наркотическими средствами, которые приводят к тяжелому материальному положению этого лица и его семьи, также должен подтверждаться доказательствами, круг которых определяется при подготовке дела к судебному разбирательству.

Ненадлежащая подготовка дела к судебному разбирательству в части обеспечения дела необходимым доказательственным материалом является причиной постановления незаконных и необоснованных решений. Так, Фрунзенский районный суд г. Харькова признал В. ограниченно дееспособным, однако факты злоупотребления им спиртными напитками и то, что его семья в связи с этим находится в тяжелом материальном положении, материалами дела не были подтверждены. В деле имеются: характеристика с места работы, в которой В. характеризуется положительно, хотя и отмечен один случай нахождения на работе в состоянии опьянения; справка информационного центра УВД о том, что В. по учетам центра не проходит; справка медвыпрезвителя о том, что за период 1993 – 1995 гг. В. в медвыпрезвитель не доставлялся. Суд не допросил свидетелей по месту работы и жительства, не выяснил, применялись ли к нему меры общественного и административного воздействия [1, № 2 – 1468/95].

По делам о признании гражданина недееспособным доказательствами по делу могут быть любые данные, подтверждающие (или опровергающие) факт психической болезни или слабоумия гражданина. Ими могут быть медицинские справки о состоянии здоровья, выписки из истории болезни различных лечебных учреждений, в которых лицо находилось на излечении или состояло (состоит) на специальном учете, а также документы, составленные работниками милиции, представителями общественности, и другие мате-

риалы, подтверждающие, что у гражданина имеются отклонения от обычных норм поведения и совершаемые им поступки несвойственны психически здоровому человеку. Факт неспособности гражданина понимать значение своих действий или руководить ими может быть установлен только на основании заключения судебно-психиатрической экспертизы и не может быть подтвержден иными средствами доказывания (ст. 260 ГПК).

Назначение и проведение экспертизы — одно из важнейших процессуальных действий, которое должно быть проведено в ходе подготовки к судебному разбирательству дел о признании гражданина недееспособным. Согласно ст. 258 ГПК Украины судья назначает судебно-психиатрическую экспертизу при наличии достаточных данных о психической болезни или слабоумии гражданина. Достаточность данных в каждом отдельном случае судья определяет, исходя из конкретных обстоятельств дела.

В литературе правильно отмечается, что недопустимо назначать такую экспертизу только на основании заявления о возбуждении дела без достаточно обоснованных предложений и данных о наличии у гражданина душевной болезни [4, с. 136]. Как правило, в качестве данных, свидетельствующих о душевной болезни, выступают справки психиатрических больниц о нахождении лица на стационарном лечении. Использовать их в качестве основания для назначения экспертизы следует с определенной степенью осторожности.

К примеру, по делу И. о признании недееспособным ее мужа Г. суд располагал ответом психиатрической больницы, данным на письмо заявительницы, о том, что Г. лечится на стационаре по поводу психического расстройства. Наряду с этим из материалов дела было видно, что заявительница не проживает с Г. в течение ряда лет, о состоянии его здоровья не осведомлена, а признания Г. недееспособным добивалась для расторжения брака в упрощенном порядке. Г., инвалид войны, имевший ранение в голову и недавно выписавшийся из больницы в хорошем состоянии после поддерживающего курса лечения, был по определению суда подвергнут судебно-психиатрической экспертизе. Экспертиза установила, что он понимает значение своих действий и может руководить ими [2, № 2-938/82]. Данное дело интересно в том отношении, что не исключаются случаи направления граждан на психиатрическую экспертизу без наличия достаточных к тому оснований.

В целях избежания подобных случаев и нежелательных для граждан последствий от прохождения экспертизы, полагаем, что содержание ст. 258 ГПК Украины необходимо дополнить, предусмотр-

рев положение о том, суд при назначении экспертизы должен иметь данные о наличии и степени психического заболевания, а также о том, насколько гражданин понимает значение своих действий и может руководить ими. Из смысла ст. 258 ГПК такая обязанность суда не усматривается, хотя она становится очевидной (пример этому — приведенный случай).

Заключение экспертизы является единственным допустимым доказательством по делам о признании гражданина недееспособным. Экспертиза назначается судом в установленном законом порядке. При наличии достаточных данных для ее назначения об этом выносится определение, которое и является основанием для проведения экспертизы. Перед экспертами должны быть поставлены следующие вопросы: каким душевным заболеванием страдает гражданин; может ли он отдавать отчет в своих действиях и руководить ими. Кроме того, как представляется, перед экспертами должен быть поставлен вопрос о том, может ли гражданин, в отношении которого решается вопрос о признании его недееспособным, по состоянию своего здоровья присутствовать при рассмотрении дела в суде.

При назначении судебно-психиатрической экспертизы не всегда четко и правильно формулируются вопросы эксперту. Встречаются случаи назначения экспертизы “на предмет душевного заболевания” или “определения психического состояния лица”, нередко в определениях судов отсутствует вопрос о том, понимает ли лицо, страдающее психическим заболеванием или слабоумием, значение своих действий и может ли руководить ими, хотя это имеет решающее значение для признания гражданина недееспособным [3, с. 18]. Некоторые ученые считают, что перед экспертами обязательно должны быть поставлены вопрос о вменяемости лица, о том, нуждается ли это лицо в лечении в специальном учреждении [8, с. 75].

Подобную практику в формулировке вопросов эксперту нельзя признать правильной, поскольку нечеткая их постановка затрудняет проведение экспертизы и лишает ее доказательственного значения.

Что касается утверждений о необходимости постановки вопроса о вменяемости, то с ними также согласиться нельзя, ибо решение вопроса о направлении лица, страдающего психическим заболеванием или слабоумием, на лечение не входит в компетенцию суда, поскольку носит не правовой, а медицинский характер и, следовательно, разрешается в ином порядке. Решать этот вопрос по аналогии с уголовным процессом неправомерно. Представляется правильным мнение авторов, полагающих, что вменяемость — понятие уголовно-правовое, которое обозначает психическое состояние гражда-

нина в момент совершения им общественно опасного деяния и может определяться только в связи с рассмотрением уголовных дел [9, с. 21].

При подготовке дела к судебному разбирательству судья должен учесть, что, в отличие от невменяемости, признание гражданина недееспособным определяется не на момент совершения конкретного действия в прошлом. Кроме того, необходимо учитывать различия в медицинском критерии: если признание недееспособным допускается при хроническом, стойком психическом заболевании или слабоумии, то невменяемым лицо может быть признано и в случае временного расстройств душевной деятельности или иного болезненного состояния.

Л. Житкевич и Ю. Лутченко высказали мнение, что при рассмотрении дел о признании гражданина ограниченно дееспособным тоже может возникнуть необходимость в проведении судебно-психиатрической экспертизы. При этом, если эксперт даст заключение о душевной болезни или слабоумии лица, судья должен разъяснить заявителю его право на изменение предмета требования и вынести решение о признании гражданина недееспособным [5, с. 47].

Это мнение, считаем, нельзя признать обоснованным, поскольку закон допускает возможность изменения или основания, или предмета иска. Одновременное же изменение этих двух элементов иска недопустимо (ст. 103 ГПК). В приведенном случае изменение предмета требования (требования о признании гражданина недееспособным вместо признания его ограниченно дееспособным) всегда связано с изменением и основания требования.

В процессуальной литературе высказано мнение о недопустимости, использования свидетельских показаний по делам о признании лица недееспособным. Данное мнение обосновывается тем, что факт психического заболевания лица и его неспособность вследствие этого понимать значение своих действий и руководить ими должны подтверждаться только заключением судебно-психиатрической экспертизы [7, с. 63].

Представляется, что эти выводы не соответствуют закону, ибо в нем отсутствуют ограничения в использовании какого-либо средства доказывания, в том числе и свидетельских показаний. Обязательное использование заключения судебно-психиатрической экспертизы по делам о признании гражданина недееспособным не исключает возможности использования иных средств доказывания. М.К. Треушников отмечает, что правило допустимости доказательств означает, что без средства доказывания, предписанного законом, по делу обойтись нельзя, его нельзя заменить другим доказа-

тельством, но при этом для подтверждения факта или его опровержения можно использовать дополнительно и другие средства доказывания, если этого требует конкретные обстоятельства дела [11, с. 63].

Список литературы: 1. Архив Фрунзенского районного суда города Харькова, дело № 2-1468/95. 2. Архив Киевского районного суда города Полтавы, дело № 2-938/82. 3. Воронков В., Меренкова Л. Подготовка дел к судебному разбирательству о признании граждан недееспособными // Сов. юстиция. - 1984. - № 7. - С. 17-20. 4. Гражданский процесс / Под ред. М.К. Треушникова. - М.: Новый юрист, 1998. - 321 с. 5. Житкевич Л., Лутченко Ю. Ограничение дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками // Советская юстиция. - 1984. - № 8. - С. 47-50. 6. Курьлев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. - Минск: Вышэйшая школа, 1969. - с.203. 7. Ломакова Н.П. Субъекты гражданских процессуальных правоотношений в особом производстве: теория и практика // Советское государство и право. - 1987. - № 7. - С. 62-65. 8. Мельников А.А. Особое производство в советском гражданском процессе. - М.: Наука, 1964. - 128 с. 9. Рудяков А., Ивакин В. Некоторые вопросы назначения судебно-психиатрической экспертизы по гражданским делам // Сов. юстиция. - 1983. - № 12. - С. 19-21. 10. Треушников М.К. Судебные доказательства. - М.: Городец, 1997. - 320 с. 11. Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. - М.: Изд-во МГУ, 1982. - 160 с.

В.В. Баранкова, канд. юрид. наук

ДОКАЗУВАННЯ В НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Оскільки нотаріальна діяльність передбачає досить значне коло юридичних дій, які вчиняються в рамках нотаріального провадження з приводу розгляду конкретної нотаріальної справи, вона не зводиться до простої процедури проставлення печатки й підпису нотаріуса.

При вчиненні будь-якої дії нотаріус приймає юридично значуще рішення (що втілюється у формі свідчення або посвідчувального напису), яке впливає на правовий статус заінтересованих осіб. Постановлення такого рішення можливо лише внаслідок розгляду і вирішення юридичної справи, тобто застосування норм права до конкретного випадку — правової ситуації. Тому можна сказати, що в межах нотаріального провадження здійснюється застосування правових норм шляхом реалізації нотаріатом юрисдикційних повноважень у безспірних справах.

Прийняття нотаріусом рішення передувє встановлення кола фактів, передбачених у даному випадку нормою, що підлягає застосуванню.

Для встановлення наявності або відсутності певних юридичних фактів, з якими пов'язана можливість застосування відповідної норми, нотаріусу необхідно одержати докази, дослідити й оцінити їх. Від того, наскільки правильним буде підхід до доказів і процесу доказування, залежить законність та обгрунтованість правозастосовчого акта нотаріуса.

У цивільній процесуальній науці досить спірним є питання щодо визначення поняття процесуального доказування, але в основному всі твердження зводяться до двох точок зору, які дають різну уяву про обсяг, елементи судового доказування та його суб'єкти.

За думкою О.Ф. Клейнмана, доказування в цивільному процесі складає процесуальна діяльність сторін, яка ґрунтується на сукупності відповідних процесуальних прав і полягає в твердженнях про фактичні обставини справи, наданні доказів, спростуванні доказів суперника, заяві клопотань про витребування доказів, участі у дослідженні доказів, пояснень з приводу досліджених доказів. Тому в поняття судового доказування не слід включати дослідження, перевірку та оцінку доказів судом [4, с. 47]. Суб'єктами доказування в такому розумінні є тільки сторони, чий спір про право вирішується судом.

Інший підхід до проблеми обґрунтували К.С. Юдельсон та М.К. Треушников. Він зводиться до того, що судове доказування складається з процесуальних дій по твердженню про факти, вказівці на докази, їх наданню, збиранню, дослідженню та оцінці. Суб'єктами такої діяльності є суд та особи, які беруть участь у справі [11, с. 33, 34; 9, с. 23, 24].

За справедливим твердженням В.В. Комарова поділ єдиного процесу пізнання обставин справи в цілому на доказування фактів, з одного боку, і пізнання — з другого видиться недостатньо обґрунтованим теоретично й не виправданим інтересами практики [6, с. 4].

З огляду на вищевикладене можна визначити доказування в нотаріальному процесі як процесуальну діяльність суб'єктів нотаріального провадження, спрямовану на встановлення юридичних фактів, необхідних для постановлення законного та обґрунтованого нотаріального акта.

Елементами доказування в цивільному процесуальному праві називають надання (витребування), дослідження та оцінку доказів. У нотаріальному процесі ці елементи також характерні для доказування з урахуванням певної специфіки.

Відповідно до ст. 42 Закону України "Про нотаріат" (далі — Закон) надання доказів здійснюється зацікавленими у вчиненні нотаріальної дії особами і тільки у виключних випадках (ст. 46 Закону)

нотаріус має такі докази витребувати.

Що ж стосується дослідження та оцінки доказів, то ця діяльність здійснюється тільки нотаріусом. При цьому внаслідок того, що нотаріальні норми не передбачають широкого кола засобів доказування та спеціального порядку їх дослідження, останнє необхідно розглядати разом з оцінкою як єдиний елемент доказування в нотаріальному процесі, що обумовлює необхідність визначення предмету доказування й урахування таких ознак доказів, як належність, допустимість, достатність та достовірність.

Але перш ніж характеризувати основні елементи доказування в нотаріальному процесі, слід з'ясувати визначення доказів у нотаріальному процесі, оскільки нотаріальне законодавство, на жаль, питання про докази та доказування практично не регулює. Це не означає, однак, що цих категорій зовсім немає в нотаріальному процесі. В Інструкції про порядок учинення нотаріальних дій нотаріусами України від 18 червня 1994 р. (далі — Інструкція) неодноразово зустрічається вживання терміна “докази”.

Якщо ми звернемося до визначення доказів у нормах права, то виявимо певну закономірність. Конструкції усіх статей права, які визначають поняття доказу, однакові: в одній частині дається визначення їх як фактичних даних, на підставі яких у встановленому законом порядку суд (або відповідний правозастосовчий орган) встановлює наявність чи відсутність певних обставин, що мають значення для справи; в наступній частині цих же статей говориться, що зазначені дані встановлюються певними засобами, перелік яких містять законодавчі акти.

Ідеї про судові докази як єдність фактичних даних, що закріплені у передбаченій законом процесуальній формі, висловлені у низці робіт [10, с. 11; 2, с. 3; 3, с. 5; 1, с. 58]. І в нотаріальному процесі докази — це єдине поняття, в якому фактичні дані й засоби доказування взаємопов'язані як зміст і процесуальна форма.

Наведемо основні ознаки нотаріальних доказів:

— фактичні дані, тобто відомості про факти;

— відомості не про будь-які факти, а тільки про ті, які підлягають встановленню у конкретній нотаріальній справі. Саме ця ознака доказів і характеризує їх належність;

— нотаріальний процесуальний закон передбачає, щоб обставини по справі встановлювалися не довільним шляхом, а саме тими засобами і в тому порядку доказування, які зазначені в самому законі (ст. 42, 46 Закону).

Отже, доказами в нотаріальному процесі будуть фактичні дані, яким притаманні всі перелічені ознаки.

Аналіз нотаріального законодавства дозволяє вирізнити такі засоби доказування: письмові докази, які використовуються практично у всіх нотаріальних справах; висновки експертів; показання свідків.

Необхідність надання письмових доказів для вчинення нотаріальної дії закріплено в Інструкції (п. 46, 49, 113, 114 та ін.). Це практично єдиний засіб доказування, який застосовується при вчиненні нотаріальних дій.

Використання інших засобів доказування становить виняток і здійснюється у випадках, передбачених законом. Так, відповідно до ч. 2 ст. 51 Закону документ, справжність якого викликає сумнів у нотаріуса, може бути ним затримано і направлено на експертизу. Але з аналізу наведеної статті випливає суттєва обставина, що висновок експерта підтверджує тільки справжність певного документа — письмового доказу, а не існування юридичного факту.

Не менш специфічним є й використання показань свідків. Нотаріальне законодавство передбачає два види нотаріальних дій, при вчиненні яких можлива участь свідків, — засвідчення шлюбного контракту (ч. 3 п. 72 Інструкції) і вчинення морських протестів (ст. 95 Закону). При цьому тільки другий випадок можна розглядати як приклад використання особливого засобу доказування — показань свідків, які б містили певну інформацію у справі. У випадку ж засвідчення шлюбного контракту свідки не дають показань, не передають нотаріусу жодної інформації, необхідної для нотаріального провадження, а практично відіграють роль своєрідних понять.

Надання нотаріусу заінтересованою особою всіх необхідних для вчинення нотаріальної дії документів — найважливіша умова правильного розгляду нотаріальної справи. Оскільки нотаріус постановляє нотаріальний акт на підставі закону, заінтересовані особи особисто або за вказівкою нотаріуса мають надати всі необхідні документи.

Якщо нотаріус встановить, що особою не подані всі потрібні документи і є необхідність у дослідженні додаткових відомостей, він не тільки приймає рішення про відкладення вчинення нотаріальної дії, але й зобов'язаний надати особі необхідні роз'яснення, а у виняткових випадках і витребувати такі документи, тобто допомогти заінтересованим особам у реалізації їх прав та законних інтересів. Витребування доказів має місце у випадку, коли самому заявникові досить складно (або просто неможливо) отримати певні документи.

Дослідження й оцінка доказів здійснюється нотаріусом на підставі визначення предмета доказування, якому в нотаріальному процесі також притаманна певна специфіка щодо цивільного

процесу.

У межах судочинства в цивільних справах предмет доказування — процесуальна категорія, що окреслює коло фактів матеріально-правового значення, які підлягають встановленню для вирішення цивільної справи по суті. На коло цих фактів вказує норма матеріального права, яка підлягає застосуванню [6, с. 8, 9; 9, с. 35, 36; 5, с. 33; 8, с. 6, 7; 7, с. 39].

При вчиненні нотаріальних дій у більшості випадків застосовуються також матеріальні норми права: при посвідченні угод — ст. 48-58 Цивільного кодексу; при посвідченні довіреностей — ст. 64-67 цивільного кодексу тощо. При цьому слід встановити факти, передбачені цими нормами. Але стосовно деяких нотаріальних дій такий зв'язок із матеріальним правом простежити не просто (наприклад, при посвідченні справжності перекладу документів; посвідченні фактів, що громадянин є живим або перебуває в певному місці, тощо).

Тому предметом доказування в нотаріальному процесі є сукупність юридичних фактів, встановлення і перевірка яких необхідні для вчинення конкретної нотаріальної дії. Коло цих фактів окреслює як матеріальне, так і нотаріальне процесуальне законодавство.

Особливість предмета доказування в нотаріальному процесі полягає в тому, що відповідні пункти Інструкції, які регулюють процесуальний порядок учинення тієї чи іншої нотаріальної дії, завжди містять як перелік фактів, які підлягають встановленню та перевірці нотаріусом, так і вказівку на засоби їх доказування. Це є загальним правилом нотаріального законодавства.

Вияток складають нотаріальні дії, при здійсненні яких нотаріус має посвідчувати факти, в існуванні яких можна переконатися особисто внаслідок того, що вони відбуваються тепер, а не в минулому (поза межами нотаріального провадження). У таких випадках виключається необхідність дослідження доказів. Прикладами можуть бути ст. 80, 81 Закону.

Практично за загальновизнаною термінологією процесуалістів тут мають місце факти, що не потребують доказування. Такі факти можуть бути передбачені й для інших нотаріальних дій спеціальними нормами, які регулюють порядок їх виконання (наприклад, ч. 8 п. 114 Інструкції).

З огляду на предмет доказування нотаріус вирішує питання щодо належності, допустимості, достатності й достовірності доказів.

Належність доказів — це правило, яке ґрунтується на такій ознаці доказів, як їх здатність підтверджувати певні факти, необхідні для справдження нотаріальної дії. При цьому нотаріус виходить, як

уже зазначалося, з предмета доказування та доказів, визначених Законом у даній нотаріальній справі.

Допустимість засобів доказування — це відповідність їх процесуальної форми вимогам Закону. Практично дотримання цього правила в нотаріальному процесі зводиться до наступного:

По-перше, не можна підтверджувати факти, які мають значення для можливості здійснення нотаріальної дії, жодними іншими засобами доказування, окрім передбачених законом.

По-друге, для кожного конкретного факту Закон встановлює відповідні засоби доказування. Заінтересована особа має подати один з перелічених Законом документ — доказ, який є в її розпорядженні на підтвердження цього факту (наприклад, п. 49 Інструкції).

По-третє, до документів, що подаються для виконання нотаріальних дій, встановлюються певні вимоги, що забезпечують законність та обґрунтованість нотаріальних дій.

Відповідно до ст. 47 Закону нотаріуси не приймають для вчинення нотаріальних дій документи, що мають підчистки або дописки, закреслені слова або інші незастережені виправлення, документи, текст яких неможливо прочитати внаслідок пошкодження, а також документи, написані олівцем.

Дописки, закреслені слова чи інші виправлення, які є в документах, що подаються для вчинення нотаріальних дій, повинні бути засвідчені підписом посадової (уповноваженої на те) особи й печаткою установи, підприємства чи організації або особи, які видали документ. При цьому виправлення мають бути зроблені таким чином, щоб можна було прочитати як виправлене, так і помилково написане.

Не приймаються для справдження нотаріальних дій документи, в яких не можна прочитати все те, що містилося в них у первісному написанні (наприклад, документи, залиті чорнилом, потерті тощо).

Не приймаються порвані документи, документи, зміст яких викладено на двох і більше окремих аркушах, якщо останні не прошнуровано, не пронумеровано і число прошнурованих аркушів не завірено підписом посадової (уповноваженої на те) особи та печаткою установи, підприємства, організації чи особи, які видали документ.

Достатність доказів оцінюється нотаріусом з урахуванням їх належності та допустимості. Для вчинення нотаріальної дії зацікавлена особа має подати докази на підтвердження всіх фактів, встановлення яких для даної нотаріальної справи є необхідним за Законом.

Нотаріус не вправі виконати нотаріальну дію й постановити

нотаріальний акт, якщо відсутній будь-який із зазначених Законом доказів, оскільки такий нотаріальний акт буде необґрунтованим. Разом з тим слід особливо наголосити на тому, що нотаріус не має права вимагати від зацікавленої особи документів чи відомостей, які не мають відношення до вчинюваної нотаріальної дії.

Визначення достовірності доказів у нотаріальному процесі зводиться до перевірки справжності письмових документів. З точки зору теорії доказів здебільшого це офіціальні документи, тобто письмові матеріали, що виходять від державних установ, посадових осіб і складені в порядку здійснення посадових обов'язків. До них належить велика група документів, яку можна поділити на певні підгрупи. Це документи, що виходять від: органів влади та місцевого самоврядування; посадових осіб органів державного управління, судових органів; посадових осіб державних установ, підприємств і організацій тощо.

Дати оцінку такому письмовому доказові — означає проаналізувати всі його якості з точки зору відповідності істині відомостей, що в ньому містяться.

Якщо ж справжність поданого документа викликає в нотаріуса сумнів, він вправі затримати цей документ і направити його на експертизу (ч. 2 ст. 51 Закону). Відповідно до п. 23 Інструкції в таких випадках нотаріус виносить постанову.

Таким чином, доказування як елемент нотаріального провадження відрізняє останнє від суто технічної процедури й характеризує нотаріальну діяльність як процесуальну.

Список літератури: 1. Гуреев П.П. О понятии судебных доказательств в советском гражданском процессе // Сов. государство и право. — 1966. — № 3. — С. 57-63. 2. Жуков Ю.М. Судебная экспертиза в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1965. — 22 с. 3. Калпин А.Г. Письменные доказательства в судебной практике по гражданским делам: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1966. — 18 с. 4. Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. — М.: Изд-во МГУ, 1967. — 119 с. 5. Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. — М.-Л.: Изд-во АН СССР. — 1950. — 72 с. 6. Комаров В.В. Доказування та докази в цивільному судочинстві: Текст лекцій. — Харків: Укр. юрид. акад., 1991. — 36 с. 7. Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. — Минск: Изд-во БГУ, 1969. — 203 с. 8. Ли-луашвили Т.А. Предмет доказывания и распределение бремени доказывания между сторонами в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1961. — 18 с. 9. Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. — М.: Изд-во МГУ, 1982. — 160 с. 10. Ульянов Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. — М.: Юрид. лит., 1965. — 112 с. 11. Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. — М.: Юрид. лит., 1951. — 186 с.

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ СОЦІАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Соціальне забезпечення завжди залишалось і залишається в центрі уваги будь-якого суспільства, яке стоїть на шляху демократичних засад. Розвиток права соціального забезпечення як галузі права і правничої науки — закономірний процес. Він свідчить про об'єктивну необхідність і зацікавленість держави в правовому регулюванні суспільних відносин щодо соціального захисту населення України [13, с. 14]. Дослідження проблем формування й розвитку галузі соціального забезпечення — одне з головних завдань юридичної науки. Це зумовлено тим, що за допомогою норм вказаної галузі відбувається реалізація громадянами своїх найважливіших соціальних прав [17, с. 3]. Особливого значення розробка цих проблем набуває в умовах здійснення соціальних реформ, вдосконалення правового регулювання відносин, пов'язаних із соціальним захистом, форми та види якого мають відповідати новим соціальним та економічним реаліям. Успішне вирішення завдань правотворчості та правозастосовної діяльності у сфері соціального забезпечення значною мірою залежить від стану галузевої правової науки.

Політика держави з питань соціального захисту формується в першу чергу на законодавчому рівні. Слід констатувати, що за роки незалежності в Україні виконана величезна робота: прийнято значну кількість Законів, Указів Президента та інших нормативно-правових актів з питань соціального захисту населення країни. На сучасному етапі правовий простір у цій сфері регулюється понад 200 нормативно-правовими актами. Серед них такі найважливіші Закони України: "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" від 21 березня 1991 р., "Про пенсійне забезпечення" від 5 листопада 1991 р., "Про пенсійне забезпечення військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ" від 9 квітня 1992 р., "Про державні допомоги сім'ям з дітьми" від 21 листопада 1992 р., "Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи" від 19 грудня 1991 р., "Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку" від 16 грудня 1993 р., "Про державну службу" від 16 грудня 1993 р., "Про статус ветеранів війни, гарантії соціального захисту" від 22 грудня 1995 р., "Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів" від 23 вересня 1997 р., "Про статус ветеранів військової служби та їх

соціальний захист” від 24 березня 1998 р., “Про наукову та науково-технічну діяльність” від 1 грудня 1998 р. тощо.

Велику кількість нормативних актів щодо соціального захисту приймає Кабінет Міністрів України, а також окремі міністерства (наприклад, міністерство праці та соціальної політики). Крім того, окремі питання соціального захисту населення країни вирішуються місцевими органами влади та самоврядування.

14 січня 1998 року Верховною Радою прийняті “Основи законодавства України про загальнообов’язкове державне соціальне страхування”, які визначають принципи й загальні правові, фінансові та організаційні засади загальнообов’язкового державного соціального страхування громадян в Україні. Слід зазначити, що відповідно до цього надзвичайно важливого для України законодавчого акту та згідно з “Концепцією про соціальне забезпечення в Україні”, схваленої Верховною Радою України 21 грудня 1993 р., необхідно розробити й прийняти велику кількість нормативно-правових актів, а саме: “Про обов’язкове пенсійне страхування”, “Про соціальне страхування громадян на випадок безробіття”, “Про обов’язкове медичне страхування”, “Про соціальне страхування громадян від нещасного випадку на виробництві”, “Про матеріальне забезпечення громадян, які потерпіли від техногенно-екологічних та природних катастроф”, “Про прожитковий мінімум”, а також Постанов Кабінету міністрів України: “Про затвердження статуту пенсійного доходу”, “Перелік видів заробітку, на які не нараховуються страхові внески”, “Про порядок видачі та зразок посвідчення загальнообов’язкового державного соціального страхування”, “Про персоніфікований облік обов’язкових страхових внесків”, “Про порядок відносин між міністерствами, що здійснюють функції державного нагляду у сфері загальнообов’язкового державного соціального страхування”, “Про розмір заробітку (доходу) для обчислення пенсій”, “Про середню заробітну плату працівників, зайнятих у галузях економіки”, “Про порядок призначення дострокових пенсій за рахунок коштів підприємств та організацій, призначених на оплату праці”, “Про особливості обчислення страхового стажу з окремих видів загальнообов’язкового державного соціального страхування”, “Про управління активами недержавних пенсійних фондів”.

Звичайно, така чисельність нормативних актів перетворює соціальний захист у громіздку, складну систему. Крім того, необхідно зазначити, що положення окремих законів про соціальний захист населення дублюють одне одного, по-різному тлумачать терміни й поняття (що призводить до протиріччя в чинному законодавстві) або в їх зміст включаються положення, які повинні міститися в законо-

давстві не про соціальний захист, а про працю. Так, частина норм законів України “Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту”, “Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні” “Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні” є нормами трудового права (гарантії працевлаштування, звільнення з роботи, встановлення режиму робочого часу й відпочинку, пільг при наданні щорічної відпустки та відпустки без збереження заробітної плати тощо).

Наведене свідчить, що настає об’єктивна необхідність систематизувати соціальне законодавство, розмежувати його з суміжними галузями права і таким чином запобігти дублюванню в правовому регулюванні сфери соціального захисту, уникнути протиріч і створити єдину систему права соціального забезпечення. Особливістю систематизації законодавства є тенденція до трансформації на рівень більш досконалої та до повної його організованості. Систематизація законодавства є необхідною умовою раціональної організації управління складними соціальними процесами, режиму законності та суспільно-політичної стабільності. Ось чому складовою частиною правової реформи є систематизація законодавства [14, с. 230].

Державна воля проявляється у законі, спрямовується на вирішення конкретних завдань в основних сферах життя суспільства, в силу чого законодавство повинно приводитись у певну систему. Якщо ж врахувати, що закон не може бути єдиним і виключним способом виявленням державної волі і що в силу множинності й різноманітності суспільних відносин, які потребують правового регулювання, виникає необхідність прийняття підзаконних нормативних актів, то постає нагальна проблема приведення нормативного матеріалу в певний порядок, в науково обгрунтовану систему. Без такої системи держава не має можливості здійснювати функцію соціального захисту населення, а громадяни позбавлені користуватися своїми правами і належним чином виконувати встановлені законом обов’язки [4, с. 8].

У теорії права визначають два основних види систематизації законодавства: інкорпорацію й кодифікацію [1, с. 267]. Інкорпорація — це такий вид систематизації законів та інших нормативно-правових актів, при якому провадиться їх зовнішня обробка, тобто вони об’єднуються в збірники в хронологічному, алфавітному або предметному порядку. Внаслідок інкорпорації систематизовані акти не втрачають юридичної сили, не зупиняють своєї дії [14, с. 267]. Зразком систематизації українського соціального законодавства шляхом інкорпорації є збірник законів “Соціальне законодавство” [8].

Кодифікація є вищою формою систематизації законодавства. Вона передбачає таке упорядкування законодавчого матеріалу, яке спрямовано на обробку останнього шляхом усунення повторень, протиріч, ліквідування існуючих прогалин [6, с. 84]. Кодифікація не обмежує лише зовнішньою обробкою нормативних актів, а приводить у відповідність з вимогами життя їх зміст. Тому вона завжди пов'язана з правотворчим процесом і здійснюється відповідними компетентними органами. Проте на відмінність від звичайної правотворчої діяльності у процесі кодифікації не просто приймається новий нормативний акт, а оброблюється значна частина минулого та сучасного нормативного матеріалу (законів, указів, постанов уряду тощо) [1, с. 267].

Слід зазначити, що проблемам систематизації законодавства великого значення надавалось і в літературі кінця XIX — початку XX ст. Так, Н.М. Коркунов також відрізняв кодифікацію від інкорпорації, які, на його думку, виступають окремими формами систематичної обробки законодавства. Інкорпорація обмежена у виборі матеріалу чинним законодавством і може змінити тільки форму, залишаючи існуючий зміст. Тому вона може дати тільки зовнішнє об'єднання, подолати ж протиріччя вона не в змозі. На відміну від інкорпорації, кодифікація не обмежується зміною лише форми, а дає системне об'єднання і новий зміст. Тому кодифікатор не обмежується лише діючим на час розробки кодексу законодавством. Він може черпати свій матеріал із звичаєвого права, із судової практики, з іноземного права, а також із наукової літератури. При кодифікації не тільки змінюється старий закон на новий [7, с. 305]. Без проведення кодифікаційних робіт усі зусилля уряду не матимуть успіху.

Проблемам систематизації приділяли великої уваги і за часів Союзу РСР. Проблемами кодифікації займалися З.К. Симорот, К.П. Горшенін, Д.А. Керимов, І.Б. Усенко та інші правники. Так, З.К. Симорот зазначав, що кодифікація поєднує й систематизує діючий правовий матеріал, створює нові норми права й дозволяє розробити зведений законодавчий акт без дублювання й протиріч у правовому регулюванні. Обов'язковим слідством кодифікації є перегляд, удосконалення й скасування значної частини нормативних актів галузі права, яка кодифікується. Тому недоцільно втрачати час на інкорпорацію законодавства, яке після кодифікації буде замінено новим або просто скасовано [12, с. 21].

Кодифікаційні роботи у сфері соціального забезпечення розпочалися значно раніше, ніж в інших галузях права [16, с. 96]. Уже 31 жовтня 1918 р. декретом Совнаркому Російської Федерації було затверджено перший радянський кодифікований акт у галузі

соціального забезпечення "Положення про соціальне забезпечення трудящих" [15]. Він поширювався й на Українську РСР. Після громадянської війни в Україні приймалася значна кількість нормативно-правових актів по соціальному забезпеченню трудящих, а тому вже на початку 20-х років ставляться питання щодо кодифікації законодавства про соціальне забезпечення. Велику роботу в цьому напрямку провадив Наркомат соціального забезпечення УРСР. Кодифікацію соціального законодавства було передбачено планом роботи цього Наркомату на 1923 — 1924 роки [16, с. 97]. Першим результатом цієї роботи став виданий у серпні 1924 р. "Збірник діючих в Україні законсположень по соціальному забезпеченню" [10, с. 259], де матеріал було систематизовано в хронологічному порядку в 7-ми розділах. У передмові цього систематизованого збірника зазначалося, що він є підставою для створення Кодексу про соціальне забезпечення. У 1926 р. Наркомсобез УРСР видає збірник нормативних актів по соціальному забезпеченню селянства [11, с. 242]. Кодифікація в галузі соціального забезпечення продовжувалася протягом 1926 — 1928 років, і вже 19 червня 1928 р. РНК УРСР затвердила схему кодексу й основні напрямки по вдосконаленню роботи в сфері соціального забезпечення населення. У травні 1929 р. було розроблено проект Кодексу УРСР про соціальне забезпечення, який нарахував 296 статей [16, с. 97]. На жаль, у ті роки робота над Кодексом була зупинена.

Питання про необхідність систематизації саме соціального законодавства висвітлював В.С. Андрєєв, який зазначав що розробка систематизованого акта потребує великих зусиль учених, практиків та державних діячів [2, с. 29]. Про необхідність кодифікації норм права соціального забезпечення висвітлювався М.Н. Захаров [5, с. 3-7]; В.Ш. Шайхатдинов теоретично обґрунтував і фактично запропонував прийняти соціальний кодекс, навіть розробив структуру майбутнього систематизованого закону "Про соціальне забезпечення" [17, с. 48-56, 139-145].

На підставі вищевикладеного вважаємо, що на сучасному етапі склалося теоретичне й практичне підґрунтя для систематизації соціального законодавства, що однією з умов правового забезпечення і впровадження чіткої, логічно послідовної та прозорої системи соціального захисту є розробка та прийняття комплексного систематизованого нормативного акта — Кодексу про соціальний захист населення України, який би увібрав найважливіші норми і на найвищому рівні комплексно врегулював усю сукупність відносин у цій сфері. У Загальній частині зазначеного акта повинні міститися правові норми щодо сфери дії, предмета регулювання, принципів соціального захисту, кола суб'єктів правовідносин, джерел фінансування

тощо. В Особливу частину Кодексу необхідно включити норми, які детально регламентуватимуть підстави, порядок і розміри надання громадянам України різних форм та видів соціального забезпечення. Правові норми Особливої частини повинні підрозділятися на інститути, регулюючі окремі види соціальних правовідносин — обов'язкового соціального страхування, пенсійного забезпечення, по наданню медичних послуг, державних допомог, матеріально-побутового забезпечення й обслуговування інвалідів та осіб похилого віку тощо.

Кодифікація законодавства про соціальних захист усуває множинність і протиріччя нормативних актів, виданих різного часу з різних питань, значною мірою полегшує користування ними, сприяє законності і підвищує гарантії реалізації прав громадян України у сфері соціального захисту.

Список літератури: 1. Алексеев С.С. Теория государства и права. — М.: 1982. — 328 с. 2. Андреев В.С. Социальное обеспечение в СССР. — М.: Юрид. лит., 1971. — 256 с. 3. Буткевич П.Ф. Гражданское уложение. Система и планы кодификации законов. — Варшава, 1905. — 340 с. 4. Горшенин К.П. Кодификация законодательства о труде. Теоретические вопросы. — М.: Юрид. лит., 1962. — 280 с. 5. Захаров М.Л. Основные направления совершенствования нормативных актов Союза СССР о социальном обеспечении. — М.: ЦИЭТИН, 1981. — 120 с. 6. Керимов Д.А. Законодательная техника. — М.: Изд-во НОРМА-ИНФРА · М., 1998. — 121 с. 7. Коркунов М.Н. Лекции по общей теории права. — Изд-е 8-е. — Спб: Юр. книга. Маг. Н.К. Мартинова, 1909. — 360 с. 8. Мацюк А.Р., Стичинський Б.С., Зуб І.В. Соціальне законодавство: 36 законів і наук.-практ. коментар. — К.: РВА Текст, 1992. — 197 с. 9. Нечаев В.М., Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. — Казань, 1902. — 560 с. 10. Сборник действующих на Украине законоуложений по социальному обеспечению. — Харьков, 1924. — 340 с. 11. Сборник законоуложений по социальному обеспечению крестьянства и льгот для селян. — Харьков, 1926. — 280 с. 12. Симорот З.К., Монастырский Е.А. Проблемы кодификации законодательства Союза ССР и союзных республик. — К.: Наук. думка, 1977. — 175 с. 13. Сирота И.М. Право пенсійного забезпеченні. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 215 с. 14. Сурилов А.В. Теория государства и права. — К. — Одесса: Вища шк., 1989. — 440 с. 15. СУ РСФСР, 1918. — 220 с. 16. Усенко И.Б. Первая кодификация Украинской ССР. — К.: Вища шк., 1989. — 160 с. 17. Шайхатдинов В.Ш. Теоретические проблемы права социального обеспечения. — Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1986. — 230 с.

В.М. Гарашук, канд. юрид. наук

СУТНІСТЬ, ПРИНЦИПИ ТА ГАРАНТІЇ ЗАКОННОСТІ

В юридичній літературі законність, визначається, в основному, як режим панування закону у взаємовідносинах особистості та держави, громадянина та посадової особи (органу держави) [1, с. 48], де всі підвладні закону — і держава, і фізичні особи і де діє

верховенство права. В Україні режим законності набуває свого нормативного закріплення. “Права і свободи людини, - згідно з Конституцією України, - та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави” [6, ч. 2, ст. 3] “В Україні визнається та діє принцип верховенства права” [6, ч. 1, ст. 8].

Наявність режиму законності в державі є одним із показників суворого дотримання суспільством демократичних традицій, набутих світовою спільнотою. Саме при такому режимі складаються умови для свободи вибору поведінки та вільного розвитку кожної людини.

Водночас законність не повинна ототожнюватися із всюдозволом. На думку автора, законність, зовні відображена в правових актах, є тією межею, яка обмежує свободу кожного заради свободи всіх. Тут законність трансформується в дисципліну.

Законність – це не тільки режим панування закону. Це багатоліке поняття, яке в правовій науці розглядається по-різному. Її можна розглядати як принцип діяльності держави, що складається з двох взаємопов’язаних елементів — обов’язків діяти відповідно до законів і обов’язків виявляти ініціативу для забезпечення їх виконання. Матеріальний зміст законності полягає в сукупності правил, обов’язків, дозволів, заборон, що регламентуються державою. Вони створюють стан, при якому суспільне життя, всі види державної діяльності підпорядковані неухильній дії права. Законністю досягається узгодженість дій, організованість і порядок, тобто дисципліна в загальнодержавному масштабі [2, с. 144; 7, с. 145].

Якщо розглядати принцип законності в розрізі її практичного застосування, то вона означає, що будь-яке рішення державних чи недержавних органів або уповноважених на те осіб не повинно суперечити чинному законодавству, має бути прийнято в межах компетенції органа чи особи, яка приймала його, у встановлений нормативними актами строк і з дотриманням необхідної процедури, а також сприяти утворенню, закріпленню або розвитку корисних для суспільства відносин. Додержання цього принципу має для державного управління важливе значення, оскільки переважно через канали виконавчої влади відбувається реалізація прав та свобод людини і громадянина, саме на цю сферу припадає найбільша кількість їх порушень. І це не випадково. Виконавча влада для здійснення своїх функцій наділена значними повноваженнями, що поширюються на всі сфери суспільного життя [5, с. 361]. “Діяльність державного апарату може бути успішною тільки за умови дотримання принципу ... закон-

ності, що забезпечує необхідну цілеспрямованість у роботі, задоволення інтересів держави та суспільства, охорону їх прав. Потрібно неухильно й точно виконувати закони та засновані на них інші правові акти. У відповідності до вимог ... законності працівники державного апарату незалежно від того, які посади вони обіймають, усі рівні перед законом. Держава без огляду на особи й чини суворо карає тих, хто використовує службове становище в особистих, корисливих цілях, порушує вимоги законодавства» [12, с. 22].

Законність можна розглядати і як метод державного управління [3, с. 331], [17, с. 10), тобто сукупність засобів, за допомогою яких держава забезпечує належну поведінку своїх суб'єктів, і як державно-правовий режим [9, с. 45 – 47).

Законність — це також і режим системи взаємовідносин громадян, громадських, державних та недержавних утворень, органів місцевого самоврядування з органами, які представляють різні гілки державної влади. Такий режим повинен сприяти забезпеченню прав та законних інтересів особи, її всебічному розвитку, формуванню й розвитку громадянського суспільства, успішній діяльності державного механізму.

За глибинною сутністю законність, на думку автора, можна поділити на *демократичну* і *формальну*. Перша не тільки знаходить відбиття в наробках передової філософської думки людства та в міжнародно визнаних документах (таких як Загальна декларація прав людини — ООН, 1948; Міжнародний пакт про громадські і політичні права — ООН, 1966; Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права — ООН, 1966; Декларація про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин — ООН, 1992), у конституціях та законодавстві демократичних держав, а й *реально виконується в тих чи інших державах*. Формальна ж знаходить лише своє зовнішнє відображення в законодавстві і не підкріплена практичними діями з боку держави по забезпеченню прав і свобод фізичних та юридичних осіб; вона притаманна законодавству держав, де панує диктатура або близька до неї форма правління, наприклад, ісламський фундаменталізм. Ця думка не заперечує існуванню в демократичній державі, де панує так звана демократична законність, законності формальної, оскільки досягти 100-відсоткового дотримання норм законодавства практично неможливо ні в якій державі, а також і тому, що демократична законність, як і формальна, зовні теж відбивається у відповідних формах — нормативних актах. Інакше кажучи, за *зовнішнім відображенням* демократична законність теж є формальною, тобто формалізованою у нормах права. Тому пропонуємо розділяти ці види законності не

тільки за їх формою, а і за *суттю*.

Найважливішою ознакою демократичної законності, на відміну від законності формальної, є наявність норм і механізму їх реалізації, що регулюють обов'язки й відповідальність не тільки громадян перед державою, а й у першу чергу держави перед громадянином. Формальна законність проявляється у формальному дотриманні існуючих норм права і дисципліни, які часто слугують не народу, а окремим особам, політичним, або релігійним кланам.

Тут ми підійшли до потреби звернутися до ідеї законності. Одна із сторін сутності законності полягає в тому, що остання виражає уяву суспільства про справедливість та доцільність. С.С. Алексєєв вважав, що під ідеєю законності розуміють ідею, що формується в правосвідомості (в першу чергу – у правосвідомості прогресивних соціальних сил) про доцільність і необхідність такої реально правомірної поведінки всіх учасників правових відносин, де не залишалось б місця для свавілля, фактично досягалась би всезагальність права, дійсна реалізація суб'єктивних прав [1, с. 217 – 219]. Інша сторона законності полягає в тому, що вона служить еталоном, з яким окремі люди порівнюють свою власну поведінку. Тільки в правовій державі формалізована законність і поведінка суб'єктів правовідносин максимально співпадають, оскільки формалізована законність (знову ж таки!) максимально відображає правосвідомість переважної більшості населення.

Формалізовану законність також можна класифікувати й стосовно осіб, на яких через норми чинного законодавства вона поширюється, а саме: законність загальнодержавна; законність щодо фізичних осіб; законність щодо юридичних осіб; законність щодо окремих верств населення, – жінок, неповнолітніх, пенсіонерів, військовослужбовців та ін. Зрозуміло, що це не є окремі види законності, а лише складники єдиної державної законності, яка відбивається у відповідних, часто спеціалізованих нормативних актах та формах їх дотримання.

Оскільки законність відображається в законодавстві то, безсумнівно, її стан тісно пов'язаний з правовою формою. Законність потребує максимальної ефективності останньої. Стимули та заборони, які встановлюються нормами права, повинні впливати на поведінку колективів та окремих працівників так, щоб рішення, які приймаються ними, не розходилися із загальними принципами господарювання, з тими результатами, які мають бути досягнуті в процесі застосування цих норм [13, с. 75]. Зміцнення законності можливе на основі кодифікаційних засад, які забезпечують повноту, єдність, погодженість і стабільність законодавства [13, с. 76]. У свою чергу, з

правовою формою тісно пов'язаний принцип доступності правової норми, відповідно до якого вимоги норми не повинні мати подвійного тлумачення, що конче важливо для їх правильного застосування, тобто для догримання законності.

Звичайно, для забезпечення режиму демократичної законності держава має забезпечити підгрунття для цього, інакше кажучи, надати певних гарантій. (Garantie) в перекладі з французької мови означає "обеспечивать" [16, с. 59]. Це поняття зустрічається в будь-якій науковій літературі, приміром, детальний розгляд правових гарантій знаходимо у таких правників, як С.Г. Березовська, В.І. Камінська, М.П. Лебедєв, В.М. Савицький, Є.В. Шоріна [8].

Гарантії прийнято поділяти на політичні, економічні, ідеологічні та правові [15, с. 509 - 513]. Як у вітчизняному, так і в зарубіжному законодавстві часто вживається цей термін; отже, поняття "гарантія" набуло міжнародного значення. «І в цьому немає нічого дивного, адже в основі гарантії лежить забезпечувальна функція в широкому розумінні цього слова. Це може проявлятися в забезпеченні реалізації політичних, економічних, юридичних прав юридичних та фізичних осіб. Тому не випадково в Конституції України у низці статей згадується гарантованість здійснення вказаними особами своїх прав і свобод (ст. 3, 7, 10, 32, 33, 43, 46, 50, 54, 55, 57 та ін.). У галузевому законодавстві – цивільному, трудовому, аграрному, екологічному, процесуальному та ін. — також закріплені відповідні гарантії здійснення певних прав суб'єктів стосовно цих галузей права» [14, с. 327] «Для того щоб забезпечити неухильне проведення... законності в усіх сферах життя, необхідна відповідна система заходів, яка гарантувала б здійснення законності. Без дійсних гарантій законність перетвориться на пустий звук, нереальне побажання. Тільки наявність певної системи гарантій (економічних, політичних, юридичних, ідеологічних) дає можливість говорити про режим дійсної законності в державі. Причому ці гарантії повинні діяти в тісному зв'язку та взаємозалежності, органічно доповнювати одна одну» [5, с. 15).

Та не тільки сучасні вчені акцентують увагу на гарантіях законності. На їх важливість і різноманітність їх форм звертали увагу вчені-адміністративісти ще на початку ХХ століття. Так, А.Є. Єлістратов писав: «Відомі гарантії для законності управління можуть лежати вже в самому устрою правлячої влади. Зміцненню законності в державному управлінні сприяє взаємне відокремлення законодавчих та адміністративних установ: ті, хто править, не будучи водночас законодавцями, втрачають можливість самим узаконювати свої відхилення від закону у справах управління... Встановленню законо-

мірності в управлінні сприяє точне розмежування відомства адміністративних установ, точне визначення обсягу повноважень кожної посадової особи... Способом забезпечення законності в управлінні може деякою мірою служити початок закономірної покори. Цей початок виражається в тому, що за загальним правилом усім і кожному слід підпорядковуватися тільки законним вимогам влади» [4, с. 252, 255).

Таким чином, можна зробити висновок, що засадами (або гарантіями) законності в державному управлінні слід визнати наявність: а) економічних умов; б) розвинутої політичної системи; в) науково і ідеологічно обґрунтованої, відповідаючої вимогам часу та доступної для розуміння всіма суб'єктами державного управління системи норм права; г) механізму соціального захисту населення, закріпленого в юридичних нормах; д) механізму примусу, чітко працюючого в межах закону; е) відповідної політичної та правової культури населення.

Економічні умови є основою законності в державі. Економічно сильні держава й суспільство гарантовані від багатьох проблем і потрясінь, з якими стикаються слаборозвинені держави. Високий життєвий рівень громадян, матеріальний добробут згладжують гостроту суперечностей різних верств населення, що періодично виникають майже в кожній державі.

Необхідні економічні умови, реально працюючий механізм соціального захисту людини існують, як правило, в державах з розвинутою політичною системою, де панують демократичні традиції. Історія показує, що законність є там, де громадянське суспільство достатньо незалежне від держави, де реально існують поділ влади, свобода слова, преси, інших засобів масової інформації, де правоохоронні органи й армія не служать одній ідеології чи одній партії. Тільки за таких умов громадяни мають реальні можливості захистити себе від свавілля чиновників державного апарату, протиправних дій фізичних або юридичних осіб.

Розвинута політична система є запорукою існування законності тому, що демократичні політичні традиції знаходять своє відбиття в законодавстві, яке теж стає демократичним.

Значний вплив на стан законності мають і так звані *моральні гарантії* до яких слід віднести ідейне виховання громадян, суспільне осуджування протиправних дій, участь широких кіл громадськості в боротьбі з порушниками законності.

“Правові (юридичні) гарантії законності полягають не тільки в створенні ефективного механізму поновлення порушених правових норм, але й у забезпеченні такого порядку застосування норм, який

максимально попереджував би можливість порушень” [10, с. 187].

Механізм примусу як спосіб забезпечення законності притаманний також і демократичній державі. Спрямований проти меншості, він забезпечує спокій і нормальну життєдієвість держави й суспільства, підтримує державну та громадську дисципліну) і виступає формою захисту фізичних та юридичних осіб від правопорушників.

Важливою умовою законності й дисципліни в державному управлінні слід визнати також високу *правову культуру* громадян та службовців апарату виконавчої влади. Правова культура, в свою чергу, є відбиттям загального рівня освіти й культури суспільства.

Викладене вище вказує на близькість (а іноді й тотожність) способів і гарантій забезпечення законності й дисципліни в державному управлінні, що знаходить відображення в юридичній літературі, де різні автори одні й ті ж дії називають хто “способами”, а хто “гарантіями”. Це зумовлено тим, що гарантії обов’язково зовні проявляються у відповідних способах, які й забезпечують здійснення саме такої поведінки, яка виконується з дотриманням законності.

Список літератури: 1. Алексеев С.С. Общая теория права. – М.: Юрид. лит., 1981. – Т. 1. – 360 с. 2. Битяк Ю.П., Зуй В.В. Адміністративне право (Загальна частина): Консп. лекцій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 1996. – 158 с. 3. Борисов В.В. Правовий порядок розвитку соціалізму: проблеми теорії. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1977. – 406 с. 4. Елестратов Е.А. Основные начала административного права. – М.: Изд. 2-е. – Изд. Г.А. Лемана и С.И. Сахарова, 1917. – 294 с. 5. Зеєць А.П. Правова держава в Україні: концепція і механізм реалізації: Дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 1999. – 447 с. 6. Конституція України. – К.: Просвіта, 1996. – 80 с. 7. Коваль Л. Адміністративне право України. – К.: Основи, 1994. – 154 с. 8. Правовые гарантии законности в СССР. – М.: Изд-во АН СССР, 1962. – 475 с. 9. Рабинович П.М. Проблемы теории законности развитого социализма. – Львов: Вища шк., 1979. – 203 с. 10. Ремнев В.И. Социалистическая законность в государственном управлении. – М.: Наука, 1979. – 302 с. 11. Словарь терминов по теории государства и права / Под ред. Н.И. Павлова. – Харьков: Основа, 1997. – 180 с. 12. Социалистическая законность и способы ее обеспечения / Под ред. В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1968. – 216 с. 13. Социалистическая законность в советском государственном управлении / Ю.М. Грошевой, И.Н. Данышин и др. – Харьков: Вища шк., 1987. – 157 с. 14. Стативка А.Н. Договоры в системе агропромышленного комплекса в условиях рыночных отношений: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Харьков, 1998. – 411 с. 15. Теория государства и права / Под ред. К.А. Мокичева. – 2-е изд. – М.: Юрид. лит., 1970. – 632 с. 16. Юридический энциклопедический словарь / Под ред. А.Я. Сухачева. – М.: Сов. энцикл., 1984. – 415 с. 17. Явич Л.С. Право развитого социалистического общества. Сущность и принципы. – М.: Юрид. лит., 1978. – 224 с.

АДМІНІСТРАТИВНА ЮСТИЦІЯ І ПРАВА ЛЮДИНИ

Конституційне право громадян направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів забезпечується (гарантується) обов'язком відповідних суб'єктів розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк. Закон України "Про звернення громадян" забезпечує громадянам можливість звертатися не лише до перелічених в Конституції України органів і посадових осіб, а й до об'єднань громадян, установ, організацій, підприємств незалежно від форм власності, до засобів масової інформації щодо реалізації своїх прав і законних соціально-економічних, політичних та особистих інтересів чи їх порушення.

Серед звернень особливе місце посідають скарги, розгляд яких здійснюється згідно зі ст. 16 названого Закону. Скарга подається з порядку підпорядкованості вищому органу або посадовій особі, що не позбавляє громадянина можливості звернутися й до суду, оскільки Конституція України (ст. 55) встановила, що права й свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Слід зазначити, що в разі відсутності вищого органу щодо того, який розглядав скаргу, або незгоди громадянина з прийнятим за скаргою рішенням він може звернутися безпосередньо до суду.

У судовому порядку розглядаються також скарги на рішення загальних зборів членів колективних сільськогосподарських підприємств, акціонерних товариств, юридичних осіб, створених на основі колективної власності, а також рішення вищих державних органів. Однак чинне законодавство не встановлює чіткого визначення, які органи належать до категорії "вищі органи". Верховна Рада України є єдиним органом законодавчої влади в Україні, Президент України згідно з Конституцією є главою держави, про Прокуратуру України також ніде не сказано, що вона належить до вищих органів, Конституційний Суд України розглядається як єдиний орган конституційної юрисдикції в державі. Лише стосовно Верховного Суду України Конституція закріплює його як вищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції, вищими визнаються відповідні вищі суди спеціалізованих судів. Вищим органом у системі органів виконавчої

влади визнано також і Кабінет Міністрів України.

Отже, інші органи, крім названих, не є вищими, в тому числі й міністерства та інші органи виконавчої влади, які названі центральними. Відсутність чіткої визначеності щодо цього не сприяє реалізації права громадян на оскарження (як це записано в Законі "Про звернення громадян") рішень вищих органів до суду. Доцільно, як вбачається, визначити в конкретному законі перелік органів та посадових осіб, яких слід віднести до вищих і тоді вже суди не матимуть права відмовляти громадянам у прийнятті скарг, вважаючи на свій розсуд, чи відповідний орган належить до системи вищих, ачи ні.

Вважаємо, що крім скарг у судовому порядку й на тих же засадах повинні розглядатись й заяви громадян, а в окремих випадках і юридичних осіб, якщо ці заяви містять дані про порушення їх прав, свобод чи законних інтересів. Така думка підтверджується і названим вище Законом, оскільки громадянин, який звернувся зі скаргою, чи з заявою, має однакове право особисто викласти аргументи особі, яка перевіряла скаргу чи заяву, брати участь у їх перевірці, знайомитися з матеріалами перевірки, подавати додаткові матеріали або наполягати на їх запиті органом, який розглядає скаргу чи заяву, бути присутнім при її розгляді, отримати письмову відповідь про результати останнього тощо.

У той же час між цими зверненнями (скарга і заява) існує різниця. На наш погляд, скарга може подаватися громадянином особисто або через уповноважену на це особу, а за його уповноваженням, оформленим у встановленому законом порядку, може бути подана в його інтересах також і трудовим колективом або організацією, яка здійснює правозахисну діяльність. Щодо заяви, то вона в таких випадках може подаватися заінтересованою особою лише особисто. В інтересах неповнолітніх чи недієздатних осіб і скарга, і заява можуть подаватися їх законними представниками.

Що стосується подання скарг і заяв юридичними особами, то це питання потребує окремого розгляду. Юридичні особи можуть звертатись до судових органів із заявами та скаргами в разі порушення їх прав та законних інтересів. Такими є суди загальної юрисдикції та спеціалізовані суди — арбітражні. Однак, якщо суб'єктом (стороною) у справі виступають орган виконавчої влади (державного управління), орган місцевого самоврядування чи їх посадові особи, то тут, як вбачається, маємо справу з адміністративною юстицією, якій останнім часом у спеціальній науковій юридичній літературі приділяється значна увага як з боку теоретиків, так і практичних працівників. При цьому висловлюються різні погляди щодо створення систем адміністративної юстиції — від самостійної судової гіл-

ки — системи адміністративних судів (про що сказано в прийнятій у 1992 р. Концепції судово-правової реформи) до департаменту — управління адміністративних судів у структурі судів загальної юрисдикції (поряд з управліннями з кримінальних та цивільних справ).

Звичайно, питання про суб'єкт (орган), який вирішуватиме спірні адміністративні справи, і про категорії таких справ має важливе значення. Якщо виходити з положень Конституції України, такими органами можуть бути загальні суди й спеціалізовані (в даному випадку адміністративні), що не виключає при вирішенні спірних справ комбінування адміністративних органів і судових. справи спочатку вирішуються у відповідному міністерстві (відомства), а потім уже в суді. При цьому і перші, і другі повинні дотримуватися вимог адміністративно-процесуального законодавства (правил здійснення різного виду проваджень), коли процесуальні питання ним урегульовані, а в інших випадках (до прийняття відповідних законодавчих актів) — використовувати цивільно-процесуальну форму діяльності. В даний час опрацьовуються — Адміністративно-процесуальний кодекс України, Кодекс загальних правил адміністративних процедур.

Система судового захисту включає повноваження суду скасувати неправомірні ненормативні (індивідуальні, які в практиці називаються адміністративними) акти органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування (їх посадових осіб) або винести рішення про необхідність самостійного прийняття відповідних актів, заборонити або обмежити певну управлінську діяльність, зобов'язати відшкодувати збитки завдані особі протизаконними діями чи актами. Під ненормативним (індивідуальним, адміністративним) актом розуміється управлінське рішення — акт, що стосується конкретних дій, фактів, адресується конкретним особам (групі осіб), ґрунтується на законах чи інших нормативно-правових актах, видається одноособово чи колегіально.

Судовий захист — контроль за дотриманням прав громадян — певною мірою доповнюється системою внутрішнього відомчого та зовнішнього (надвідомчого, міжвідомчого) контролю, що здійснюється структурними підрозділами виконавчої гілки влади та органами місцевого самоврядування. Законодавство України передбачає випадки, коли скарги громадян не можуть бути розглянуті в суді. Перелік їх наводиться в ст. 248 Цивільно-процесуального кодексу України. Тому інститут адміністративної юстиції повинен розглядатись у поєднанні з адміністративною юрисдикцією (розглядом справ про адміністративні правопорушення уповноваженими на те органами чи посадовими особами, крім справ, які розглядаються су-

дами) та тих, в основі яких лежить скарга (заява), тобто є спір.

Слід, однак, зауважити, що названі види контролю за дотриманням прав громадян у будь-якому випадку не позбавляють їх можливості на звернення до суду, якщо вони вважають, що їх суб'єктивне право порушено. Урегулювання порядку розгляду адміністративних справ цивільно-процесуальним законодавством пояснюється відсутністю в Україні системи як адміністративної юстиції (адміністративних судів), так і законодавства, яке регулювало б порядок розгляду таких справ. Відсутній і єдиний підхід до поняття адміністративної юстиції й до створення відповідної системи законодавства.

Незважаючи на різні підходи до розуміння адміністративної юстиції в країнах світу, основним, що їх об'єднує, є те, що призначення адміністративної юстиції — це захист прав особи в судовому порядку у сфері виконавчої, управлінської діяльності. У загальному плані адміністративна юстиція — порядок розгляду й вирішення судами загальної юрисдикції чи спеціалізованими судами (спеціальної юрисдикції) в судовій процесуальній формі спорів, що виникають у сфері управління, між громадянином чи юридичною особою (заінтересованими особами), з одного боку, та органами виконавчої влади (адміністративними органами) й органами місцевого самоврядування — другого. Заінтересованими особами можуть виступати не лише ті, інтереси яких зачіпаються адміністративним актом (дією) чи яким останній адресується, а й ті, щодо кого він безпосередньо не спрямований, але все одно зачіпає їхні інтереси (права), захист яких передбачено чинним законодавством.

Судовий захист прав людини набуває важливого значення у зв'язку зі встановленням у Конституції України нового типу відносин між собою і державою (у тому числі органами виконавчої влади й особою), проголошенням людини найвищою соціальною цінністю в Україні. Виходячи з цього, вважаємо доцільним створення адміністративної юстиції саме на засадах європейської моделі принципів адміністративного права, яка виправдала себе, показавши дієвість, високий ступінь забезпечення й захисту прав людини, з урахуванням, звичайно, національних та інших особливостей правової системи нашої держави.

Створення ефективної системи адміністративної юстиції в Україні дозволить надійно забезпечувати права людини та громадянина, всіх зацікавлених осіб. Водночас це призведе до певного скорочення чисельності органів, які вправі розглядати й вирішувати спірні питання у сфері управління. Судовий розгляд справ, як вбачається, значно прийнятніший з усіх позицій, у тому числі з позицій за-

безпечення законності та прав учасників управлінського процесу. Тому необхідно законодавчо визначити предмет адміністративної юстиції, коло суб'єктів юрисдикційної діяльності, їх повноваження, категорії справ, розгляд яких покладається на органи адміністративної юстиції, процедуру їх розгляду.

При вирішенні названих проблем передусім слід мати на увазі, що адміністративна юстиція пов'язана з наявністю спору (це спірна юрисдикція в адміністративних справах), коло спірних питань досить широке, але всі вони мають місце у сфері виконавчої влади чи місцевого самоврядування (маються управлінський, адміністративний характер), що до адміністративної юстиції належать спори, які виникають у сфері державного управління (виконавчої влади та місцевого самоврядування) між заінтересованими юридичними чи фізичними особами, з одного боку, й адміністративними органами — з іншого.

При формуванні судової системи адміністративної юстиції потрібно враховувати складнощі, пов'язані з матеріально-технічним, фінансовим, кадровим та нормативним її забезпеченням. Тому адміністративне судочинство доцільно запроваджувати поетапно. Спочатку в законодавчому порядку необхідно визначитись, яку систему адміністративної юстиції Україна буде впроваджувати — судочинство, здійснюване або суддями з адміністративних справ у складі загальних судів, або ж спеціалізованими судами. З огляду на це слід внести зміни й доповнення до Закону України "Про судоустрій" (або прийняти його в новій редакції), прийняти Закон, який встановлював би статус суддів адміністративних судів (або прирівняти його до статусу суддів судів загальної юрисдикції) і регулював би порядок здійснення ними правосуддя, — "Адміністративно-процесуальний кодекс України", а, можливо, і Кодекс адміністративної юстиції України, а також розпочати підготовку й перепідготовку суддів, які будуть працювати в судах адміністративної юстиції.

У подальшому належить: здійснити підготовку і прийняття зводу адміністративних законів України — Кодексу державного управління, утворити систему адміністративних судів в Україні, виділивши її зі структури загальних судів або ж у самій структурі; здійснити заходи по вдосконаленню законодавства, прийнятого на першому етапі створення адміністративної юстиції; врегулювати порядок підготовки й підвищення кваліфікації суддів цієї системи (через магістратуру й інститути та факультети підвищення кваліфікації суддів).

Вбачається, що до компетенції адміністративних судів слід віднести розгляд спорів про:

— визнання недійсними ненормативних письмових (адміністративних, індивідуальних) актів державних органів, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб;

— визнання незаконними дій державних органів, органів місцевого самоврядування та посадових осіб;

— відшкодування збитків, завданих протизаконними актами й діями державних (у тому числі правоохоронних органів), органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб;

— застосування до фізичних та юридичних осіб деяких заходів адміністративного примусу (наприклад, адміністративне затримання), крім адміністративних стягнень;

— відмову у видачі ліцензій, дозволу на заняття підприємницького та іншими видами діяльності, проведення масових заходів (мітингів, демонстрацій тощо) чи надання згоди на це з порушенням закону;

— відмову від реєстрації статутів об'єднань громадян, у тому числі релігійних;

— порушення порядку призначення на посади та звільнення з посад службовців органів виконавчої влади та їх апарату, а також апарату органів місцевого самоврядування (перелік цих посад встановити в законі);

— необхідність прийняття адміністративних актів чи здійснення відповідних дій органами виконавчої влади та місцевого самоврядування в інтересах громадян чи юридичних осіб;

— законність рішень, прийнятих органами державного управління й місцевого самоврядування у відповідних справах, та на скарги, раніше подані до них, та ін.;

— видворення іноземного громадянина за межі України.

До компетенції адміністративних судів, вважаємо, слід віднести справи про порушення правил охорони довкілля, земельного законодавства та інші, де однією із сторін є адміністративний орган, якщо не стоїть питання про притягнення до кримінальної відповідальності. У подальшому важливе наділення цих судів правом розгляду сімейних справ (при відсутності спору про майно), трудових спорів (де стороною виступає державна організація) та справ неповнолітніх (крім кримінальних).

Така система адміністративної юстиції позитивно вплине на захист прав і свобод громадян у сфері виконавчої влади, на утвердження режиму законності в управлінні, вивільнить загальні суди від розгляду значної кількості справ. З одного боку, це підвищить ефективність діяльності загальних судів, оскільки дозволить досконаліше провести спеціалізацію суддів, а з іншого — справи, що витікають з

адміністративних правовідносин, будуть розглядатися фахівцями — спеціалістами саме в галузі управління і права.

О.Б. Червякова, канд. юрид. наук

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРИТЯГНЕННЯ ОСІБ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗАКОНОМ УКРАЇНИ “ПРО БОРТЬБУ З КОРУПЦІЄЮ”

Однією з найбільш поширених проблем, з якою стикаються сьогодні багато країн перехідного періоду розвитку економіки (в тому числі й Україна), є боротьба з корупцією.

Закон України “Про боротьбу з корупцією” (ст. 4) покладає такий обов’язок перш за все на відповідні підрозділи Міністерства внутрішніх справ, податкової міліції, Служби безпеки та органи прокуратури України. У рамках ведення боротьби з корупцією зазначені органи повинні виявляти корупційні діяння та діяння, пов’язані з корупцією, вживати заходи до притягнення винних до відповідальності й усунення наслідків цих правопорушень.

У зв’язку з цим для практики застосування законодавства про боротьбу з корупцією актуальним є питання про визначення суб’єктів, які підпадають під дію Закону “Про боротьбу з корупцією” [1; 1995. - № 34. - Ст. 266] (далі — Закон), а також окреслення кола діянь, що можуть визнаватися корупційними або пов’язаними з корупцією.

Стаття 2 Закону передбачає, що суб’єктами корупційних діянь та інших правопорушень, пов’язаних з корупцією, є: а) державні службовці; б) народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутати сільських, селищних, міських, районних, обласних рад; сільські, селищні, міські голови та голови районних, обласних рад.

Частина 2 ст. 3 Закону до осіб, які підлягають притягненню до відповідальності, відносить військовослужбовців (крім тих, які проходять строкову службу), а також осіб, які згідно з чинним законодавством притягаються до відповідальності за адміністративні правопорушення на підставі положень Дисциплінарних статутів.

Слід мати на увазі, що відповідальність за окремими нормами закону можуть нести й такі спеціальні суб’єкти: а) державні службовці, які є посадовими особами (ч. 3 ст. 5 Закону); б) керівники міністерств і відомств, державних підприємств, установ та організацій чи їх структурних підрозділів (ст. 10 Закону); в) особи, на яких

покладено обов'язок складати протокол про вчинення корупційних діянь та діянь, пов'язаних з корупцією (ст. 11 Закону).

На практиці найбільше помилок припускають правозастосувальні органи при визначенні особи як державного службовця, що значною мірою обумовлено недосконалістю чинного законодавства.

Закон України "Про державну службу" [1; 1993. - № 52. - Ст. 490] (ст. 9, 25) наводить перелік посад працівників державних органів, які належать до відповідних категорій державних службовців. У деяких інших законах також передбачено низку посад працівників державних органів, які вважаються державними службовцями (Закони "Про забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення" [1; 1993. - № 27. - Ст. 218], "Про державну виконавчу службу" [1; 1998. - № 36-37. - Ст. 243] та ін.). Кабінету Міністрів України надано право за погодженням із відповідним державним органом відносити певні посади до категорії державних службовців (на підставі ч. 3 ст. 25 Закону "Про державну службу" Кабінет Міністрів України прийняв за останні роки понад 20 постанов і розпоряджень із цих питань).

Оскільки державний службовець є спеціальним суб'єктом правової (у даному випадку — адміністративної) відповідальності, важливо, на наш погляд, щоб на момент учинення ним правопорушення він мав відповідний правовий статус, визначальними елементами якого є: наявність рангу (ст. 26 Закону), прийняття присяги (ст. 17 Закону), визначення обсягу службових повноважень за посадою в інструкціях чи положеннях (ст. 11 Закону), декларування доходів (ст. 13 Закону). Вважаємо, що в інших випадках особа, яка фактично обіймає державну посаду, не є суб'єктом корупційного чи іншого діяння, передбаченого Законом "Про боротьбу з корупцією".

З огляду на це викликає непорозуміння позиція Пленуму Верховного Суду України, який у п. 6 постанови від 25.05.1998 р. "Про практику розгляду судами справ про корупційні діяння та інші правопорушення, пов'язані з корупцією" роз'яснив, що особа набуває статусу державного службовця з моменту прийняття рішення про зарахування її на посаду державного службовця незалежно від того, прийняла вона присягу чи ні, чи присвоєно їй ранг і чи попереджено її про встановлені в ст. 5 Закону обмеження.

Вважаємо, що запропонована практика призведе до порушення прав громадян, які притягаються до адміністративної відповідальності, оскільки прийняття їх на посади державних службовців у таких випадках здійснюється без додержання вимог чинного законодавства.

Під корупцією Закон (ст. 1) розуміє діяльність уповноваже-

них на виконання держави осіб, яка спрямована на протиправне використання наданих їм повноважень для одержання матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг. Тобто для притягнення особи до відповідальності за п. "а" чи п. "б" ст. 1 Закону обов'язковим є встановлення факту одержання нею різних благ.

Щодо складу інших правопорушень, пов'язаних з корупцією, слід зазначити, що для деяких з них обов'язковим є встановлення мети — незаконного одержання матеріальних благ, послуг, пільг або інших переваг (п. "а" ч. 1 ст. 5, п. "а" ч. 3 ст. 5 Закону). Інші, навпаки, мають формальний склад правопорушення і не потребують необхідності з'ясування мотивів їх учинення (п. "б", п. "а" та п. "г" ч. 1 ст. 5 Закону; п. "в" та "г" ч. 3 ст. 5 Закону; ст. 9-11 Закону).

Розглянемо деякі склади правопорушень, пов'язаних із корупцією. За п. "г" ч. 3 ст. 5 Закону до відповідальності можуть притягатися посадові особи, які готують чи приймають незаконні нормативно-правові акти на користь фізичних чи юридичних осіб (наприклад, про незаконне звільнення від сплати податків, зборів, мита, інших платежів; про порушення порядку відчуження майна, яке перебуває в комунальній власності; про встановлення заниженої вартості майна чи об'єктів комунальної власності та ін.).

Що ж стосується прийняття незаконних рішень, вважаємо, що до них можуть бути віднесені будь-які рішення, що надають незаконні переваги фізичним чи юридичним особам (наприклад, незастосування фінансових функцій; невжиття заходів, передбачених законом, до припинення правопорушень — приміром, незастосування заходів, передбачених ст. 37 Закону "Про зовнішньоекономічну діяльність"; незаконне звільнення від сплати мита; незастосування заходів адміністративного впливу; накладання штрафу в межах "нижче нижчого"; незвернення до виконання постанови про накладання адміністративного стягнення; непередача матеріалів до правоохоронних органів у випадках, передбачених законом; прийняття справи до провадження в суді без сплати держмита у випадках, коли позивач не може бути звільнений від цього з підстав, передбачених законом, тощо).

Декларування доходів осіб, уповноважених на виконання функцій держави, здійснюється в порядку й на підставах, передбачених ст. 13 Закону "Про державну службу". Відповідно до цієї норми особа, яка претендує на зайняття посади державного службовця III-VII категорій (ст. 25 цього Закону), подає за місцем майбутньої служби відомості про доходи і зобов'язання фінансового характеру (в тому числі й за кордоном) щодо себе і членів своєї сім'ї. Особа, яка претендує на зайняття посади державного службовця I та II категорій

(ст. 25 цього Закону), повинна подати також відомості про належне їй та членам її сім'ї нерухоме, цінне рухоме майно, вклади в банках та цінні папери.

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 11.08.1995 р. "Про застосування статті 13 Закону України "Про державну службу" державні службовці подають декларації про доходи за місцем служби щорічно до 15 квітня за попередній звітний рік.

Порушення вимог фінансового контролю тягне відповідальність за ст. 9 Закону, яка передбачає два види адміністративних правопорушень — такі, що мають закінчений характер, і триваючі. До перших слід віднести подання неповних чи неправдивих відомостей про доходи та зобов'язання фінансового характеру, несвоєчасне подання відомостей про відкриття валютного рахунку в іноземному банку. Решта правопорушень — неподання відомостей про доходи та зобов'язання фінансового характеру, неподання відомостей про відкриття валютного рахунку в іноземному банку — є триваючим.

Цей висновок впливає з тієї обставини, що після сплину строку подання відповідної декларації державний службовець починає вчинювати відповідне правопорушення, яке триває доти, доки він не задекларує доходи згідно з вимогами Закону. Тож строк давнини притягнення особи до відповідальності буде відраховуватися з моменту встановлення правопорушення відповідним чином.

Поряд з цим вважаємо, що загальний строк давнини притягнення державного службовця до відповідальності за ці правопорушення сплине 15 квітня наступного року, коли державний службовець повинен буде подати нову декларацію про доходи та зобов'язання фінансового характеру.

Належить, однак, звернути увагу й на таку обставину: чинне законодавство не покладає на жоден державний орган чи посадову особу обов'язку контролю за своєчасним поданням декларацій державними службовцями та достовірністю відомостей, які в них містяться.

Тому, як вбачається, доцільно внести відповідні доповнення до ст. 13 Закону України "Про державну службу", передбачивши покладення контролю за своєчасним додержанням вимог щодо декларування доходів державними службовцями на керівників міністерств і відомств, державних установ та організацій, які безпосередньо приймають їх на роботу.

Потребує доповнення й ст. 10 Закону "Про державну податкову службу в Україні" [1; 1994. - № 15. - Ст. 84] щодо здійснення контролю за достовірністю відомостей, які містяться в деклараціях державних службовців.

Для виявлення правопорушень, передбачених п. "г" ч. 1 ст. 5

Закону, слід виходити з положень відповідних законів, які регулюють інформаційні відносини в державі. При цьому останні можуть бути поділені на такі групи:

1) закони, що закладають правові основи інформації та регулюють діяльність засобів масової інформації (наприклад, закони “Про інформацію” [1; 1992. - № 48. - Ст. 650], “Про друковані засоби масової інформації (друк) в Україні” [1; 1993. - № 1. - Ст. 1], “Про телебачення і радіомовлення” [1; 1994. - № 10. - Ст. 43] та ін.);

2) закони, які покладають на державних службовців зобов'язання надавати інформацію на запити (вимоги) правоохоронних та інших органів (наприклад, закони “Про прокуратуру” [1; 1991. - № 53. - Ст. 793], “Про міліцію” [1; 1991. - № 4. - Ст. 20], “Про організаційно-правові засади боротьби з організованою злочинністю” [1; 1993. - № 35. - Ст. 358], “Про державну податкову службу” та ін.);

3) закони, що зобов'язують державних службовців, які є посадовими особами, надавати громадянам інформацію про наслідки розгляду їх звернень (приміром, закони “Про звернення громадян” [1; 1996. - № 47. - Ст. 256], “Про пенсійне забезпечення” [1, 1992. - № 3. - Ст. 10], “Про державну допомогу сім'ям з дітьми” [1; 1993. - № 5. - Ст. 21] та ін.).

Віднесення останньої групи законів до таких, порушення яких тягне відповідальність за п. “г” ч. 1 ст. 5 Закону “Про боротьбу з корупцією”, потребує деяких пояснень. Вважаємо, що звернення громадян до органів державного управління спрямовані саме на реалізацію їх конкретних конституційних прав (у тому числі права на оскарження дій та рішень посадових осіб та колегіальних органів, забезпечення соціального захисту тощо). Відповіді на такі звернення містять роз'яснення, викладення мотивів і підстав щодо прийнятого рішення, тобто являють собою один із видів інформації, необхідної для забезпечення механізму реалізації громадянами своїх прав, свобод і законних інтересів. За таких умов відмова у відповіді на звернення громадянина повинна розглядатися як ненадання інформації, а несвоєчасна відповідь на звернення — як затримка у наданні такої.

На нашу думку, вчинення корупційного діяння чи діяння, пов'язаного з корупцією, є наслідком невиконання державним службовцем обов'язків, покладених на нього ст. 10 Закону “Про державну службу”. Це проявляється передусім у недодержанні особою Конституції та інших актів законодавства України, невиконанні компетентним державним органом покладених на нього завдань, що приносить значну матеріальну чи моральну шкоду державі, громадянину, підприємству, установі, організації чи об'єднанню громадян.

Тому у відповідних правозастосувальних органів під час виявлення порушень Закону "Про боротьбу з корупцією" виникають підстави для застосування ст. 22 Закону "Про державну службу", яка передбачає можливість відсторонення правопорушника від виконання повноважень за посадою й проведення службового розслідування. Але, на жаль, цей ефективний засіб впливу на корупціонерів в Україні майже не застосовується.

Успішній боротьбі з корупцією в Україні, на наш погляд, сприяли б: розробка більш досконалих механізмів попередження корупції та зловживань владою; встановлення процедур виявлення та притягнення до відповідальності корумпованих осіб, перш за все посадових; вироблення адекватних засобів реагування на всі прояви таких правопорушень. Актуальним, вважаємо, є вирішення питання про відповідальність осіб, причетних до корупції, а також вжиття економічних санкцій до юридичних осіб, на користь яких здійснюються корупційні зловживання службовим становищем та інші діяння, пов'язані з корупцією.

Список літератури: 1. Відом. Верхов. Ради України.

М.Г. Шульга, канд. юрид. наук

ПОНЯТТЯ МИТНОГО ПРАВА

Різноманітність форм і методів здійснення митної справи обумовлює необхідність їх чіткої нормативно-юридичної регламентації. Функціонування митного механізму спирається на широку нормативну базу. Для виділення будь-якої сукупності норм в окрему правову галузь потрібна наявність власного предмета й методів правового регулювання, які ним зумовлені. А оскільки митне право — явище порівняно нове й мало досліджене в правовій науці, виявлення його предмета й методу регулювання є досить складним і одночасно актуальним завданням. Серед юристів відсутня єдність у питанні про те, чи існує така самостійна галузь, як митне право. Очевидно, що галузева належність митного права має значення не тільки з теоретичної, але й з практичної точки зору. Віднесення правових норм до визначеної галузі права означає, що на них поширюється відповідний галузевий режим (принципи, методи правового регулювання тощо).

Одні правники вважають митне право підгалуззю адміністративного права, інші визнають його самостійною галуззю права.

дехто ж відносить митне право до комплексних галузей. Є думка, що мова може йти тільки про митне законодавство, тобто законодавство про митну справу.

Найбільш типовий підхід до визначення митного права знаходимо в К.К. Сандровського. Він вважає, що норми, які стосуються митного контролю зазвичай відносять до адміністративного права. А для цього існують вагомі підстави: адже митні органи мають виконавчо-розпорядний характер і здійснюють свої функції у визначеній сфері державного управління. Саме тому в літературі з радянського адміністративного права вся сфера митних справ держави розглядалася як одна із сторін державного управління. Чіткість, єдиний підхід до віднесення митних органів до органів державного управління відсутні навіть у рамках загального для всіх навчальних курсів з адміністративного права. Але вже є підстави говорити, вважає він, про наявність особливої підгалузі в рамках адміністративного права – митного права, а з подальшим розвитком правовідносин у цій сфері з'явиться можливість і для виділення митного права у самостійну галузь [5, с. 18,19]. Слід зауважити, що такий підхід до визначення митного права був зумовлений державною монополією зовнішньої торгівлі. У соціалістичний період митне право в основному регулювало процедури митного контролю. Головним завданням митної служби була організація та здійснення митного контролю за переміщенням через кордон особистих речей громадян.

Загальноновизнано, що вихідним моментом для виділення в системі права відносно відособленої групи юридичних норм слід вважати специфічний характер суспільних відносин, які регулюються даними нормами, тобто критерієм, що визначає особливості предмета правового регулювання.

Предметом регулювання митного права є митні відносини, що складаються при переміщенні транспортних засобів, товарів тощо.

Відповідно до ст. 15 Митного кодексу України: а) “товари” — це будь-яка переміщувана через митний кордон України продукція, у тому числі та, на яку поширюються права інтелектуальної власності, послуги, роботи, що є об'єктом купівлі-продажу або обміну; б) “предмети” – будь-які предмети, переміщувані через митний кордон; в) “транспортні засоби” – транспортні засоби, що тимчасово прибувають на митну територію України або відбувають з цієї території й використовуються для міжнародних перевезень вантажу, багажу та пасажирів [2; 1992. – №16. – Ст. 203]. Фізичні особи виступають тільки як суб'єкти (учасники) митних відносин.

Митні відносини є самостійним видом суспільних відносин.

Одночасно вони різноманітні за своєю суттю. Можна вирізнити декілька груп митних відносин, які складають предмет митного права. Перша – це адміністративно-правові відносини, що виникають на основі державно-владних приписів і стосуються різних обмежень на ввезення та вивезення товарів (квотування, ліцензування), а також ті, що стосуються порядку здійснення митних операцій і виконання митних формальностей. Друга група – це фінансово-правові відносини, пов'язані зі стягненням митних платежів. Це дві основні групи митних відносин, які складають предмет митного права.

В окремі групи можна виділити відносини, пов'язані з порушенням митних правил і відповідальністю за це. У митній справі присутні й диспозитивні відносини, учасники яких мають юридичну рівність. Саме такими є відносини митного брокера і клієнта.

Така багатоплановість у сфері митних відносин відрізняється специфікою і регулюється нормами різних галузей права. Так, якщо перша група регулюється нормами адміністративного права, то друга – нормами фінансового, банківського й податкового. Дуже часто сусідять відносини, що регулюються різними галузями права. Наприклад, ст. 55 МК України передбачає, що законодавством України для громадян можуть бути встановлені кількісні й вартісні обмеження на переміщення через митний кордон України речей окремих видів, а також підстави, за наявності яких допускається таке переміщення (2; 1992. – №16. – Ст. 203). Постановою Кабінету Міністрів України від 11 вересня 1996 р. № 1094 було затверджено “Перелік предметів промислового призначення, що застосовуються у виробничій сфері, вивезення (пересилання) яких громадянами України, іноземцями особами без громадянства за межі території України забороняється” [6], а постановою Кабінету Міністрів України від 10 липня 1998 р. № 1043 – “Перелік продуктів харчування рослинного і тваринного походження, які має право ввозити на територію України одна фізична особа для власного споживання” [9].

Нормами адміністративного й фінансового права регулюються відносини, що виникають при внесенні податку на добавлену вартість до бюджету під час ввезення (пересилання) товарів на митну територію України [4; 1998. – № 14. – Ст. 518]. Нормами банківського права регулюється порядок надання уповноваженим банкам індивідуальних ліцензій на вивезення банкнотів іноземної валюти та спеціальних дозволів на ввезення банкнотів іноземної валюти, бланків чеків [4; 1997. – № 42. – С. 80].

У митній справі все частіше застосовуються договірні засади правового регулювання. Найчастіше вони виникають на етапах митного оформлення – декларування, перевезення під митним конт-

ролем тощо; у процедурі деяких митних режимів – магазин безмитної торгівлі, митний склад. У низці випадків митно-правова норма встановлює порядок оформлення цивільно-правових відносин між учасниками процедури митного оформлення. Стаття 47 МК України передбачає порядок допущення митницею підприємства до декларування на підставі договору [2; 1992. – №16. – Ст. 203].

У проекті нового Митного кодексу України передбачено окремий розділ, який регулює підприємницьку посередницьку діяльність у галузі митної справи. Визначено, що взаємовідносини митного брокера з особою, яку він представляє, здійснюються на підставі нотаріально засвідченого договору (контракту), а стосунки митного перевізника з власником товарів визначаються відповідним договором.

Таким чином, митні відносини, як предмет регулювання норм різних галузей права є складною комплексною системою. Як зазначив О.М. Козирін, “митне право являє собою симбіоз адміністративно-правових і фінансово-правових норм із вкрапленням окремих інститутів з інших галузей права [3, с. 44].

Така двоїстість митного права визначена основними функціями митної справи – фіскальною і регулятивною. Однак, незважаючи на те, що митне право як комплексна галузь законодавства складається з норм різних галузей права, воно регулює відносно самостійну сферу суспільного життя, пов’язану з переміщенням товарів, транспортних засобів та інших предметів через митний кордон. Домінуючу роль серед суспільних відносин, які регулюються митним правом, складають відносини, що регулюються нормами адміністративного та адміністративно-процесуального права (бо тут переважають відносини, пов’язані з управлінською, організаційною діяльністю митних та інших органів виконавчої влади).

Для регулювання кожної групи відносин або сукупності низки груп застосовуються притаманні їм методи і способи правового регулювання. Для митного права найбільш характерні владні приписи, але багато митних правовідносин регулюються за допомогою заборон та дозволів.

С.С. Алексеев вважає, що “разом з розвитком законодавства, зумовленим потребами економічних, а також соціально-політичних та інших відносин, видаються комплексні акти, які повністю або частково порушують цілі сфери соціального життя. У цих випадках формуються комплексні галузі законодавства, в яких об’єднується за тією чи іншою предметною, тематичною або цільовою ознакою юридично різнорідний правовий матеріал” [1, с. 84]. Ю.А. Тихомиров же зазначає, що “критерії галузевого поділу права й законо-

давства застаріли”, що “потрібен більш широкий, сучасний підхід, який охоплює співставлення класифікації галузей юридичної науки, галузей права та загальноправового класифікатора галузей законодавства” [7, с. 68]. Такі погляди цілком мають право на існування, як і концепція митного права, згідно з якою воно розглядається як галузь законодавства, що складається з норм різних галузей права.

Виділення правових формувань і визнання їх як галузей права пов’язане не тільки з характерним і специфічним для кожної з них предметом і методом регулювання, але й з певною їх цілісністю незалежно від характеру цієї галузі права. Системоутворюючими чинниками виступають комплексний характер суспільних регульованих відносин, обумовлених специфікою самої митної справи, і одночасно комплексне правове регулювання. У цьому розумінні поняття “система митного права” включає в себе підрозділ юридичних норм цієї галузі – головні частини, основні розділи, інститути та норми, що до них входять.

До загальної частини митного права входять поняття і зміст митної справи, митної політики та її цілей, митної території, митного кордону та інші загальні терміни й поняття, закріплені в митному законодавстві, а також розділи про суб’єкти митного права, форми й методи діяльності митних органів, відповідальність за порушення митних правил і провадження по них, основні принципи переміщення товарів і транспортних засобів, митні режими, митний контроль. Але “Загальні положення” розділ I МК України містять не всі ці поняття [2]. Проект нового Митного кодексу також не відображає поділу митного права на загальну й особливу частини. Здається, що й найближчим часом такий поділ навряд чи буде сформовано, оскільки на митному праві, яке перебуває зараз у стадії свого становлення, відбувається перехідний період формування ринкових відносин та інтегрування економіки України у світове господарство.

Вивчення розвитку кожної галузі права веде до зіткнення з таким явищем, як джерела права, тобто йдеться про способи нормативного вираження правових правил поведінки, завдяки яким право матеріалізується, стає відчутним.

Вищезгадане повною мірою стосується й джерел митного права. При цьому необхідно зауважити, що тут історично формується своя система джерел, яка породжується предметом і методом правового регулювання і залежить від особливостей та етапів економічного розвитку. Джерела митного права складають єдину цілісну систему, елементи якої знаходяться у відносинах субординації та ієрархічної підпорядкованості. Основними принципами побудови системи джерел митного права є конституційність і законність.

До основних елементів джерел митного права належать:

- а) внутрішнє митне законодавство;
- б) міжнародно-правові договори та угоди за участю України.

До першої групи належать: Конституція України, закони, нормативні акти Президента, уряду, міністерств, державних комітетів та інших органів виконавчої влади. Норми митного права містяться також у деяких актах регіональних митниць. Кожне із згаданих джерел митного права має свою специфіку.

Серед законодавчих актів, регулюючих митну справу, центральне місце посідають Митний кодекс України [2; 1992. – №16. – Ст. 203] та Закон України “Про єдиний митний тариф” [2; 1992. – №19. – Ст. 259]. За юридичною силою вони постуляються тільки Конституції України і є тією правовою базою, на якій будується і розвивається все митне законодавство. І хоча ці закони охоплюють різні суспільні відносини, відрізняються один від одного і за юридичними властивостями, разом вони створюють єдине ціле. Таке об’єднання двох найважливіших законів знайшло відбиття в проєкті нового Митного кодексу України.

Важливу роль у механізмі митно-правового регулювання відіграють підзаконні акти. У зв’язку з динамічним, мобільним характером митної справи закони об’єктивно не в змозі його регулювати. Цьому сприяє і велика кількість відсилочних норм у текстах митних законів, а також та обставина, що митне право, яке орієнтується на ринкову економіку, проходить стадію становлення.

Підзаконні акти – джерела митного права в залежності від виду органу, який їх видав, можна поділити на такі групи:

- а) укази й розпорядження Президента України;
- б) постанови і розпорядження уряду України;
- в) підзаконні акти, які приймаються ДМС України та іншими центральними органами виконавчої влади;
- г) спільні акти, які приймає ДМС України з іншими державними органами.

Тенденції розвитку митного права України відображають його націленість на міжнародно-правове співробітництво й участь України в міждержавному регулюванні у сфері митної справи. Ця співпраця розвивається в 3-х основних напрямках: взаємодія з країнами СНД; співробітництво з країнами далекого зарубіжжя; співробітництво в рамках міжнародних організацій. Одним з пріоритетних напрямків співпраці з країнами далекого зарубіжжя стає розвиток контактів з Європейським Союзом.

Розвиток зовнішньоекономічного співробітництва, туристичного обміну, гуманітарних контактів викликає необхідність уніфі-

кації митного законодавства. За допомогою уніфікованих норм встановлюються: єдині правила митного оформлення та єдині форми документів; однакові види, форми й способи митного контролю; єдині квоти пропускання тих чи інших предметів; однакове визначення найважливіших митних термінів.

Слід зауважити, що в митній практиці не заборонено застосування правового звичаю. Використовується він (хоча й обмежено) при митному оформленні вантажів (звичай морських портів) і при визначенні митної вартості (практика, що склалася в міжнародній торгівлі).

Велика кількість нормативних актів, часті зміни нормативної бази митного регулювання викликають необхідність їх упорядкування. Систематизація чинних нормативно-правових актів у сфері митного права має надзвичайно важливе значення для розвитку митного законодавства. Після проголошення незалежності Україна почала створювати нову систему митного права, багато аспектів якої концептуально не були розроблені. Цілком природно, що це суттєво гальмувало її розвиток. Основним напрямком у цій роботі стала кодифікація. Багато уваги приділяється й виданню збірок митного законодавства, упорядкованих за визначеними критеріями (за предметним, хронологічним, алфавітним тощо). При цьому слід зазначити, що значного розвитку одержала неофіційна інкорпорація, яку здійснюють організації, що не мають на те спеціальних повноважень.

Держмитслужба України тільки розпочинає проводити роботу з відомчої інкорпорації.

Ваговим результатом кодифікування є створення проекту нового Митного кодексу, прийняття якого зробить можливим із максимальною повнотою викласти основні правила й приписи, що діють у митній справі, в одному зведеному акті, що стане значним кроком розвитку у систематизації митного законодавства.

Список літератури: 1. Алексеев С.С. Государство и право: Начальный курс. – М.: Изд-во МГУ, 1993. 2. Відомості Верховної Ради України. 3. Козырин А.Н. Государственно-правовой механизм таможенной политики зарубежных стран. – М.: Изд-во МГИМО, 1994. 4. Офіційний вісник. 5. Сандровский К.К. Таможенное право. – К.: Вища шк., 1994. 6. СІ України. – 1996. – №17. – Ст. 486. 7. Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса. – М.: Изд-во ЮРИНФОРМЦЕНТР, 1998. 8. Урядовий кур'єр. – 1998. – № 136-137. – С. 10.

МИТНИЙ ЗАКОН ЯК ОСНОВНА ФОРМА МИТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Для повнішого з'ясування теоретичних засад митного законодавства України необхідно особливо ретельно розглянути питання про його форму. На основі відповідних положень філософії в юридичній літературі виділяється внутрішня і зовнішня форма юридичної норми. Кожне із зазначених суджень про форму юридичної норми є результат різних підходів до розгляду даного явища. Наш підхід до процесу дослідження митного законодавства, висвітлення його характерних рис у даному випадку пов'язаний з аналізом зовнішньої форми цього явища. У науковій літературі прямо підкреслюється, що одна з характерних рис юридичної норми якраз і полягає в тому, що ці норми видаються і санкціонуються державою в суворо визначених формах, якими стосовно митного законодавства України й виступають нормативні акти, що характеризуються відповідними рисами, структурою і направленістю дії на регулювання відносин у митній сфері.

Виходячи з цього, для теорії процесу правотворчості важливо мати чітку відповідь на запитання про те, чи кожний нормативний акт, який виражає митно-правову норму, можна вважати формою митного законодавства України?

В юридичній науці відсутня єдність у питанні щодо нормативних актів, створюючих форму законодавства. До них відносять чи то тільки акти, видані вищими представницькими органами державної влади або прийняті в порядку всенародного голосування чи сукупність нормативних актів вищих органів державної влади й управління або всю систему нормативних актів, діючих у державі [1]. Однак ми вважаємо, що в умовах формування правової держави формою митного законодавства може бути лише митно-правовий закон. Усі інші нормативні акти, які виражають митно-правові норми, є підзаконними. "Перебуваючи" під митно-правовим законом, останні не можуть змінювати, скасовувати його, перечити йому, інакше такий підзаконний митно-правовий акт сам підлягає скасуванню як незаконний.

Ознаки митно-правового закону з урахуванням відповідних теоретичних положень можуть бути поділені на а) матеріальні, характеризуючі закон з точки зору джерела, зміст й значення, і б) галузеві-правові, які відбивають юридичні риси закону, особливості правотворчої та правозастосовчої процедури у сфері митних відносин.

Митно-правовий закон являє собою акт, який безпосередньо виражає загальну державну волю у митній справі. Його створення — виключно компетенція органів законодавчої влади — Верховної Ради України або ж безпосередньо народу України, коли митно-правовий закон приймається в порядку референдуму (ст. 72 Конституції України).

Зосередження законодавчої діяльності в руках вищого органу законодавчої влади чи безпосередньо народу обумовлено реалізацією незалежності й суверенітету України. В умовах формування правової держави й громадянського суспільства саме органи законодавчої влади виражають суверенну волю народу. Тому митно-правові закони виступають актами, виражаючими якщо й не всю волю, то принаймні волю більшості народу України.

За своїм матеріальним змістом митно-правовий закон — акт, присвячений одному з головних питань організації та функціонування виконавчої діяльності Української держави, тобто регулюванню найбільш важливої й стійкої групи управлінських відносин. У митно-правових законах закріплюється статус суб'єктів митних відносин, визначаються зміст і форма діяльності апарату державної митної служби, його взаємовідносин з іншими суб'єктами в митно-правовій сфері.

За своїм значенням для процесу ефективної реалізації норм митного права, митно-правовий закон є актом первинного характеру. У митно-правових законах містяться первинні митно-правові норми, які являють собою відправні начала в митній сфері, розвивають, доповнюють і змінюють її основи, надають їй відповідної єдності в системі законодавства. Вони закріплені в інших нормативних актах, ґрунтуються на митно-правових законах, мають у даній площині похідний характер, тобто базуються на засадах, встановлених у митному законі.

За своїми юридичними якостями митно-правовий закон — це акт, який має юридичну силу в системі всіх форм реалізації норм митного права. Це проявляється в тому, що: а) всі інші митно-правові акти повинні видаватися й реалізовуватись на основі законів і не суперечити їм; б) як найвище вираження державної волі в митно-правовій сфері зміст законів не підлягає контролю з боку будь-яких органів, крім Верховної Ради й Конституційного Суду України; в) митно-правові закони можуть бути скасовані або змінені лише іншим законом. Конституційний Суд України у випадку невідповідності законів чи їх окремих положень Конституції визнає їх нечинними з моменту введення останніх в дію (ст. 22 Закону “Про Конституційний Суд України”) [2; 1996. - № 49. - Ст. 272].

За характером правотворчої процедури митно-правовий закон являє собою акт, прийнятий в особливому порядку. Митно-правові закони, як і будь-які інші галузеві закони, приймаються, як уже зазначалося, вищим органом законодавчої влади, — парламентом України, а також в порядку відповідного референдуму. Внесення законопроектів, їх обговорення, розгляд, прийняття й оприлюднення підпорядковано відповідній процедурі.

Наявність розглянутих матеріальних і галузевих ознак свідчить, що митно-правовий закон — це прийнятий в особливому порядку первинний акт з основних питань організації та функціонування митної системи Української держави, який виражає загальну державну волю і має вищу юридичну силу в системі форм реалізації актів митного законодавства.

Аналіз процесу реалізації митно-правових законів призводить до висновку, що вони, як і всі інші галузеві закони, утворюють цілісну систему. Остання характеризується єдністю, органічною цілісністю. Єдність системи обумовлена схожістю змістом виражених у них законодавчих митно-правових норм. Ці норми є важливим формуючим чинником досліджуваної системи, що дозволяє вирізнити в ній закони “чисті”, які містять в основному митно-правові норми (Митний Кодекс України), й закони з переважною кількістю законодавчих митно-правових норм (закони України “Про ставки акцизних зборів і ввізного мита на тютюнові вироби” [2; 1996. - № 8. - Ст. 32], “Про вивізне (експортне) мито на живу худобу та шкіряну сировину” [4], “Про лізинг” [2; 1998. - № 6. - Ст. 68], “Про промислово-фінансові групи в Україні” [2; 1996. - № 23. - Ст. 88], “Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон” [2; 1992. - № 50. - Ст. 676] та ін.). Такі закони можуть бути віднесені до системи митного законодавства лише умовно, в тій частині, в якій вони містять законодавчі митно-правові норми й регулюють відповідні сторони митної діяльності Української держави.

Зміст (внутрішня єдність) системи митно-правових законів доповнюється верховенством Конституції України, а також об’єднуючою функцією відповідних кодифікованих митно-правових законів, наприклад Митного кодексу України.

У той же час система митно-правових законів характеризується внутрішнім розчленінням, диференційністю. Отже, митні закони, на наш погляд, можна уявити як динамічну систему, що складається зі значної кількості взаємозв’язаних законів, які самі являють собою самостійні, причому теж складні правові системи.

Дослідження системи митно-правових законів в аспекті її

диференційної реалізації дозволяє зробити висновок про наявність у ній вертикальних і горизонтальних площин.

Вертикальна площина системи, митно-правових законів виражає відносини підпорядкованості, підлеглості, субординації і тим самим значно впливає на збереження внутрішньої узгодженості, юридичної єдності й цілісності цієї системи. Змінення названих зв'язків (відносин), контроль за їх дотриманням — важлива умова ефективною реалізації митно-правових актів, їх стабільності, підвищення їх соціально-юридичної якості та ролі як джерел права і форм реалізації митної норми. І навпаки, будь-який відступ від принципів ієрархічності системи законодавства викликає протиріччя, суперечності, знижує її злагодженість, цілісність, а разом з тим і ефективність у процесі реалізації її норм. Головною ознакою, що визначає місце того чи іншого митно-правового закону в ієрархічній структурі, є його юридична сила, яка являє собою порівняльну властивість у реалізації принципу верховенства Конституції України, інших законів у митній сфері.

З точки зору юридичної сили як порівняльної якості митно-правових законів важливо вивчити характеристику положень Конституції України та митно-правових законів, розвиваючих її положення.

Конституція України в системі митно-правових законів має вищу юридичну силу. Усі митно-правові закони повинні видаватися на основі й у відповідності з цим Основним Законом країни, а прийняті з порушенням його положень мають бути приведені у відповідність з ними.

Будучи основою формування й розвитку всіх видів митно-правових законів, Конституція України — фундамент конституційного устрою й митної політики держави — встановлює основні права, свободи й обов'язки громадян, принципи організації та функціонування всіх органів виконавчої влади, в тому числі й органи Держмитслужби України.

Чинна Конституція України в значній мірі відбиває негативні відносини, що склалися в перехідний період державотворення, розбудови незалежної національної митної системи. Ця обставина помітно вплинула на сам характер реалізації проголошених в Основному Законі принципів, прав і свобод громадян, зокрема у сфері зовнішньоекономічних і зовнішньополітичних відносин, які реалізуються за допомогою митних норм права. Багато з них реально не гарантовані, оскільки мають орієнтир на заборонно-дозвільні методи регулювання. Окремі положення Конституції України і зовсім не сприяють рівню та вимогам соціально-ринкової орієнтації розвитку

суспільства. Якщо ж говорити про юридичну сторону, то головним є те, що Конституція України в багатьох випадках не має прямої дії в правовому регулюванні митних відносин, які здійснюються звичайними законами або навіть підзаконними нормативними актами. Разом з тим Конституція України, будучи головним і навчальним джерелом усіх митно-правових актів, покликана безпосередньо регулювати основні суспільні відносини.

В юридичній науці актом, який після Конституції має вищу юридичну силу, визнається закон. Однак, характеризуючи юридичну силу митно-правових законів, необхідно враховувати деякі важливі моменти. У першу чергу серед них належить розрізнявати дві основні групи — кодифіковані й некодифіковані (прості) закони. Суттєвою рисою кодифікованих митно-правових законів є те, що їм притаманна більша юридична сила, аніж простим, некодифікованим. Митно-правові закони повинні видаватися з урахуванням вимог кодифікованих. Йдеться, зокрема, про Митний кодекс України. Саме він виступає стрижньовим законом у системі нормативних актів митного законодавства, очолює й об'єднує їх.

Обов'язково слід відзначити незавершеність системи кодифікованих митно-правових законів. Головний їх недолік — відсутність у цій системі свого власного галузевого підґрунтя формування й розвитку митного законодавства як системи в цілому. Зазначений недолік значно знижує ефективність реалізації митного законодавства України, не дозволяє повною мірою забезпечити узгодженість і впорядкованість митно-правових законів.

На завершення характеристики ієрархічної площини вітчизняного митного законодавства важливо зазначити наявність у ньому міжнародних митно-правових законів, прийнятих у рамках договорів країн СНД, Європейської співдружності, а також країн, що входять до відповідних митних міжнародних союзів та міжнародних торговельних організацій. Ці договірно-законодавчі акти митного характеру належать до вертикальної системи митного законодавства України і приймаються ним, оскільки не суперечать вимогам Конституції, законам України й міжнародному митному законодавству. З удосконаленням митного законодавства України останнє все більше буде відповідати міжнародним нормам і стандартам.

Горизонтальна площина митного законодавства України близька до системи законодавчих митно-правових норм. Однак мова може йти не про тотожність, а лише про відповідність системи митно-правових законів, їх підрозділів (інститутів) системі законодавчих митно-правових норм.

Головні підрозділи горизонтальної структури митного зако-

нодавства України представлені загальним, регулятивними й охоронними законами.

До загальних законів у системі митного законодавства належить Конституція України. Вона, як уже зазначалося, має найвищу юридичну силу й характеризується множинністю об'єктів регулювання. Обсяг конституційного регулювання в митно-правовій сфері досить значний. Він закріплює найважливіші види митних відносин, які, без сумніву, накладають особливий відбиток на характер норм, що містяться в ньому.

Регулятивні митно-правові закони сприяють вирішенню творчих конструктивних завдань у митно-правовій сфері. Вони встановлюють митно-правовий статус суб'єктів митних відносин, визначають митно-правові завдання й повноваження органів державної митної слюоби, закріплюють митно-юрисдикційний процес. Регулюванню цих питань присвячені, наприклад, закони "Про митну справу України" [2; 1991. - № 44. - Ст. 544], "Про єдиний митний тариф" [2; 1992. - № 19. - Ст. 259], "Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей" [10] та ін.

До охоронних митно-правових законів належать Митний кодекс України [2; 1992. - № 16. - Ст. 203], а також закон, що закріплюють охоронні види діяльності органів виконавчої влади у сфері безпеки, прикордонного режиму, боротьби зі злочинністю (закони "Про прикордонні війська України" [2; 1992. - № 2. - Ст. 7], "Про службу безпеки України" [2; 1992. - № 27. - Ст. 382], "Про організаційно-правові заходи боротьби зі злочинністю" [2; 1993. - № 35. - Ст. 358]).

Норми названих законів приписують відповідним органам взаємодіяти з органами Держмитслужби України, що значною мірою підвищує охорону митної системи України, прав і свобод громадян у сфері митних відносин.

Необхідно підкреслити, що горизонтальна площина митного права зовсім не претендує на досконалість, оскільки не містить багатьох регулятивних та охоронних митно-правових актів, прийняття яких обумовлено закономірностями розбудови правової держави в Україні.

Таким чином, у процесі законодавчої діяльності потрібно виходити з того, що основною формою реалізації митного законодавства є митно-правовий закон. Саме він характеризується відповідним ознакам й має властивості, які обумовлюють підвищення ефективності реалізації митно-правових норм усіх рівнів і видів.

Е.А. Алисов, канд. юрид. наук

О ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЕ ЧАСТНЫХ ДЕНЕГ

На современном этапе развития человеческого общества деньги рассматриваются в качестве неотъемлемого атрибута развитой экономики. Любое государство использует их как один из наиболее действенных инструментов в механизме воздействия на происходящие в обществе экономические и социальные процессы. Поэтому вполне понятно то внимание, которое уделяется государством правовому регулированию как денежной системы страны в целом, так и отдельных ее элементов.

Как указывает З.В. Атлас, денежная система представляет собой регулируемое общегосударственными законами единое для всей страны устройство денежного обращения. При всем разнообразии типов денежных систем все они характеризуются некоторыми общими чертами, устойчивыми признаками. В основе любой денежной системы лежит определенный денежный товар, являющийся мерой стоимости и выполняющий все прочие функции денег [2, с. 7,8].

Элементами любой денежной системы являются денежная единица, виды денежных знаков, порядок эмиссии денег, статус национальной и иностранных валют на территории данного государства, формы денежного обращения, масштаб цен, государственные или иные уполномоченные органы, регулирующие и контролирующее денежное обращение. Указанные элементы находятся в определенной взаимной связи и могут изменяться в зависимости от ряда факторов, имеющих исторический, экономический или социальный характер [1, с. 116-127; 3, с. 73; 4, с. 72-87, 98-106].

Пожалуй, ничто иное, кроме денег и всего, что связано с ними, не вызвало в истории человечества столько споров и не способствовало появлению огромного количества разнообразных теорий. Показателен в этом отношении следующий пример. По свидетельству В.Я. Железнова, “небезызвестный Гладстон сказал как-то в одной из своих парламентских речей, что, быть может, и любовь не сделала столько людей глупыми, как рассуждения о сущности денег” [6, с. 379]. Практически невозможно перечислить всех экономистов, юристов, философов, теологов и политиков, которые посвятили свои

труды определению сущности, признакам и истории происхождения денег.

Долгое время в отечественной науке господствовали марксистские мировоззрения, определившие отношение специалистов в этой отрасли общественного знания к проблематике данного вопроса. Одной из непреложных истин господствовавшей во времена СССР идеологии являлась точка зрения К. Маркса, поддерживаемая ведущими специалистами в этой области, согласно которой четко проводилось различие между деньгами как таковыми (металлические монеты, банкноты и бумажные деньги) и частными долговыми обязательствами или частными кредитными деньгами (вексели, чеки), способными в определенных условиях заменить наличные деньги в тех или иных сферах платежного оборота [2, с. 9].

В современных условиях с учетом изменившейся социально-экономической обстановки в литературе появились высказывания о том, что деньги в широком понимании – это не только банкноты или определенные суммы на счете, а и долговые обязательства (вексели, чеки, кредитные карточки), все то, что является носителем покупательной способности, за что можно купить товары. [10, с. 226]. Фундаментом такой позиции могут служить не только изменения, произошедшие в экономическом строе Украины, но и определенные положения современного украинского законодательства. Так, в тексте ст. 1 Закона Украины «О Национальном банке Украины» от 20.05.99г. законодатель использует термин «денежный суррогат», под которым понимаются любые документы в виде денежных знаков, которые отличаются от денежной единицы Украины, выпущенные в обращение не Национальным банком Украины и изготовленные с целью осуществления платежей в хозяйственном обороте [4; 1999. – № 29. – Ст. 238].

Представляется необходимым подробнее остановиться на анализе этой новации в украинском законодательстве.

Прежде всего рассмотрим материальную форму существования денежных суррогатов. В вышеуказанном законе денежные суррогаты понимаются как документы в виде денежных знаков, отличных от денежной единицы Украины.

Но при такой постановке вопроса налицо ряд проблем, которые имеют как теоретическое, так и практическое значение. Прежде всего это связано с тем, что в специальной литературе под денежными знаками понимаются кредитные билеты и разменные монеты [3, с. 72; 9, с. 160]. Валютным законодательством Украины выделяются денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монет и иных формах, находящихся в обращении и являющихся законным

платежным средством на территории Украины, а также изъятые из обращения или изымаемые из него, но подлежащие обмену на денежные знаки, находящиеся в обращении, средства на счетах, во взносах, в банковских и других кредитно-финансовых учреждениях на территории Украины [4; 1993. - № 17. - Ст. 184].

В настоящее время согласно ст. 99 Конституции Украины денежной единицей Украины является гривня. Она введена в оборот Указом Президента Украины «О денежной реформе в Украине» №762 от 25.08.96 г. [8].

В соответствии с Правилами определения платежности гривни и монет, утвержденных Приказом Председателя Правления НБУ №71 от 26.08.96 г., гривня была выпущена в оборот в виде банкнот номинальной стоимостью 1, 2, 5, 10, 20 гривень образца 1992 г., а также 1, 50 и 100 гривень образца 1994 г. В дальнейшем появились и другие денежные знаки образца 1994 г.

Разменные монеты НБУ были выпущены в обращение стоимостью 1, 2, 5 копеек, изготовлены из металла серебристого цвета, а стоимостью 10, 25, 50 копеек - из металла желтого цвета [7].

Вышеуказанные Правила определения платежности гривни и монет закрепили основные характеристики дизайна и защитных элементов денежных билетов (банкнот) и разменных монет НБУ, общие правила определения признаков их платежности.

Помимо изложенного необходимо отметить, что название и принципиальные характеристики внешних признаков гривни и ее купорное строение (устройство) было впервые нормативно закреплено Постановлением Президиума Верховной Рады Украины «Об утверждении наименования и характерных признаков денежной единицы Украины» от 10.12.91 г. Согласно вышеуказанному акту закрепились признаки шести основных банкнот стоимостью 1, 2, 10, 20, 50 и 100 гривень, а также двух резервных - 5 и 200 гривень [4; 1992. - № 10. - Ст. 146].

В отношении украинских монет необходимо заметить, что за время существования суверенной Украины НБУ было выпущено большое количество юбилейных и памятных монет различного номинала. Все выпущенные монеты являются действительными платежными средствами Украины и обязательны к приему без каких-либо ограничений по их номинальной стоимости для всех видов платежей, а также для зачисления на расчетные счета, вклады, аккредитивы и для переводов.

Если сравнить две категории - «денежная единица Украины» и «денежные суррогаты», можно сделать вывод, что к последним возможно отнести казначейские билеты и иные формы денеж-

ных знаков, находящихся в обращении и не являющихся законными платежными средствами на территории Украины, т.е. все те денежные формы, которые не относятся к законному платежному средству Украины - гривне, а именно: платежные документы и другие ценные бумаги (акции, облигации, купоны к ним, бонны, вексели (тратты), долговые расписки, депозитные сертификаты, сберегательные книжки, другие финансовые и банковские документы, выраженные как в валюте Украины, так и иностранной валюте и которые могут применяться при расчетах в пределах гражданского оборота. Такие денежные знаки, которые выпущены не НБУ, как центральным эмиссионным центром страны, и являются по своей сути суррогатом, заменителем законных платежных средств. Это, в полной мере, относится и к векселям государственного казначейства Украины или иным подобным документам.

Денежные суррогаты выпускаются с целью осуществления платежей в народном хозяйстве и призваны быть одним из инструментов ликвидации имеющего место в Украине кризиса платежей.

Вышеуказанные *денежные суррогаты* вполне возможно рассматривать в качестве *частных денег*. Они по своей экономической природе являются платежными средствами, отличающимися ограниченной сферой применения и в своем большинстве имеющими ограниченную законную платежную силу, которой свойственны:

- а) дозволение государства на осуществление операций с такими документами;
- б) регулирование со стороны государства требований, предъявляемых к форме и содержанию таких документов;
- в) определяемые государством возможные последствия применения таких документов для взаимных обязательств сторон, участвующих в расчетах;
- г) возможность применения такой формы расчетов, лежащей в пределах обязательств, содержание которых определяется соглашением сторон, участвующих расчетах;
- д) приемлемость для сторон осуществляемого платежного обязательства передачи таких документов в качестве равноценных публично-государственным деньгам, т.е. законным платежным средствам;
- е) признание государством передачи денежных суррогатов в качестве надлежаще исполняемого денежного обязательства;
- ж) необязательность (за некоторыми исключениями) в приеме частных денежных средств - денежных суррогатов в качестве средства платежа для третьих лиц, в том числе для государства;
- з) негарантированность государством в подавляющем боль-

шинстве случаев приема таких денежных средств в счет оплаты налогов, сборов (обязательных платежей) в бюджеты и государственные целевые фонды;

и) ограниченность функциональных возможностей частных денежных средств, которая выражается в невозможности выполнения для них такой функции денег, как способность быть мерой стоимости;

к) частные деньги являются зависимыми от законных платежных денежных средств, так как они в основном выражаются в национальной валюте государства, в котором применяются в обращении и только в случаях прямо предусмотренных законом, – в иностранной валюте. Но, при этом, обратно-таки, они выражаются в законных платежных средствах только иностранных государств, реже – в международных расчетных (клиринговых) единицах.

По сравнению с наличными государственными деньгами частные деньги не обладают государственным принуждением в их приеме третьими лицами (т.е. не обладают статусом законного платежного средства). Но, учитывая вышесказанное, их можно определить как допускаемые законом локальные денежные средства, которые могут использоваться для реализации обязательств субъектов хозяйствования по осуществлению расчетов между ними.

Список литературы: 1. Атлас З.В. Деньги и кредит при капитализме и в СССР. - М.-Л.: Госиздат, 1930. - 459с. 2. Атлас З.В. Социалистическая денежная система. - М: Финансы, 1969. - 384с. 3. Банківська енциклопедія / Під ред. Мороза А.М. - К.: Ельтон, 1993. - 336с. 4. Відомості Верховної Ради України. 5. Гоутри Р. Дж. Деньги и кредит: Пер. К.Г. Фокина / Под ред. и с предисл. И.А. Тренбурга, - М.: Ком. акад., 1930. - 363с. 6. Железнов В.Я. Очерки политической экономии. - 5-е изд. - М., 1907. - 826с. 7. Об утверждении Правил определения платежности гривни и монет: Приложение № 1 к Постановлению правления НБУ от 02.02.95г. № 21 // Бизнес. - 1997. - № 9. 8. О денежной реформе в Украине: Указ Президента Украины № 762 от 25.08.96 г. // Голос Украины. - 1996. - № 159. 9. Ожегов С.И., Шведова П.Ю. Толковый словарь русского языка. - 4-е изд. - доп., М.: Азбуковник, 1997. - 944с. 10. Поплавский М.А. Макроэкономика переходного периода. Украинский контекст. - К.: Техника, 1999. - 335 с.

Е.Р. Кибенко, канд. юрид. наук

ОФШОРНЫЕ КОМПАНИИ: ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА

В 1998-1999 годах в Украине активизировался процесс создания специальных (свободных) экономических зон (СЭЗ). На сегодняшний день уже функционирует 11 зон: "Сиваш", "Донецк",

"Азов", "Закарпаття", "Яворив", "Куртополис Трускавец", "Славутич", "Интерпорт-Ковель", "Николаев", "Порт Крым", "Порто-Франко". Введены специальные режимы инвестиционной деятельности на территориях приоритетного развития в 10-ти регионах Украины – Донецкой, Луганской, Закарпатской, Львовской, Житомирской, Черниговской, Волынской областях, городах Шостка и Харьков, а также в Крыму.

СЭЗ - это часть территории Украины, на которой устанавливается и действует специальный правовой режим экономической деятельности. В соответствии со ст.1 Закона Украины "Об общих принципах создания и функционирования специальных (свободных) экономических зон" [3] на территории СЭЗ вводятся льготные таможенные, валютно-финансовые, налоговые и другие условия экономической деятельности национальных и иностранных юридических и физических лиц.

СЭЗ могут создаваться для стимулирования различных областей предпринимательской деятельности. От специализации СЭЗ зависит ее правовой режим, состав льгот, предоставляемых субъектам зоны. В постановлении Кабинета Министров Украины "О концепции создания специальных (свободных) экономических зон в Украине" № 167 от 14.03.1994 г. [9] названы такие разновидности СЭЗ:

— *внешнеторговые зоны*, которые создаются для активизации внешней торговли; на их территории товары иностранного происхождения покупаются и продаются без уплаты таможенной пошлины и таможенного сбора;

— *комплексные производственные зоны*, создаваемые для стимулирования предпринимательства и инвестиционной деятельности, внедрения новых технологий, обеспечения занятости населения;

— *научно-технические зоны*, которые ориентированы на стимулирование научных исследований с внедрением их результатов в производство;

— *туристическо-рекреационные зоны*, создаваемые в регионах, имеющих богатый природный, историко-культурный потенциал с целью его сохранения и развития туристического бизнеса;

— *банковско-страховые (офшорные зоны)*, - это зоны в которых вводится особо благоприятный режим совершения банковских и страховых операций в иностранной валюте для обслуживания нерезидентов (офшорный статус предоставляется банковским и страховым учреждениям, которые создаются при участии исключительно нерезидентов и обслуживают только ту их предприниматель-

скую деятельность, которая осуществляется за пределами Украины);
— зоны приграничной торговли, которые расположены на границах с соседними странами, где вводится упрощенный порядок пересечения границы и торговли.

Из 11-ти СЭЗ, созданных в Украине, ни одна не имеет статуса офшорной. Поэтому обратимся к зарубежному опыту и рассмотрим: что же такое офшорная зона и почему так осторожно относиться к ней отечественный законодатель?

Офшорные зоны - государства (либо территории внутри государства), законом которых предусмотрено полное или частичное освобождение от уплаты налогов в отношении компаний, учрежденных иностранными физическими или юридическими лицами, при условии ведения ими бизнеса (осуществления предпринимательской деятельности) за пределами страны регистрации.

Государство не обязательно должно законодательно объявить себя офшорной зоной: соответствующие нормы, касающиеся освобождения от налогов офшорных операций, могут просто содержаться в налоговом законодательстве той или иной страны. Поэтому четкого перечня офшорных зон практически не существует. Так, по сведениям из различных источников количество существующих сегодня в мире офшорных зон варьируется в среднем от 30 до 400, что показывает неоднозначный подход экспертов к определению офшорного статуса той или иной территории.

Принцип действия офшорной зоны заключается в том, что налогом облагаются прибыль (доходы) только резидентов. Обложение нерезидентов либо минимальное, либо отсутствует. Нерезидентными могут быть признаны компании, зарегистрированные не только за рубежом, но и на территории соответствующей офшорной зоны, если они:

а) учреждены иностранцами — физическими или юридическими лицами;

б) не ведут бизнес на территории зоны (осуществляют так называемые *офшорные операции* — предпринимательскую деятельность исключительно за пределами страны регистрации).

Большая часть офшорных компаний занимаются такими видами деятельности, как торговля, судоходство, финансовые операции, оказание профессиональных услуг³, хотя возможна и любая

³ Офшорные компании осуществляют в основном такие виды деятельности, доходы от которых освобождаются от налогообложения либо облагаются по пониженной ставке в государствах, на территории которых они получены (у источника). Таким образом, прибыль офшорной компании практически не облагается налогом ни на территории самой зоны, ни за рубежом.

другая предпринимательская деятельность.

Офшорные компании представляют собой совершенно законный способ уклонения от жестких налоговых условий и чрезмерного государственного регулирования предпринимательской деятельности, существующих во многих странах. Желание избежать неблагоприятных условий ведения бизнеса – экономических, политических и правовых – приводит к решению зарегистрировать юридическое лицо (субъекта предпринимательской деятельности) не в своем родном государстве, а в офшорной зоне. Сам термин "офшор" появился впервые в конце 50-х годов в одной из газет на восточном побережье США и обозначал финансовую организацию, избежавшую правительственного и налогового контроля путем территориального перемещения своей деятельности за пределы досягаемости государственных органов.

Что же представляет собой офшорная компания с юридической точки зрения?

Офшорная компания – это зарегистрированное в офшорной зоне юридическое лицо, имеющее в соответствии с местным законодательством статус нерезидентной компании или освобожденной от уплаты налогов резидентной компании (как созданное нерезидентами и не ведущее бизнес на территории зоны) и в силу этого статуса облагаемое налогом по минимальной ставке либо освобожденное от уплаты налогов и уплачивающее лишь ежегодные сборы или пошлину за деятельность в зоне.

Особенность правового статуса офшорной компании заключается в том, что зарегистрировав ее в офшорной зоне (на территории иностранного государства) и имея там юридический адрес, ее учредители вывели данную компанию из-под юрисдикции своего государства (государства, где они проживают, зарегистрированы или имеют местонахождение). В то же время в самой офшорной зоне такая компания также освобождается от уплаты налогов и многих других формальностей как нерезидентная, т.е. созданная нерезидентами и не ведущая бизнес на территории зоны. Подобный двойной иностранный статус в сфере налогообложения позволяет офшорным компаниям работать в благоприятных условиях, избегая налогового бремени и контроля со стороны государственных органов.

С правовой точки зрения офшорная компания ничем не отличается от других юридических лиц. Она создается и регистрируется согласно законам определенного государства (офшорной зоны), имеет соответствующие органы управления (реальные или номинальные), юридический адрес, счета в банках, может заниматься любой предпринимательской деятельностью.

Основными организационно-правовыми формами офшорных компаний являются: публичные и частные компании (структуры подобные нашим хозяйственным обществам с ограниченной ответственностью участников – АО и ООО), партнерства или товарищества, трасты, фонды, отделения иностранных компаний. Особым правовым статусом часто обладают офшорные банки, офшорные страховые и судоходные компании.

По политике налогообложения офшорные зоны можно подразделить на две группы:

а) зоны, облагающие офшорные компании минимальным налогом (в среднем 4 - 10 % от суммы задекларированной прибыли). К ним можно отнести Швейцарию, Люксембург, Лихтенштейн, Мальту, Кипр и др.;

б) зоны, полностью освобождающие офшорные компании от уплаты налога; уплачивается лишь ежегодный сбор или пошлина за продление лицензии на деятельность в зоне (составляет от 100 до 1500 USD в год). Примером подобных могут быть Панама, Каймановы и Багамские острова, Белиз и Антигуа, Лихтенштейн, Гонконг, Науру и др.

Преимущества офшорных компаний состоят не только в снижении налогового бремени. Коротко их можно описать следующим образом:

1. *Упрощенная процедура регистрации.* В большинстве зон либо вообще не требуется предоставления каких-либо документов, кроме учредительных. Срок регистрации компании занимает от 2 недель до 1 месяца. В случае покупки уже существующей компании можно стать ее владельцем в течение часа.

В некоторых странах (в основном европейских) требуется сформировать минимальный капитал компании. Например, законодательством Лихтенштейна предусмотрено, что акционерное общество должно иметь оплаченный капитал не менее 50 тыс. швейцарских франков, а остальные структуры (аншальт – очень распространенная разновидность корпорации, фонд, траст) – не менее 30 тыс.

Совокупные расходы по регистрации приблизительно составляют (в USD): в штатах США, где действуют зоны, – 500 - 900, на Багамских островах и Белизе – 1100, Кипре – 1650, Каймановых островах и Антигуа – 2000, Бермудских островах – 3000, в Лихтенштейне – 4500, Люксембурге и Швейцарии – 6000. Создание и содержание офшорной компании в европейских странах стоит гораздо дороже, чем офшорный бизнес, к примеру, на территории островов Океании, Карибов или в других экзотических зонах. Однако компания, зарегистрированная в Европе, воспринимается с большим дове-

рием в деловых кругах и является более престижной, чем офшоры экзотических стран. Кроме того, в европейских странах выше гарантии безопасности капиталовложений, поскольку для этих стран характерна стабильность политической и экономической жизни. Регистрировать офшорные компании можно самостоятельно, но чаще для этого пользуются услугами соответствующих юридических фирм или банков – посредников.

2. *Конфиденциальность информации об учредителях.* Конфиденциальность информации о владельцах компаний в большинстве офшорных зон гарантируется соответствующими законами, которыми может устанавливаться даже уголовная ответственность за разглашение подобных сведений⁴.

3. *Свобода распоряжения капиталом компании.* Офшорные компании могут иметь счета в любых банках мира, которые, как правило, являются мультивалютными. Управление счетом осуществляется по факсу или электронной почте.

4. *Минимальная отчетность.* Офшорные компании, как правило, освобождаются от представления бухгалтерской отчетности. В таких случаях форма ведения бухгалтерского учета определяется самим владельцем и может быть совершенно произвольной. В некоторых зонах предусмотрена необходимость подачи годового аудиторского отчета.

Офшорные компании обладают и определенными *недостатками*. Во-первых, государственные органы многих стран с недоверием относятся к самим офшорным компаниям, их владельцам (если они известны), а также к тем фирмам, которые имеют контракты с офшорными компаниями. Это происходит потому, что офшорный бизнес во всех его проявлениях часто рассматривается государством как криминализованный. Во-вторых, офшорный статус компании часто препятствует установлению нормальных деловых связей, заключению крупных контрактов. Предпринимательские структуры предпочитают не иметь дела с офшорными компаниями вследствие их "непрозрачности" – отсутствия публичной информации об учредителях и активах компании. Кроме того, офшорные компании ликвидируются так же быстро, как и создаются, что делает их крайне опасными в глазах контрагентов по сделке или кредиторов.

⁴ Наиболее "непрозрачными" являются так называемые экзотические офшоры, находящиеся в основном в Океании и Латинской Америке. Информация о владельцах офшорных компаний в европейских зонах и США либо является публичной (для ее сокрытия используется институт номинальных акционеров), либо может быть получена в установленных законом случаях по требованию компетентных органов (например, Интерпола).

Практика показывает, что офшорные компании наиболее успешно функционируют как "двойник" основной компании, находящейся в государстве с "неофшорной" юрисдикцией. Юридически две компании могут быть связанными либо через одних и тех же учредителей, либо путем участия одной компании в капитале другой. Часто формальные юридические связи отсутствуют (используется институт номинальных акционеров или владельцев), а управляются две компании из одного центра.

Как же относится к офшорным зонам и офшорному бизнесу Украинское государство? Анализ действующего законодательства Украины показывает, что отношение к ним является не очень благоприятным. Украина не только не желает создавать на своей территории офшорные зоны, но и препятствует различными способами вывозу украинского капитала в зарубежные офшоры.

Достаточно ознакомиться с содержанием Инструкции о порядке выдачи индивидуальных лицензий на осуществление инвестиций за границу, утвержденной постановлением Правления НБУ от 16.03.1999 г. № 122 [1]. Действие Инструкции распространяется как на физических лиц (независимо от наличия у них статуса субъекта предпринимательской деятельности), так и на юридических лиц. Что же предлагает НБУ желающим осуществлять зарубежные инвестиции, включая инвестиции в офшорных зонах?

1. До осуществления инвестиции необходимо *получить индивидуальную лицензию НБУ*. Для получения таковой в областное управление НБУ по месту государственной регистрации субъекта предпринимательской деятельности или по месту налогового учета физического лица, не являющегося субъектом предпринимательской деятельности, должен быть представлен пакет документов (общее их количество - 7), однако получить некоторые из них достаточно сложно (они выдаются за рубежом, должны быть легализованы, а также в соответствии с зарубежным законодательством часто могут быть получены инвестором только после фактического осуществления инвестиции).

2. Субъекты предпринимательской деятельности, включая физических лиц, могут *осуществлять инвестиции только в безналичной форме*.

3. Сумма инвестиций в виде наличной иностранной валюты, вывозимой владельцем через таможенную границу Украины, вместе с расходами на пребывание за границей не может превышать общих размеров, определенных нормативными актами, регуливающими порядок перемещения иностранной валюты через таможенную границу Украины. При этом выданная лицензия *не заменяет разрешения*

на вывоз за границу иностранной валюты наличностью (чеками).

4. Не позднее чем через неделю после фактического осуществления инвестиции владелец лицензии должен направить уведомление об этом установленной формы в адрес трех организаций – Департамента валютного регулирования НБУ, областного управления НБУ, обслуживающего банка.

5. Все доходы (прибыли) полученные от осуществления инвестиций за границей, подлежат перечислению в Украину, а также декларированию согласно установленному порядку. На реинвестирование необходимо также получить индивидуальную лицензию в общем порядке.

6. При прекращении инвестиционной деятельности, а также при аннулировании лицензии в других предусмотренных Инструкцией случаях резидент обязан вернуть в Украину все инвестированные за границу средства согласно лицензии и полученные от инвестиций доходы (прибыли). Составители Инструкции не учитывают тот факт, что инвестирование всегда признавалось деятельностью с повышенным риском и сумма первоначальной инвестиции, закрепленная в лицензии, за время реализации инвестиции может быть существенно изменена в сторону или увеличения, или уменьшения.

7. За нарушение порядка лицензирования к резидентам может быть применен штраф в размере, эквивалентом сумме незаконно инвестированных валютных ценностей, пересчитанных в валюту Украины согласно обменному курсу НБУ на день осуществления операции по инвестированию (ч.2 ст. 16 Декрета Кабинета Министров Украины "О системе валютного регулирования и валютного контроля") [8], а также меры административной и уголовной ответственности.

Кроме указанных положений Инструкции действуют и многочисленные нормы украинского законодательства, устанавливающие порядок обязательного ежеквартального декларирования субъектами предпринимательской деятельности принадлежащих им валютных ценностей, находящихся за рубежом [7, 8].

27.06.1999 г. Президент Украины подписал Указ "О недопущении оттока из Украины валютных и других имущественных ценностей", который еще больше ужесточал условия вывоза капитала за рубеж. Однако Указ не был одобрен Верховной Радой Украины, которая в свою очередь 16.09.1999 г. приняла в первом чтении законопроект "О создании благоприятных условий для размещения валютных и других ценностей в Украине и недопущении их оттока за границу" [6].

Регулирование офшорного бизнеса этим не исчерпывается.

Согласно п. 18.3 Закона "О налогообложении прибыли предприятий" [4] при заключении договоров, которые предусматривают осуществление оплаты товаров в пользу нерезидентов, расположенных в офшорных зонах, расходы плательщиков налога на оплату стоимости таких товаров включаются в состав их валовых расходов в сумме, составляющей 85 % оплаченной стоимости этих товаров. Перечень офшорных зон ежегодно должен определяться Кабинетом Министров Украины. Однако по непонятным причинам он уже на протяжении нескольких лет после принятия данной нормы так и не утвердил официальный перечень офшорных зон. Такая медлительность правительства вполне устраивала резидентов, осуществляющих внешнеэкономические операции с офшорными компаниями. Однако 29.10.1998 г. в газете "Урядовый кур'єр" "по поручению" КМУ была опубликована статья "У світі є різні зони", содержащая ориентировочный перечень офшорных зон. Налоговые органы восприняли данный перечень как официальный и стали налагать штрафы на предприятия. Серия судебных исков приостановила этот процесс. Но Высший арбитражный суд Украины в своем информационном письме от 24.09.1999 г. указал, что данный перечень может использоваться для разрешения споров [10]. Таким образом, обычная статья в правительственной газете информационным письмом ВАСУ была "превращена" в нормативный акт. Парадоксальнее ситуацию трудно себе представить. Практика работы арбитражных судов показала, что многие арбитры не поддерживают позицию Высшего арбитражного суда.

Постановлением Правления НБУ от 4.11.1999 г. № 539 "Об упорядочении корреспондентских отношений коммерческих банков" [2] украинским банкам запрещено устанавливать корреспондентские отношения с банками некоторых стран-офшоров (Науру, Вануату, Антигуа и Барбуда). Кроме того, банки, уже имеющие корреспондентские отношения с банками из этих стран (таких банков 28), обязаны полностью прекратить операции по таким счетам и расторгнуть договора об установлении корреспондентских отношений.

Ознакомившись с содержанием названных выше документов, нетрудно понять, почему капитал вывозится из Украины и почему нелегальный вывоз капитала по данным независимых экспертов в несколько раз превышает легальный (например, за период 1993 -1999 гг. сумма легальных инвестиций за границу составляет 432,6 млн. USD [6], а объем нелегально вывезенных из Украины капиталов оценивается в пределах от 3,5 до 20 млрд. USD). Если государство не желает создавать нормальные условия для предпринимательской деятельности на своей территории, одновременно ужесто-

чая условия вывоза капитала за рубеж, последствия в виде нелегального "бегства капитала" неминуемы. Удержать капитал одними штрафными и уголовными санкциями невозможно. Законодатель должен принимать разумные и благоприятные для предпринимателя законы, которые обеспечат нормальные условия функционирования отечественного и иностранного капитала в Украине, а не разрабатывать всеобъемлющую разветвленную систему контроля за предпринимательской деятельностью.

Список литературы: 1. Бизнес. - 1999. - № 21. - С. 21. 2. Бизнес. - 1999. - № 46. - С. 7, 17. 3. Ведомости Верховного Совета Украины. - 1992. - № 50. - Ст. 676. 4. Ведомости Верховной Рады Украины. - 1997. - № 27. - Ст. 181. 6. Дымовский А. Не можешь запретить - разреши // Бизнес. - 1999. - № 38. - С. 11. 7. О системе валютного регулирования и валютного контроля: Декрет КМУ от 19.02.1993 г. № 15-93 // Ведом. Верхов. Совета Украины. - 1993. - № 17. - Ст. 184. 8. Про затвердження форми Декларації про валютні цінності, доходи і майно, що належать резиденту України та знаходитися за її межами: Наказ Міністерства фінансів України від 25.12.1995 г. № 207 // Бюл. норматив. актів України. - 1996. - № 3. - С. 135. 9. Собрание постановлений Правительства Украины. - 1994. - № 7. - Ст. 171. 10. "У світі є різні зони..." // Бизнес. - 1999. - № 46. - С. 77.

В.И. Тютюгин, канд. юрид. наук

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ НАКАЗАНИЙ, НЕ СВЯЗАННЫХ С ЛИШЕНИЕМ СВОБОДЫ, ПО ДЕЙСТВУЮЩЕМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ И В ПРОЕКТЕ УК УКРАИНЫ

29-30 ноября 1999 г. в г. Харькове на базе Национальной юридической академии Украины имени Ярослава Мудрого состоялся Международный научно-практический семинар на тему: «Уголовные наказания, альтернативные лишению свободы». Проблема эта была предметом обсуждения прежде всего потому, что в Украине ведется интенсивная работа по созданию нового Уголовного кодекса, проект которого уже был рассмотрен в первом чтении (сентябрь 1998 г.) Верховной Радой Украины. Однако прогнозировать будущее можно лишь на основе опыта, накопленного в прошлом, и с учетом настоящего, в котором мы сегодня живем. Применительно к рассматриваемой проблеме это означает, что любые предложения по совершенствованию системы наказаний не могут носить лишь сугубо теоретический характер и должны опираться на реальную практику их применения с учетом тенденций, складывающихся в деятельности органов правосудия по использованию отдельных видов наказаний, в том числе и альтернативных лишению свободы.

Данные судебной статистики за последние три с половиной

года (с 1996 г. – по первое полугодие 1999 г. включительно) свидетельствуют, что эти тенденции выражаются в следующем. К лишению свободы в Украине осуждено от 35 до 37,5% лиц, причем с применением в этих случаях ст.44 УК – от 8 до 14%. В 10,5 - 13% случаев назначены исправительные работы. Условное осуждение применено к 16 – 21% осужденных, а отсрочка исполнения приговора – к 21 – 23%. Штраф был назначен в 1996 г. 13,1% осужденных, а в первом полугодии 1999 г. – только 4,6%. Другие виды наказаний применялись крайне редко – от 0,7 до 1,1% [1; 1998. - № 1. - С. 45; 1999. - № 2. - С. 28,29; 1999. - № 4. - С. 37,38].

При анализе этих данных в первую очередь обращает на себя внимание достаточно высокий процент применения *реального* лишения свободы – до 37,5%. Объясняется это многими факторами. Конечно, суды прежде всего учитывают характер и степень общественной опасности тех преступлений, за совершение которых в подавляющем большинстве случаев назначается этот вид наказания. Данные той же статистики показывают, что в настоящее время преобладающими в структуре преступности являются преступления против собственности (52-55%), причем чаще всего такие из них, как квалифицированные кражи, грабежи, разбой, вымогательство, хищения в крупных и особо крупных размерах. На втором месте (21-23%) – хулиганство и преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков. Преступления против личности составляют от 10,5 до 12,7%, и в основном это умышленные телесные повреждения, половые преступления, умышленные убийства [Там же]. Безусловно, что в большинстве случаев за совершение таких преступлений избежать применения лишения свободы вряд ли возможно.

Столь широкое использование судами лишения свободы в определенной мере объясняется и тем, что в 1992 г. законодатель приостановил действие нормы (ст.25-1 УК) об условном осуждении к лишению свободы с обязательным привлечением осужденного к труду. Между тем именно этот институт выполнял роль своеобразного «буфера» между лишением свободы и наказаниями, не связанными с ним. Он был той промежуточной ступенью в «лестнице наказаний», которая позволяла даже в отдельных случаях совершения тяжких преступлений не изолировать осужденного от общества, а лишь ограничить его свободу в условиях осуществления за ним надзора и обязательного привлечения к труду. Отсутствие такого «средства» нарушило «равновесие» в системе наказаний, внесло в нее определенный дисбаланс, в связи с чем в настоящее время суды вынуждены выбирать только между реальным лишением свободы и гораздо менее строгими наказаниями, не связанными с ним, что да-

леко не всегда целесообразно и эффективно. Именно поэтому в целом ряде случаев предпочтение отдается лишению свободы.

Оценивая факт чрезмерно широкого применения судами лишения свободы, нельзя сбрасывать со счетов и тот факт, что в течение многих лет в сознании многих судей стереотип, согласно которому одним из наиболее эффективных уголовно-правовых средств борьбы с преступностью признавалась именно изоляция осужденного от общества, а лишение его свободы рассматривалось как своеобразное «лекарство от всех преступных болезней».

Поэтому в проекте нового УК предлагается достаточно гибкая и разветвленная, не имеющая, к тому же, очевидных «провалов» между ее ступенями «лестница наказаний», эффективное использование которой позволит избежать чрезмерно широкого, а в ряде случаев и не всегда оправданного применения лишения свободы. Альтернативой последнему должен послужить прежде всего такой вид наказания, как *ограничение свободы* (ст.59 проекта), которое будет назначаться на срок от одного года до пяти лет и состоять в содержании лица в уголовно-исполнительных учреждениях *открытого типа без изоляции от общества*, однако в условиях осуществления за ним надзора и обязательного привлечения к труду. Этот новый вид наказания сочетает в себе те положительные карательно-воспитательные свойства и превентивные возможности, которые были присущи и ранее используемому условному осуждению с обязательным привлечением к труду (ст.25-1 УК), и ныне применяемому осуждению к лишению свободы с отбыванием последнего в колониях-поселениях (абз. 2 и 3 ч.4 ст.25 УК).

Изменению практики неоправданно широкого использования лишения свободы призван способствовать и новый подход в проекте к конструированию самих санкций статей Особенной части УК. Во всех этих санкциях (а подавляющее большинство их являются альтернативными) виды наказаний перечислены (расположены) в последовательности от менее к более строгим. Поэтому суд обязан прежде всего обсудить вопрос о назначении за преступление наказания, менее строгого, чем лишение свободы. Если же он полагает целесообразным избрать наиболее строгое наказание — лишение свободы, необходимо обязательно мотивировать это решение в приговоре. В проекте предлагается существенно снизить в санкциях и минимальные границы (пределы) лишения свободы, что позволит судам гораздо реже прибегать к использованию исключительной нормы о назначении более мягкого наказания, чем предусмотрено законом.

Что же касается действующего УК, то именно отсутствие во

многих его конкретных санкциях наказаний, альтернативных лишению свободы, и завышенные минимальные сроки последнего в целом их ряде как раз и приводит к тому, что предоставленное суду исключительное право назначить более мягкое наказание, чем предусмотрено законом, используется сейчас достаточно часто. От 8 до 14% лиц осуждаются к лишению свободы с применением ст. 44 УК, и тем самым эта особая норма из исключения по существу превращается на практике в общее правило.

Преодолению чрезмерно широкого применения указанной исключительной нормы и отказу от назначения в ряде случаев малоэффективного *краткосрочного* лишения свободы призван служить и предлагаемый в проекте новый вид наказания – *арест* (ст. 58), который состоит в содержании осужденного в условиях изоляции и устанавливается на срок от одного до шести месяцев. В отличие от краткосрочного лишения свободы арест имеет ряд преимуществ. Во-первых, исполнение этого наказания не требует этапирования (зачастую достаточно длительного и дорогостоящего) осужденного к месту отбывания им наказания. Предполагается, что арест будет исполняться в специальных учреждениях, находящихся в районе места жительства осужденного. Во-вторых, изоляция осужденного в течение сравнительно небольшого срока (несколько месяцев) вряд ли способна оказать и то отрицательное, а подчас и исключительно пагубное психологическое воздействие на личность, которое является одним из почти неизбежных следствий пребывания лица в местах лишения свободы. В то же время отрыв от обычной среды и социального окружения, вынужденный, хотя и кратковременный отказ от привычного образа жизни во многих случаях может заставить лицо переосмыслить свое поведение, способствовать разрушению привычного стереотипа мышления и отказаться в будущем от удовлетворения своих потребностей преступным путем.

Существенно снизилось (10-13% осужденных) в настоящее время применение судами исправительных работ. Обнаруживается тенденция к сокращению использования на практике и наказания в виде штрафа (от 13,1% осужденных в 1996 г. – до 4,6% в 1999 г.).

Причинами их относительно редкого применения, безусловно, являются прежде всего социально-экономические трудности переходного периода. Экономическая нестабильность общества, высокий уровень инфляции, безработица и как следствие этого – снижение уровня жизни и оплаты труда, сохраняющаяся вот уже длительный период времени задолженность государства перед населением по выплате заработной платы, пенсий, пособий – все это сказывается и на практике применения так называемых «имущественных» видов

наказаний, к числу которых относятся и исправительные работы, и штраф.

В первую очередь, возникают серьезные затруднения в области реального исполнения этих видов наказания, что, естественно, является и одной из причин их сравнительно редкого применения судами. Положение усугубляется еще и тем, что к работе по определению материального, имущественного положения осужденного, по существу, никак не привлечены в настоящее время соответствующие налоговые службы. Между тем от установления действительных доходов виновного во многом зависит решение вопроса не только о целесообразности назначения ему указанных видов наказаний, но и реальность их исполнения.

По нашему мнению, решение проблемы о более эффективном использовании как указанных, так и иных видов наказаний, альтернативных лишению свободы, может быть обеспечено по нескольким направлениям, одни из которых уже намечены в проекте УК, другие могут быть реализованы при дальнейшей его доработке.

Во-первых, в проекте УК (ст.54) предлагается сохранить лишь один вид исправительных работ – с отбыванием их по месту работы. Следовательно, этот вид наказания будет применяться исключительно к лицам, работающим и имеющим соответствующий заработок.

Во-вторых, в систему вводится специальное наказание – служебное ограничение для военнослужащих (ст.56), которое, по сути, является своеобразным видом исправительных работ, применяемых исключительно к военнослужащим (кроме тех, кто проходит срочную службу). Характерной особенностью этого наказания является также и то, что оно может применяться и вместо (взамен) ограничения или даже лишения свободы.

В-третьих, в проекте предлагается установить достаточно широкий диапазон между минимальным и максимальным размерами штрафа – от десяти до тысячи не облагаемых налогом минимумов доходов граждан (ст.52), что действительно позволит поставить решение вопроса о целесообразности назначения штрафа в прямую зависимость не только от тяжести преступления, но и от уровня материальной обеспеченности осужденного.

В-четвертых, существенно увеличивается в проекте УК и количество санкций, в которых штраф фигурирует в качестве основного или дополнительного наказания. Причем во многих из них в альтернативе с исправительными работами и штрафом предусмотрено и такое наказание, как арест, который с успехом может конкурировать с указанными «традиционными» видами наказаний при осу-

ждении, например, за некоторые преступления средней тяжести против личности, собственности, общественного порядка.

Можно было бы пойти и по пути установления в законе возможности уплаты осужденным штрафа в рассрочку, если его сумма достаточно значительна, или, скажем, ввести даже отсрочку его исполнение на определенный срок.

Следует, видимо, вернуться и к обсуждению предложения о включении в систему наказаний нового УК такого наказания, как общественные (обязательные) работы, суть которых состоит в выполнении осужденным в свободное от основной работы или учебы время бесплатных общественно полезных работ, характер и вид которых определяются органами местного самоуправления. Они устанавливаются продолжительностью от сорока (шестидесяти) до двухсот сорока часов и отбываются не свыше двух – четырех часов в день. Это наказание назначалось бы и как основное, и как дополнительное, а в случае уклонения от обязательных работ, назначенных в качестве основного наказания, последнее могло бы заменяться арестом.

Представляется, что предлагаемое наказание способно с успехом конкурировать не только с исправительными работами и штрафом, но, пожалуй, и с арестом, а его применение было бы особенно эффективным по отношению к осужденным, не имеющим постоянного места работы или заработка, либо к лицам, которые в силу своего материального положения не в состоянии уплатить штраф. К последним обязательные работы могли бы применяться и взамен назначенного им штрафа. Очевидную пользу принесло бы исполнение этого наказания и органам самоуправления, особенно местным службам коммунального хозяйства. Уместно вспомнить, что в одном из вариантов проекта УК Украины (вариант 1993 г., ст.49) подобный вид наказания предлагалось включить в их систему. Реализовано это предложение и в ст.49 УК Российской Федерации 1996 г. Большой положительный опыт в применении наказаний такого рода накоплен и в ряде других государств, например в Англии, Германии, Франции, Швеции и др.

Наряду с лишением свободы преобладающими мерами воздействия в судебной практике являются в настоящее время условное осуждение (ст.45 УК) и отсрочка исполнения приговора (ст.46-1 УК), которые применяются к 37-44% осужденных. Это свидетельствует прежде всего о том, что в структуре современной преступности достаточно высок удельный вес таких относительно менее тяжких преступлений, при оценке индивидуальных особенностей которых суды считают нецелесообразным применять не только лишение сво-

боды, но и любое иное наказание, даже если оно не связано с изоляцией осужденного от общества. В то же время в арсенале институтов, регламентируемых ст. 45 и 46-1 УК, имеется достаточно возможностей для реального воздействия на осужденного. К их числу относятся и обязательность сочетания условного осуждения и отсрочки с дополнительным наказанием в виде штрафа, и возможность назначения при этом других дополнительных наказаний, и право суда возложить на осужденного определенные обязанности, и, наконец, допустимость отмены этих мер не только при совершении лицом нового преступления, но и вследствие допущенных им нарушений общественного порядка или даже трудовой дисциплины.

С учетом их достаточно высокой эффективности, в проекте УК предлагается сохранить условное осуждение и отсрочку исполнения приговора, трансформировав их, однако, в единый институт — освобождение от отбывания наказания с испытанием (ст. 75). Думается, что имеется достаточно оснований для того, чтобы пойти дальше и признать осуждение с испытанием не одной из форм (разновидностью) освобождения от наказания, а одним из самостоятельных его видов, который должен занять соответствующее место в системе наказаний и структуре санкций. И содержание этого института, и та процессуальная форма, в которую облекается его назначение, и возможность его сочетания с дополнительными наказаниями, а также последствия его применения свидетельствуют о том, что это самостоятельный, отдельный вид наказания, который именно так и оценивается судебной практикой.

Список литературы: 1. Вісник Верховного Суду України.

О.Г. Кальман, канд. юрид. наук

ЩОДО ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ЗАКОННОЇ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ВІД НАСИЛЬНИЦЬКИХ ПОСЯГАНЬ

У 70 – 80-ті роки в кримінологічній характеристиці насильницької злочинності підкреслювався переважно її побутовий і дозвільний характер. Однак, починаючи з 90-х, на фоні в цілому побутового, дозвільного й ситуаційного її характеру намітилася явно виражена тенденція до зміщення її проявів до сфери підприємницької діяльності — як легальної, так і нелегальної. Абстрагуючись від аналізу насильницьких злочинів стосовно незаконної й напівзаконної підприємницької діяльності, хотілося б звернути увагу на проблему.

яка до цього часу залишається малодослідженою в кримінально-правовій та кримінологічній літературі - проблему захисту законної підприємницької діяльності від насильницьких посягань.

Активність правоохоронної практики зосереджена переважно на виявленні злочинів економічної спрямованості в підприємницькій діяльності. Складається враження, що вся підприємницька діяльність в Україні виключно криміналізована і захищати її від насильницьких посягань нічого. Але фактичні дані свідчать, що підприємці в останні роки стали головним об'єктом насильницьких злочинних посягань організованих злочинних угруповань. Це замовлені вбивства директорів підприємницьких структур, посягання на членів їх сімей, викрадення дітей, знищення майна, погрози розправою та ін.

Законна підприємницька діяльність у нашій країні почала розвиватися завдяки до розгортання широкомасштабних ринкових перетворень, але своє легітимне признание й визначення отримала лише в 1991 р. в Законі України "Про підприємництво". Відповідно до ст. 1 цього Закону підприємництво – це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик діяльність по виробництву продукції, виконанню робіт, наданню послуг та заняття торгівлею з метою отримання прибутку. Ця соціально-позитивна діяльність безпосередньо торкається найважливіших умов існування людини, охоплює собою різні сфери життєдіяльності суспільства, закладає головну економічну основу його існування, створює фінансову базу для функціонування державного апарату, відповідні умови для розвитку науки, культури, соціальної сфери загалом, забезпечує зайнятість населення.

Враховуючи соціальні функції та завдання підприємницької діяльності держава повинна, здавалося б, всіляко сприяти їй, захищати її, активно протидіяти злочинним проявам та правопорушенням у цій сфері, хоча вона і здійснюється "на власний ризик". На жаль, цього не сталося, а навпаки, з самого початку ринкових перетворень, розвитку підприємницького сектора економіки чинилися всілякі перепони як з боку державних службовців, так і з боку злочинних угруповань, які намагалися за допомогою різноманітних заходів поставити під власний контроль законну підприємницьку діяльність. Але якщо корумповані державні службовці при реєстрації підприємств, організації їх перевірок використовували в цілях протидії майже "законні" засоби, то злочинні угруповання – переважно дії насильницького характеру. А кримінальна відповідальність за такі дії недостатньо була врегульована ні цивільним, ні адміністративним, ні кримінальним законодавством.

Таким чином, законна підприємницька діяльність на досить тривалий час опинилася під подвійним тиском і без надійного законодавчого захисту. Підприємці змушені були самі знаходити вихід із скрутного становища. І такий "вихід" було знайдено. З протидією з боку державних службовців питання вирішувались завдяки хабарам, а зі злочинним світом – організацією власної охорони й незрідка з самих злочинців. На нашу думку, ця обставина також була закладена у фундамент формування кримінальної економіки в нашій країні.

І лише в листопаді 1996 р. Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 155⁸ "Протидія законній підприємницькій діяльності". Згідно з цією статтею до кримінальної відповідальності може бути притягнута будь-яка особа, якщо така протидія поєднана з погрозою насильством, або вчиненням різних видів насильницьких дій стосовно підприємця, близьких йому осіб, або з пошкодженням чи знищенням майна. Частина 2 і 3 цієї статті містять такі кваліфікуючі ознаки, як учинення цього злочину повторно, за попередньою змовою групою осіб, організованою групою, особливо небезпечним рецидивістом, посадовою особою з використанням посадового становища, поєднання з насильством, небезпечним для життя й здоров'я, завдання великої шкоди, інші тяжкі наслідки.

Як видно з наведеного, суспільна небезпека цього злочину досить висока. Тому законодавець і відніс ч. 3 ст. 155⁸ КК України до переліку тяжких злочинів.

Здавалося б, таке кримінально-правове вирішення цього питання мало створити надійний захист проти насильницької протидії підприємницькій діяльності й забезпечити належні умови для функціонування останньої. Адже санкція ч. 3 ст. 155⁸, яка передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк від семи до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна, більш сувора, ніж покарання за умисне вбивство (ст. 94 КК України).

Але, як свідчать засоби масової інформації, результати соціологічних опитувань, кримінальне насильство з кожним роком усе активніше проникає у сферу підприємницької діяльності й приватизації власності. Учинені в цих сферах злочини характеризуються високим рівнем латентності, дуже значним ступенем соціальної небезпеки, особливою тяжкістю наслідків, жорстокістю, садизмом, глумленням над потерпілими. Боротьба йде за усунення конкурентів, спрощення умов для конкуренції, розширення сфер діяльності, встановлення вигідних цін, спонукання до укладання будь-якої угоди, завоювання нових ринків збуту, встановлення монополії на торгівлю, виготовлення окремих видів товарів, навіть за краді місія для реалізації товарів та ін.

Насильницькі способи, що при цьому використовуються, найрізноманітні. Учинюють ці злочини, як правило, групи найманих бойовиків, професійні вбивці, використовують при цьому не тільки холодну, а й бойову вогнепальну зброю, боеприпаси та вибухові пристрої. Об'єктами посягань виступають підприємці, члени їх родини та їх майно. Засоби масової інформації майже кожного дня розповідають нам про такі факти.

З метою вивчення ефективності застосування цієї норми правоохоронними органами й кримінологічних особливостей такої злочинної поведінки сектором вивчення причин злочинності НДІВПЗ АПрН України була здійснена спроба провести деякі дослідження й зробити їх аналіз. На жаль, вона не увінчалась успіхом, оскільки в офіційних статистичних даних цей вид злочину не виділяється окремим рядком в показниках ні кримінальної статистики ОВС, ні податкової міліції, ні судової статистики. Проведене сектором вибіркове дослідження кримінальних справ, розглянутих судами Харківської та 19 інших областей України, також не дало змоги виявити жодного такого злочину.

Отже, напрошується низка висновків.

1. Правоохоронними органами за три роки, впродовж яких уже діє норма про відповідальність за протидію законній підприємницькій діяльності, не було порушено жодної кримінальної справи, або такі дії кваліфікувалися як злочини проти особи чи власності, або підприємці самі не зверталися до правоохоронних органів, використовуючи свої засоби боротьби. Але в усіх цих випадках ми можемо констатувати, що ст. 155⁸ КК України фактично в правоохоронній практиці не застосовується, що призводить до подальшого загострення кримінальної ситуації у сфері підприємницької діяльності.

2. Викликає подив також відсутність ст. 155⁸ у показниках кримінальної статистики, хоча норма ч. 3 цієї статті належить до категорії тяжких злочинів, тим паче, що вчинюватися цей злочин може й організованою групою.

3. Можливо, конструкція ст. 155⁸ КК України занадто складна, що викликає недостатнє розуміння її практичними працівниками й потребує вдосконалення.

4. Законна підприємницька діяльність і зараз залишається без надійного захисту. Правоохоронна практика зосереджена переважно на виявленні економічних злочинів у сфері підприємницької діяльності, а не на забезпеченні протидії насильницьким посяганням на неї. Більш того, такі завдання перед нею навіть не ставляться ні на урядовому, ні на відомчому рівні.

Але, як би там не було, таке становище не можна визнати

задовільним. Воно потребує свого вирішення з боку як правоохоронних органів, так і науковців. Адже ця норма без суттєвих змін увійшла і до проекту нового Кримінального кодексу України, отже, має застосовуватися і в майбутньому.

В.О. Навроцький, канд. юрид. наук

УГОДА МІЖ ОБВИНУВАЧЕННЯМ І ЗАХИСТОМ У СВІТЛІ ДЕЯКИХ ЗАГАЛЬНИХ ПИТАНЬ ТЕОРІЇ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Реформа законодавства про боротьбу із злочинністю передбачає активне й творче вивчення зарубіжного досвіду в цій сфері з тим, щоб перейняти передові й ефективні методи й водночас не допустити перенесення на вітчизняний правовий ґрунт заходів, не притаманних нашій правовій системі. Один із заходів, які широко використовуються в ході судового розгляду кримінальних справ у США, Великобританії, Італії, Іспанії та в інших державах, — це так звані угоди між обвинуваченням і захистом про визнання обвинуваченим вини. Зарубіжні вчені, які залучаються до експертної оцінки законопроектів, беруть участь у наукових форумах, активно пропагують цей інститут.

Так, професор Сент-Луїтського університету (США) С. Тейман виступив з цього приводу з великою статтею на сторінках журналу «Российская юстиция» [2, с. 35-37]. На міжнародному симпозіумі з кримінального права у м. Сіракузи (США) за участю вчених та практичних працівників із США, України та Росії названий автор та інші американські учасники доводили доцільність його запровадження в законодавство та правозастосовчу практику Росії, України, інших пострадянських держав.

Є прихильники такого заходу й на теренах колишнього Союзу РСР. Так, Рада суддів Російської Федерації в своїй резолюції вказала, що вона вважає за необхідне надати державному обвинувачеві та захиснику право на початковій стадії судового процесу (в ході попереднього слухання) укладати за згодою обвинуваченого угоди про визнання ним вини, маючи на увазі, що така процедура передбачає контроль з боку суду (судді), який і буде призначати відповідне покарання [3, с. 4, 5]. Такого спосіб розгляду кримінальних справ підтримують й інші російські вчені [1, с. 40, 41].

Суть цього процесуального інституту полягає в тому, що між обвинуваченням і захистом укладається угода про визнання об-

винуваченим своєї вини у вчиненні інкримінованих діянь в обмін на скорочення обсягу обвинувачення, пом'якшення загрожуваного покарання. При цьому обвинувачення може бути змінено: буде ставитися у вину вчинення не того злочину, який мав місце фактично, а менш небезпечного чи порушення лише частини кримінально-правових норм із тих, які насправді передбачають вчинене посягання. Наслідком укладення угоди є спрощення порядку розгляду справи, оскільки при цьому не провадиться громіздка процедура судового слідства перед судом присяжних, а отже, не викликаються в судові засідання й не допитуються свідки, уникається непередбачуване рішення колегії присяжних тощо. Головним аргументом на користь застосування такої угоди є уявлення про те, що і в такий спосіб можна досягти мети судочинства — вирішення конфліктів і встановлення громадського спокою, встановлення ж істини є лише другорядним засобом для досягнення цих цілей [2, с. 36].

Таким чином, угода про визнання вини призначена головним чином для досягнення конкретного процесуального результату — розгляду справи швидко й безперешкодно, для економії часу й матеріальних ресурсів, досягнення компромісу між головними сторонами процесу — обвинуваченням і захистом.

Однак, на інститут угоди між обвинуваченням і захистом слід не лише глянути під кутом зору інтересів вирішення конкретної кримінальної справи, а й оцінити його з позицій урахування функцій держави та моральних засад, які мають на меті у справі боротьби із злочинністю, теорії поділу влади, принципів кримінально-правової кваліфікації. При такому аналізі виявляються не лише позитивні сторони відповідного законодавчого рішення та практики, але й їх недоліки. Як і з них видаються найбільш вагомими?

Насамперед звернемо увагу на моральний аспект. Чи годиться державі укладати будь-які угоди з особою, яка обвинувачується у вчиненні злочину? Певно, немає якихось незаперечних, логічних доводів на користь тієї чи іншої відповіді на це запитання. Але менталітет нашого населення, його уявлення про роль і функції держави в боротьбі зі злочинністю, десятиліттями проголошувана безкомпромісність у цій сфері передбачають негативну відповідь. Крім того, навряд чи допустиме делегування відповідних повноважень окремим правозастосовчим органам, а точніше, окремим їх працівникам. Держава в особі своїх законодавчих органів може встановлювати ті чи інші норми, регламентуючі відповідальність, встановлювати загальні умови звільнення від кримінальної відповідальності, врешті-решт, застосовувати амністію. чи делегувати право вищій посадовій особі навіть милувати окремих злочинців. Однак це є виявом

державної волі і не може віддаватися на розсуд окремим працівникам.

Навряд чи можна погодитися з тим, що задля вирішення конкретної кримінальної справи можна знехтувати інтересами досягнення істини. Питання «навіщо наполягати на педантичних і незгідка лицемірних претензіях на встановлення істини?», яке ставить С. Тейман [2, с. 37], не є риторичним, якщо враховувати надбання вітчизняної правової теорії. Певно, досягнення істини не виступає кінцевою метою правосуддя, ладше мета наукових досліджень. Але істина, як безперечно доведено корифеями вітчизняної юриспруденції, є вирішальним засобом при розслідуванні й судовому розгляді кримінальних справ, передумовою винесення справедливого (з позицій не лише конкретного обвинуваченого чи прокурора) рішення по справі. Скоріше лицемірним є прагнення досягти порозуміння між учасниками процесу всупереч істині. Крайній прагматизм, прагнення досягти рішення в справі за будь-яку ціну не притаманний традиціям відправлення правосуддя, які склалися на теренах колишнього СРСР протягом останніх десятиріч. При укладенні угоди страждає й істина факту, й істина права. Адже при цьому рішення по справі приймається не відповідно з об'єктивно встановленими фактичними обставинами справи та існуючими правовими нормами, а відповідно до їх інтерпретації сторонами угоди, всупереч істині.

Важливими видаються й наступні міркування. При укладенні угоди про визнання вини порушується послідовність оцінки діяння з точки зору закону, не витримується розподіл повноважень між органами різних гілок влади. Загальновизнано, що діяння спочатку має бути кваліфіковано з кримінально-правової точки зору: встановлені ознаки відповідного злочину, передбачені диспозицією статті кримінального закону, а вже потім повинно обиратися покарання в межах санкції тієї ж статті. Визначення меж санкції — прерогатива законодавця, який визначає типову суспільну небезпеку даного виду посягань з урахуванням інтересів усього суспільства. Компетенція ж правозастосовчих органів обмежується оцінкою діяння на предмет встановлення відповідності його фактичних ознак ознакам злочину, передбаченим кримінальним законом, суд, крім того, визначає міру покарання в межах санкції статті.

При укладенні ж угоди все відбувається навпаки. Предметом обговорення є, насамперед, можливе покарання. Під покарання «підганяються» обсяг звинувачення, кваліфікація вчиненого. По суті, кваліфікуючи посягання, прокурор, будучи учасником угоди, суд, який приймає і санкціонує останню, виходять не з ознак злочину, закріплених у диспозиції статті, а з санкцій статей Особливої частини.

Ці учасники процесу — представники судової влади — приймають на себе функції визначення міри покарання, що є прерогативою влади законодавчої. Тому є всі підстави стверджувати, що угода про визнання вини пов'язана з прийняттям на себе органами судової влади невластивих їм функцій, має місце «забігання наперед» стосовно обрання міри покарання: адже питання про покарання обговорюється ще до того, як доведена наявність ознак складу відповідного злочину.

Укладення угоди про визнання вини пов'язано з відходом від офіційності юридичної оцінки посягання. Відомо, що кримінально-правова кваліфікація є шляхом до виконання задумів і вказівок законодавця у сфері боротьби із злочинністю, до виконання завдань, що стоять перед кримінальним правом.

Застосування існуючих кримінально-правових норм до наявних життєвих ситуацій показує ставлення держави до виконання задекларованих нею ж завдань і принципів. Послідовна і правильна оцінка наявних порушень кримінального закону свідчить, що держава не лише приймає на себе певні зобов'язання перед суспільством, але й реально їх виконує. І навпаки, вибірковий підхід до застосування правових норм, відсутність чітких принципів правозастосування чи їхнє недотримання свідчать про слабкість існуючої влади, нездатність державних органів, їх посадових осіб виконувати свої повноваження. Угоди ж про визнання вини саме й передбачають суто індивідуальний підхід до вирішення кожної справи, коли застосування чи незастосування норми матеріального права, яка передбачає вчинене посягання, залежить від індивідуальної позиції конкретного обвинувача, від того, наскільки далеко він готовий поступитися в «торгах» із захистом, і пов'язано з волевиявленням обвинуваченого. За таких умов говорити про дотримання якихось загальних засад у правозастосуванні не доводиться.

У зв'язку з угодою про визнання вини важко уявити, як же можна забезпечити той аспект офіційності кримінально-правової кваліфікації, який пов'язаний з контролем керівних правоохоронних та судових органів за законністю дій нищестоящих. Очевидно, що можливість внесення касаційних чи наглядних подань у такому разі виключається.

За умови легалізації угоди про визнання вини не доводиться говорити й про єдність кваліфікації. Вона полягає в однаковому вирішенні питань кримінально-правової кваліфікації на всій території держави та єдину юридичну кваліфікацію поведінки будь-якої особи в разі вчинення діянь одного виду. При застосуванні такої угоди в правозастосовчій практиці однакові діяння можуть кваліфікуватися

по-різному, залежно від обсягу та змісту допущеності, між обвинуваченням і захистом. Так, фактично вчинений розбій може "виродитися" в грабіж, вимагання, сукупність крадіжки й заподіяння тілесних ушкоджень, інші делікти. Вочевидь, що такий різнобій у кримінально-правовій оцінці тотожних діянь важко якось обгрунтувати, досягти зрозумілості рішень правоохоронних органів і судів, а тим самим і їх авторитетності для населення, фахівців у галузі права.

Використання угод про визнання вини стоятиме на заваді досягненню й таких принципів кримінально-правової кваліфікації, як її об'єктивність, точність, повнота, стабільність. У цілому можна стверджувати, що в такому випадку порушується весь напрацьований десятиліттями механізм кримінально-правової оцінки діяння, в основі якого знаходиться принцип законності кваліфікації діяння.

Існує й низка засторог процесуального характеру проти заведення подібних угод. Так, при самообмові учасника угоди суд позбавлений (чи обмежений) у можливості перевірити, чи насправді ця особа вчинила злочин, і вжити заходи по неопущенню необгрунтованого засудження. Таким чином, можливо, що окремі співучасники приймуть на себе чужу вину, винні ж уникнуть відповідальності.

Угода про визнання вини стоїть на заваді отриманню правдивих показань. Не секрет, що при відмові від угоди в тих правових системах, де вона запроваджена, практикується застосування більш суворого покарання, порівняно з тим, що призначається особам, які пішли на відповідний компроміс. Але в такому випадку угода стає не правом, а обов'язком обвинуваченого, а її застосування (чи незастосування) за своєю суттю відіграє таку ж роль, як і тортури в інквізиційному процесі середньовіччя.

Розглядувана угода може використовуватися для того, щоб маскувати недоліки попереднього слідства. Адже прокурор може наполягати на визнанні вини тоді, коли обвинувачення недостатньо обгрунтоване і є загроза винесення виправдального вироку чи направлення справи для проведення додаткового розслідування.

Суттєвим видається й те, що укладення угоди про визнання вини перешкоджає повній реалізації прав потерпілого. Адже він не стає стороною угоди, не впливає на її зміст. Більше того, прихильники такого заходу навіть не говорять про необхідність згоди потерпілого на укладення угоди, достатньою видається лише згода обвинуваченого. Тобто угода, по суті, має укладатися поза спиною потерпілого й усупереч його інтересам, які полягають в об'єктивному розгляді справи і призначенні передбаченого законом покарання за вчинений проти нього злочин.

Певно, висловлені міркування не є безспірними. Однак без спростування розглянутих та інших аргументів, які можуть ще бути висунутими проти сприйняття аналізованого інституту у вітчизняному законодавстві, його запровадження є непереконливим. Адже відповідні питання постійно будуть ставитися в теорії, виникатимуть і на практиці.

Список літератури: 1. Лазарева В. Легалізація сделок о признании вины. // Рос. юстиция - 1999. - № 5. - С.40, 41. 2. Тейман С. Сделки о признании вины или сокращенные формы судопроизводства: по какому пути пойдет Россия? // Рос. юстиция. - 1998. - № 10. - С. 35-37. 3. Совет судей голосует за сделки о признании вины // Рос. юстиция. - 1998. - № 6. - С.4-5.

М.А. Погорецький, канд. юрид. наук,
Д. В. Філін, канд. юрид. наук

ДОТРИМАННЯ ПРАВ ТА СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА В ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Конституція України визнала Україну суверенною, демократичною і правовою державою, основоположним принципом якої виступає верховенство Права, а людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визначені як найважливіша соціальна цінність нашого суспільства. Закріплений в Основному Законі правовий статус людини і громадянина ґрунтується на загальновизнаному в цивілізованому світі постулаті, що всі люди народжуються зільними й рівними у своїй гідності та правах, а держава несе відповідальність перед людиною за свою діяльність щодо забезпечення реалізації цих прав і свобод. На конституційному рівні створено правову базу щодо захисту порушеного права через належний і неупереджений суд. Норми Конституції України є нормами прямої дії (ст. 8), що надає можливість громадянам безпосередньо звертатися за захистом своїх прав і свобод до суду, в тому числі оскаржувати дії чи бездіяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ст. 55).

У розділі II Конституції (ст. 21 - 58) викладено права та свободи людини і громадянина, а також визначено суттєві й значною мірою нові правові гарантії їх забезпечення, якими є вичерпний перелік підстав для обмеження відповідних прав і свобод та судовий контроль за законністю таких обмежень.

Конституція передбачає судовий порядок прийняття рішень

про арешт, тримання під вартою (ст. 29), проникнення до житла чи до іншого володіння особи, про їх огляд чи обшук (ст. 30), про проведення дій, пов'язаних із порушенням таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31), про порядок конфіскації майна (ст. 41).

Незавершеність судово-правової реформи обумовила необхідність зберегти існуючий порядок арешту, тримання під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, а також проведення огляду та обшуку житла або іншого володіння особи протягом 5-ти років після набуття Конституцією чинності (п. 13 Перехідних положень Конституції). Не передбачено Основним Законом дотримання в цей період існуючого порядку щодо випадків обмеження права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, не поширюється воно й на випадки негласного проникнення в приміщення (п. 18 ст. 8 Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність"). У зв'язку з тим, що прийняття відповідних судових рішень чинними законами не передбачається, а регламентується лише відповідними відомчими нормативними актами, виникає нагальна потреба у вирішенні всього кола пов'язаних з цим питань на законодавчому рівні.

Слід зазначити, що вже після прийняття нової Конституції України деяким аспектам захисту прав та свобод громадянина в ході оперативно-розшукової діяльності українські правознавці присвятили свої роботи — як відкриті [1, с. 6 -15; 3, с. 90 - 105; 4, с. 165-168], так і закриті (Бандурка О.М., Горбачов О.В., Шумило М.Є. та ін.). Але спеціальних праць, які б висвітлювали широке коло пов'язаних з цією актуальною проблемою питань на жаль, у вітчизняній правовій науці немає. Тому запропонована стаття закликає до широкої дискусії з цієї проблеми.

Чинний Закон "Про оперативно-розшукову діяльність" від 18 лютого 1992 р. з подальшими доповненнями та змінами передбачає відповідні гарантії законності під час оперативно-розшукової діяльності та поновлення прав і свобод громадян, яким завдано матеріальної чи моральної шкоди незаконними діями посадових осіб. Але, на наш погляд, враховуючи положення Конституції України, можна сказати, що цих гарантій недостатньо.

Так, названий Закон в існуючій редакції встановлює, що застосування будь-яких оперативно-розшукових заходів можливе тільки за наявності підстав, які вказані в його ст. 6. У кожному випадку проведення оперативно-розшукової діяльності заводиться оперативно-розшукова справа. Постанова про заведення останньої підлягає затвердженню начальником органу внутрішніх справ, служби без-

пеки, прикордонних військ, охорони вищих посадових осіб, оперативного підрозділу податкової міліції.

Контроль за оперативно-розшуковою діяльністю здійснюється Міністерством внутрішніх справ України, Службою безпеки України, Державним комітетом по охороні державного кордону України, Управлінням охорони вищих посадових осіб України, Державною податковою адміністрацією України. На особу, яка підозрюється в підготовці чи вчиненні злочину, переховується від органів розслідування або ухиляється від відбування кримінального покарання чи безвісти зникла, заводиться тільки одна оперативно-розшукова справа. Якщо протягом 6-ти місяців не встановлено даних, що вказують на ознаки злочину в діях особи, щодо якої застосовувались оперативно-розшукові заходи, така справа підлягає знищенню.

При перевірці осіб у зв'язку з їх допуском до державної, військової та службової таємниці оперативно-розшукова справа не заводиться.

Під час здійснення оперативно-розшукової діяльності не допускається порушення прав і свобод людини та юридичних осіб. Окремі обмеження мають винятковий і тимчасовий характер і можуть застосовуватися лише з санкції прокурора й за рішенням суду щодо особи, в діях якої є ознаки злочину, та у випадках, передбачених законодавством України, з метою захисту прав і свобод інших осіб, безпеки суспільства.

При наявності достатніх підстав дозвіл на проведення оперативно-розшукових дій дає керівник відповідного оперативного підрозділу, який несе відповідальність за законність здійснюваних заходів відповідно до чинного законодавства.

При застосуванні оперативно-розшукових заходів працівники оперативних підрозділів зобов'язані враховувати їх відповідність ступеню суспільної небезпеки злочинних посягань та загрози інтересам суспільства й держави.

Із прийняттям нової Конституції, як уже зазначалося, деякі норми Закону "Про оперативно-розшукову діяльність" потребують приведення їх у відповідність до Основного Закону країни. Так, ч. 2 ст. 8 розглядуваного Закону пропонуємо викласти в такій редакції: "Негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією провадиться лише за рішенням суду, прийнятим за поданням начальника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. Застосування цих заходів провадиться виключно з метою запобігти злочинів чи

з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо".

У ч. 3 ст. 9 останнє речення слід замінити трьома такого змісту: "Без заведення оперативно-розшукової справи проведення оперативно-розшукової діяльності забороняється. Про заведення оперативно-розшукової справи виноситься постанова, яка затверджується начальником або уповноваженим заступником начальника органу внутрішніх справ, служби безпеки, оперативного підрозділу прикордонних військ, Управління державної охорони України, оперативного підрозділу податкової міліції, органу або установи виконання покарань. У постанові зазначається місце й час її складання, посада особи, яка виносить постанову, її прізвище, підстава та мета заведення оперативно-розшукової справи".

Частина 4 цієї ж статті, на наш погляд, доцільно викласти у такій редакції: "При перевірці осіб у зв'язку з допуском їх до державної таємниці, а також до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установах оперативно-розшукова справа не заводиться. Така перевірка повинна тривати не більше як один місяць".

Вважаємо доречним Закон України "Про оперативно-розшукову діяльність" доповнити двома статтями — 9¹ і 9².

Стаття 9¹. Строки ведення оперативно-розшукових справ.

Ведення оперативно-розшукових справ здійснюється:

1) щодо невстановлених осіб, які готують або вчинили злочин, а також осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання, — до їх встановлення або розшуку, але не більше строків давності притягнення до кримінальної відповідальності чи строків давності виконання обвинувального вироку;

2) щодо осіб у зв'язку з розслідуванням стосовно них кримінальної справи, — до набрання законної сили винесенням щодо них вироком, до винесення постанови суду про закриття справи, ухвали (постанови) суду про застосування заходів медичного чи виховного характеру або до закриття кримінальної справи судом, прокурором, слідчим, органом дізнання;

3) щодо осіб, безвісно відсутніх, — до їх розшуку або до набрання законної сили рішенням суду про визнання їх безвісно відсутніми або про оголошення їх померлими;

4) щодо осіб, стосовно яких є дані про участь у підготовці або вчиненні злочину, — до 6-ти місяців.

За наявності достатніх даних, про участь особи у підготовці або вчиненні тяжкого злочину, підтверджених матеріалами кримі-

нальної справи, строк ведення справи може бути продовжений за згодою відповідного прокурора до 12-ти місяців начальниками (або їх заступниками) головних, самостійних (територіальних) управлінь Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, податкової міліції Державної податкової адміністрації України, Державного комітету в справах охорони державного кордону України, Управління державної охорони України.

Подальше продовження строку ведення оперативно-розшукової справи, але не більше як до 18 місяців, може бути здійснено Міністром внутрішніх справ України, Головою Служби безпеки України, першим заступником Голови Державної податкової адміністрації України — начальником податкової міліції, а також Головою Державного комітету в справах охорони державного кордону України та начальником Управління державної охорони України за згодою Генерального прокурора України.

Продовження строків ведення оперативно-розшукових справ понад 18 місяців щодо іноземців, які підозрюються в розвідувально-підривної діяльності проти України, понад 18 місяців здійснює Голова Служби безпеки України за згодою Генерального прокурора України.

Обчислення строку ведення оперативно-розшукової справи починається з дня затвердження начальником відповідного органу або його заступником постанови про її заведення й закінчується в день затвердження постанови про закриття справи. Обчислення строку може припинитися, якщо особа, щодо якої заведено оперативно-розшукову справу, тимчасово вибула за межі України або тяжко захворіла і можливість провадити щодо неї оперативно-розшукові заходи відсутня.

Про припинення й поновлення обчислення строку ведення оперативно-розшукової справи вноситься мотивована постанова, яка затверджується начальником відповідного органу або його заступником.

Стаття 9². Закриття оперативно-розшукових справ

Оперативно-розшукова справа повинна бути закрыта в разі:

1) розшуку особи, яка переховувалася від органів розслідування, суду, ухилялася від відбування кримінального покарання, а також особи, яка безвісно відсутня;

2) набрання законної сили вироком, постановою або ухвалою суду;

3) закриття кримінальної справи судом, прокурором, слідчим або органом дізнання;

4) завершення виконання розвідувальних, контррозвідуваль-

них заходів або вичерпання можливостей для їх здійснення;

5) спростування у встановленому порядку матеріалів про злочинну діяльність особи;

6) виїзду особи на постійне місце проживання за межі України, якщо немає можливості проведення щодо неї оперативно-розшукових заходів;

7) невстановлення в передбачені цим Законом строки даних, що вказують на ознаки злочину в діях особи;

8) виявлення прокурором незаконно заведеної справи в разі виконання по ній оперативно-розшукових заходів;

9) смерті особи, щодо якої заведено оперативно-розшукову справу.

Про закриття оперативно-розшукової справи складається мотивована постанова, яку затверджує начальник відповідного органу або його заступник. Якщо у такій справі здійснювались оперативно-розшукові заходи за санкцією прокурора або рішенням суду, повідомлення про її закриття надсилається прокуророві або до суду в тридобовий строк.

Строки зберігання закритих оперативно-розшукових справ встановлюються відповідно до законодавства України.

Якщо протягом 6-ти місяців не встановлено ознак злочину в діях особи, щодо якої здійснювались оперативно-розшукові заходи, така справа підлягає знищенню".

У випадках порушення прав і свобод людини або юридичних осіб, а також якщо причетність до правопорушення особи, щодо якої провадилися оперативно-розшукові заходи, не підтвердилася, Міністерство внутрішніх справ України, Служба безпеки України, Прикордонні війська України, Управління державної охорони України, Державна податкова адміністрація України зобов'язані поновити порушені права й відшкодувати заподіяні матеріальні та моральні збитки.

Оперативно-розшукові заходи можуть бути оскаржені, якщо їх результатом було: пряме порушення прав і свобод громадянина; створення перешкод для здійснення громадянином його прав та свобод (у тому числі незаконного покладання на громадянина будь-яких обов'язків або незаконного притягнення його до будь-якої відповідальності). Для подання скарги особі достатньо вважати, що проведені щодо неї оперативно-розшукові заходи були незаконними. Однак задоволення скарги залежить від того, наскільки вона буде обґрунтована й мотивована.

Співробітники оперативних підрозділів можуть завдати шкоди громадянам чи юридичним особам, знаходячись у стані необ-

хідної оборони, крайньої необхідності, при затриманні особи, яка вчинила злочин, при обґрунтованому ризику, в результаті фізичного та психічного примусу. Тому тільки в тому разі, коли їх дії суперечили підставам та умовам здійснення оперативно-розшукових заходів, можлива постановка питання про відшкодування майнового збитку чи моральної шкоди. У цьому випадку за заявою потерпілого чи прокурора (якщо потерпілий не в змозі зробити це сам) повинно бути порушено позовне провадження й вирішити питання про відповідальність конкретної особи, яка завдала майнового збитку чи моральної шкоди, а також про компенсацію втрат, які поніс потерпілий.

Таке позовне провадження здійснюється за нормами Цивільного кодексу України, оскільки цивільне законодавство, яке регулює питання відшкодування заподіяних збитків, поширюється на порушення будь-яких прав та свобод громадян. Специфіка його застосування за сучасних умов передбачає матеріальне відшкодування як майнового збитку, так і моральної шкоди. Розмір компенсації встановлюється судом. Матеріальну відповідальність у цих випадках несуть не безпосередньо посадові особи органів, які виконують оперативно-розшукові дії, а відповідні органи державної влади, які виплачують збитки. Останні потім можуть компенсуватися безпосередніми винуватцями незаконних дій, які завдали шкоди.

Громадяни України й інші особи мають право у встановленому законом порядку одержати від органів, на які покладено здійснення оперативно-розшукової діяльності, письмове пояснення з приводу обмеження їх прав та свобод і оскаржити ці дії. Забороняється передавати й розголошувати відомості про нерозкриті злочини або такі, що можуть зашкодити слідству, інтересам людини, безпеці України.

Не підлягають передачі й розголошенню результати оперативно-розшукової діяльності, які відповідно до Закону України від 21 вересня 1999 р. "Про державну таємницю" становлять державну, військову і службову таємницю, а також відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини. За передачу й розголошення цих відомостей працівники оперативних підрозділів, а також особи, яким ці відомості були довірені при виконанні оперативно-розшукових заходів чи стали відомі по службі (роботі), підлягають відповідальності згідно з чинним законодавством, окрім випадків розголошення інформації про незаконні дії, що порушують права людини.

Право особи витребувати відомості про характер отриманої щодо неї інформації відповідає припису ч. 3 ст. 32 Конституції України, згідно з якою "кожний громадянин має право знайомитися

в органах державної влади, в органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею."

Оскільки відомості про осіб, які вкорінилися в організовані злочинні групи, про штатних негласних співробітників та осіб, які конфіденційно сприяють оперативно-розшуковій діяльності, а також відомості про організацію й тактику оперативно-розшукових заходів відповідно до Закону "Про державну таємницю" становлять державну таємницю, документи та їх копії, які відображають оперативно-розшукову діяльність, не можуть бути надані заінтересованій особі для ознайомлення. Їй повинні повідомлятися тільки дані про одержану щодо неї інформацію, тобто про наявність матеріалів, що характеризують особистість заявника та суть даних, які в них знаходяться.

Суддя, який розглядає скаргу особи на відмову в наданні вказаних вище матеріалів чи на надання їх не в повному обсязі, повинен мати право при наявності відповідного допуску, встановленого Законом України "Про державну таємницю", на ознайомлення з оригіналами оперативно-службових документів. Але він не вправі знайомити з ними заявника. У судовому рішенні про задоволення скарги обов'язок надання заявнику раніше не розкритих відомостей покладається на орган, який здійснює оперативно-розшукову діяльність. Питання про те, наскільки такі рішення повинні бути конкретними й деталізованими, входить до компетенції самого суду.

Відповідно до законодавства України скарги на діяльність та рішення органів, які виконують оперативно-розшукові дії, можуть подаватися також у вищестоящий орган, прокуратуру або до суду.

Порушення норм Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" тягне за собою різні види відповідальності, в тому числі дисциплінарну, цивільно-правову, кримінальну та кримінально-процесуальну.

Підрозділи, що використовують автоматизовані інформаційні системи в оперативно-розшуковій діяльності, повинні забезпечити можливість видавати дані про особу на запит органів розслідування, прокуратури, суду. У місцях зберігання інформації має бути гарантована її достовірність і надійність охорони.

Одержані внаслідок оперативно-розшукової діяльності відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини, якщо вони не містять інформації про вчинення заборонених законом дій, зберігання не підлягають і повинні бути знищені.

Оперативно-розшукові заходи, пов'язані з тимчасовим обмеженням прав людини, провадяться з санкції прокурора або за рі-

шенням суду з метою запобігання тяжким злочинам, їх припинення і розкриття, розшуку осіб, які ухиляються від відбування кримінального покарання або безвісті зникли, припинення розвідувально-піддривної діяльності проти України. У разі оперативної необхідності невідкладного здійснення цих заходів оперативно-розшукові підрозділи зобов'язані протягом 24-х годин повідомити прокурора чи суд про їх застосування та підстави для їх проведення.

Цікавим є досвід зарубіжних країн щодо правового регулювання порядку оскарження дій посадових осіб під час здійснення ними оперативно-розшукових заходів, якими були порушені права та свободи громадян.

Так, у США дані, що знаходяться в документах про оперативну та слідчу роботу правоохоронних органів, не видаються на запит у випадках, якщо їх розголошення може: заважати оперативним заходам чи розслідуванню; порушити право особи на справедливий та об'єктивний розгляд її справи; представляти собою неправомірне вторгнення у правейси (всі аспекти особистого життя — інтимне життя, погляди, особисті права, недоторканність особи, житла, кореспонденції, репутації, особисті зв'язки тощо) тієї чи іншої особи, інформація про яку знаходиться в досьє правозастосовчого органу. Однак суд має право для забезпечення повноти та всебічності розгляду справи витребувати документи, у видачі яких було відмовлено, і, вивчаючи їх, винести рішення про обґрунтованість (чи необґрунтованість) дій установи. Якщо відмова визнана необґрунтованою, суд вправі дати припис установі видати потрібний документ і виносить постанову про перевірку законності дій посадових осіб, які відмовили заявнику. Після закінчення службового розслідування на винного накладається дисциплінарне стягнення. У разі непідпорядкування установи рішенням суду про видачу витребуваної інформації суд має право порушити справу про неповагу до суду і в судовому порядку призначити винуватій посадовій особі покарання. Закон США "Про правейси" від 1974 р. не передбачає можливості оскарження у видачі досьє в адміністративному порядку, однак такий порядок встановлено самими правозастосовчими установами. Якщо на скаргу, яка заявлена в адміністративному порядку, одержана відмова, громадянин вправі пред'явити установі цивільний позов у федеральний суд [2, с. 24-28].

Список літератури: 1. Маринів В.І. Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - Харків, 1999 - 19 с. 2. Михеєнко М.М., Шибіко В.П. Кримінально-процесуальне право Великобританії, США, Франції. - К.: Вища шк., 1988. - 328 с. 3. Тертійшник В.М., Слинко С.В. Теорія доказательств: Учеб. изд. - Харьков: Арсис, 1998. - 256 с. 4. Шандула А.А.

А.Н. Толочко, канд. юрид. наук

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ПРИНЦИП КОНСТИТУЦИОННОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

В конституционной теории уже имеются исследования принципа верховенства права, который признается и действует в Украине [2, с. 131-152; 7, с. 65-70]. Выполненные теоретические разработки способствуют осознанию содержания принципа верховенства права, однако не исчерпывают его многогранных свойств и проблем реализации, в том числе и в конституционном судопроизводстве.

Различаются две модели конституционного судопроизводства. Первая - американская, определяемая также как децентрализованная (осуществляется всеми судами страны), конкретная (решения суда основываются на применении закона по конкретным делам) и носящая последующий характер (осуществляется применительно к уже утвержденным законам). Вторая - европейская модель, являющаяся централизованной (осуществляется специализированным судом), абстрактной (суд выносит постановление по поводу закона независимо от всех прочих судебных разбирательств), носящая предварительный и последующий характер (осуществляется как над неутвержденными, так и над утвержденными законами) [6, с. 158-236].

В отличие от американской модели судебного конституционного контроля, сформировавшейся главным образом на основании судебных прецедентов, европейская явилась результатом теоретических исследований Г. Кельзена, которым была предложена концепция целостного правового порядка, вся иерархия норм которого и их юридическая ценность последовательно выводятся из одного источника, составляющего вершину пирамиды — конституции. Целостность всей системы и механизм ее функционирования определяются наличием особой и единой высшей инстанции конституционного контроля законов, которой является конституционный суд [9, с. 19]. Данная концепция, представлявшая собой антитезу американской модели по всем важнейшим параметрам, стала теоретическим основанием европейской системы конституционного судопроизводства, в

том числе конституционного судопроизводства в Украине.

В этой модели объектом конституционного судопроизводства является не только форма закона (порядок рассмотрения, принятия и введения в действие), но и его содержание. Однако (по Г. Кельзену) содержание закона считается правовым, ибо есть принудительная норма более высокого ранга - конституция, которая предписывает: законы должны соблюдаться [9, с. 140]. Это положение ставит под вопрос возможность реализации кельзеновской модели конституционного судопроизводства (как гаранта конституции) в условиях политических кризисов, поскольку сама эта модель основана на нормативистской интерпретации позитивного права и исключает его оценку с позиции должного, представлений о желаемом. Достаточно сказать в этой связи, что нормативистская теория права вообще не признает существование пробелов в конституции, а ведь эта проблема является едва ли не центральной в условиях смены одной системы права другой. Кельзеновская модель конституционного суда отводит ему роль технического эксперта формальной конституционности законов, но не их аналитика с позиций демократического правового идеала. Таким образом, реализация кельзеновской модели конституционного судопроизводства предполагает стабильность права и достижение согласия в обществе по отношению к конституции.

Принятие кельзеновской (или континентально-европейской) модели организации конституционного судопроизводства европейскими странами привело к выявлению противоречий, связанных с качеством деятельности конституционного суда и превращением его теоретически в свою противоположность — в правовой барьер на пути новых социально-политических и конституционных инициатив [11, с. 2]. В деятельности конституционных судов порой возникают правовые ситуации, которые возможно разрешить лишь путем обращения к принципам естественного права и международным актам о правах человека. В качестве примера можно привести решение Конституционного Суда Российской Федерации дела о КПСС [1, с. 2-98]. Подход к нему в стиле Х. Кельзена вообще не содержал рациональных оснований для вынесения правового суждения, поскольку Конституционным Судом России была дана ретроспективная оценка прежней Конституции как антиправового феномена.

С позиций нормативизма Конституционный Суд Украины по делу об официальном толковании ст. 58, 78, 79, 81 Конституции Украины о несовместимости депутатского мандата, также не мог, игнорируя ныне действующую Конституцию Украины, давать правовую оценку законов и других правовых актов, опираясь на поло-

жения утратившей силу Конституции Украины 1978 г. и Конституционного Договора 1995 г. [5, с. 117-123].

Перечисленные обстоятельства породили дискуссии о кризисе конституционного судопроизводства, потере им легитимности [12, с. 19]. Поэтому в динамично развивающемся обществе возможна и необходима рационализация кельзеновской модели конституционного судопроизводства, связанная с его деполитизацией и усилением правовой объективности, отказом от панюридизма как метода решения всех социально-политических конфликтов, с использованием духа демократических правовых принципов [4, с. 41].

Учитывая, что верховенство права как важнейший аспект правовой государственности достигается с признанием прав человека высшей ценностью в обществе и государстве, с приданием им общерегулятивного значения, наиболее предпочтительным с этой точки зрения является анализ *материального* и *формального* содержания принципа верховенства права [3, с.43].

Верховенство права в *материальном* смысле включает в себя:

— верховенство конституции, гарантирующей надлежащий набор прав человека, закрепляющей общий естественноправовой статус человека и гражданина;

— всеобщую обязательность соблюдения прав человека;

— конституционное требование правового характера законов (и соответственно, запрет антиправовых законов) и всей деятельности государства. В контексте признания прав человека высшей ценностью это требование означает ограничение законодательной власти обязанностью признавать, соблюдать и защищать права человека и предполагает, что целью, смыслом и содержанием законодательства должна быть конкретизация прав человека. Этот постулат должен быть положен в основу конституционного судопроизводства.

По существу, Конституция Украины провозгласила человека, его права и свободы наивысшей социальной ценностью и установила, что утверждение и обеспечение их является главной обязанностью государства. Причем права и свободы человека и гражданина, закрепленные в Конституции, не являются исчерпывающими, государство обязуется признавать и гарантировать и другие общепризнанные права и свободы.

Таким образом, в соответствии с естественно-правовой концепцией конституционного строя Украины верховенство права в материальном смысле - это естественные и неотчуждаемые права и свободы человека и гражданина. Конституция Украины не может

быть изменена, если изменения предусматривают упразднение либо ограничение последних. Конституцию, законы и иные нормативно-правовые акты Украины следует считать правовыми (позитивным правом) постольку, поскольку в них реализуются и конкретизируются права человека они не нарушают прав человека. Задачу соответствия позитивного конституционного права надпозитивным правовым принципам и идеалам всякий раз решает законодатель. Аналогичную задачу, исходя из буквы и духа Конституции, а также из международно-правовых стандартов, решает Конституционный Суд Украины.

Положения ст. 3 и 22, ч.2.ст.39, ч.5 и ч. 7 ст. 41, ч. 2 ст. 44 и других статей Конституции Украины в позитивной форме содержат требование соответствия закону праву и соответствия праву деятельности государства в целом и всех ветвей государственной власти и органов местного самоуправления. Критерием правового характера законов и деятельности государства являются права и свободы человека и их гарантии, определяющие ее содержание и направленность.

Этому требованию корреспондирует прямой запрет *антиправового* (правонарушающего) закона, содержащийся в ч. 2 ст. 22 Конституции в формулировке: «Конституционные права и свободы гарантируются и не могут быть упразднены». Конституция запрещает при принятии новых законов и внесении изменений в действующие сужение содержания и объема существующих прав и свобод (ч.3 ст.22). Кроме того она содержит специальный запрет правонарушающего закона по ряду прав и свобод человека даже применительно к условиям военного и чрезвычайного положения (ч.2 ст. 64), Наконец, законы (и другие акты) или их отдельные положения, признанные Конституционным Судом Украины нарушающими права человека (правонарушающими) и поэтому неконституционными, утрачивают силу (ст. 152 Конституции).

Права человека являются непосредственно действующими и защищаются судом (ст.55 Конституции), что предполагает право каждого обращаться за их защитой компетентный суд, в том числе и в Конституционный, ибо в правовом государстве индивид вправе вступать в судебный спор по поводу регулирования и защиты своих прав и свобод с самим законодателем. Конституционный суд по своей природе является высшим гарантом прав человека в государстве и не нуждается в конституционном упоминании о его естественном предназначении. В то же время верховенство права не предполагает и не влечет признание конституционного суда единственным органом, представляющим в действительности подлинную судебную ветвь власти лишь потому, что он исполняет полномочия по признанию законов и иных правовых актов неконституционными и по

официальному толкованию конституции и законов [8, с.20].

Физические и юридические лица наряду с другими субъектами имеют право подать в Конституционный Суд Украины конституционное обращение об официальном толковании Конституции и законов Украины, если они сочтут, что:

1) положения Конституции или законов Украины неоднозначно применяются судами и другими органами государственной власти;

2) это может привести (или уже привело) к нарушению их конституционных прав и свобод.

Таким образом, в специальную процедуру официального толкования Конституции "вмонтирована" и процедура конституционного контроля, связанная с рассмотрением конкретных дел и вопросов в судах и других органах государственной власти. На наш взгляд, это обусловлено тем, что к компетенции Конституционного Суда Украины отнесено и толкование законов, а по этой причине необходимость в отдельной процедуре конкретного судебного конституционного контроля становится менее значимой.

Верховенство права в *формальном смысле* означает:

— соблюдение иерархии источников права;

— допустимость только в конституции и на уровне закона установления пределов свободы индивидов и их объединений по принципу «незапрещенное разрешено» и законодательного определения компетенции государственных органов и должностных лиц государства (а также местного самоуправления) по принципу «неразрешенное запрещено».

Конституция содержит ряд требований к нормативно-правовой системе и ее элементам, соблюдение которых необходимо для верховенства права в формальном смысле.

Во-первых, сама конституция имеет высшую юридическую силу и верховенство как в смысле того, что законы и иные официальные акты должны ей соответствовать, так и в смысле прямого действия ее норм. При этом нужно учитывать, что теоретическая возможность конституционных конфликтов заложена в самой природе конституционного права, построенного на противоречивых принципах (светскости и свободы совести; соотношения коллективных прав и личных прав). Кроме того конституция должна собрать всеедино и обобщить на высоком уровне абстракции фундаментальные нормы различных отраслей права. Каждая из этих отраслей строится на основании какого-либо соответствующего ей интерпретационного принципа, дающего ей известную целостность (например, индивидуальная свобода в гражданском праве и общий интерес в администра-

тивным праве). Эти принципы могут быть согласованы в Основном Законе лишь путем компромисса между ними. Конституция, следовательно, является актом, обобщающим на самом высоком уровне различные правовые принципы, но вместе с тем кристаллизирующим их противоречия. Поэтому интерпретация конституции конституционным судом и применение любой ее нормы не должны противоречить всей ее целостности или отрицать естественные права человека. При интерпретации норм конституции исключается противоречивое толкование ее принципов. Конституционные нормы общего характера не могут иметь приоритета перед специальными, а специальная норма не может быть интерпретирована расширительно.

Во-вторых, правовое положение «неопубликованный акт не применяется» изложено в ч. 3 ст. 56 Конституции Украины в формулировке: «Законы и иные нормативно-правовые акты, определяющие права и обязанности граждан, которые не доведены до сведения населения в порядке, установленном законом, являются недействительными». На наш взгляд здесь предполагаются законы и нормативно-правовые акты, которые определяют общий правовой статус человека и гражданина. Согласно ч.3 ст. 22 Конституции ограничение прав и свобод человека и гражданина (в смысле определения объема свободы, гарантированного этими правами и свободами) допустимо только законом. Кроме этого, любое установление нормативным актом юридических обязанностей или юридической ответственности индивидов является прямым или косвенным ограничением прав и свобод человека и гражданина. Следовательно, из ст. 64 Конституции вытекает, что правовые нормы, устанавливающие юридическую ответственность, могут содержаться только в законе, ибо юридическая ответственность всегда несет в себе ограничение права на свободу и личную неприкосновенность либо права собственности.

С учетом сказанного остается признать, что в контексте ч. 3 ст. 57 Конституции Украины формулировка «законы и иные нормативно-правовые акты, определяющие права и обязанности граждан» предполагает законы, ограничивающие права и свободы как человека, так и гражданина (в смысле ч. 3 ст. 22 Основного Закона), а также иные нормативно-правовые акты в которых, на основании или во исполнение названных законов конкретизируются ограничения прав и свобод, но не устанавливаются новые ограничения.

В-третьих, ряд положений Конституции Украины, определяющих порядок принятия и соотношение различных видов нормативных актов, позволяет описать конституционную иерархическую структуру правовой системы Украины. Соблюдение иерархии исто-

чников *права* также является требованием верховенства права в формальном смысле.

В этой связи особую роль играют законы, принятые всеукраинским референдумом. Согласно ст. 44 Закона Украины «О всеукраинском и местных референдумах» законы, принятые путем референдума, могут быть изменены либо отменены также референдумом. Поэтому законы, принятые на референдуме, не могут быть объектом судебного конституционного контроля относительно их конституционности [10, с. 25]. Референдум признается высшим непосредственным выражением власти народа. Следовательно, закон, принятый на референдуме, обладает большим уровнем легитимности, нежели закон, принятый органом народного представительства. В случае коллизии между законом, принятым на референдуме и не противоречащим Конституции Украины, и законом, принятым Верховной Радой Украины, с формальной точки зрения предпочтение следует отдавать закону, принятому референдумом.

Не меньший интерес вызывают законы про ратификацию международных договоров Украины. По Конституции они являются частью национального законодательства Украины, подписываются Главой Верховной Рады Украины и официально опубликовываются без соблюдения процедур, предусмотренных ст. 94 Конституции. Согласно ч.2 ст.17 Закона Украины «О международных договорах Украины», если международным договором Украины, заключение которого произошло в форме закона, установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законодательством Украины, то применяются правила международного договора Украины. Если положения ратифицированного международного договора противоречат Конституции Украины, то применяются положения Конституции. Ратификация же такого договора возможна после внесения соответствующих изменений в Конституцию Украины.

Соотношение юридической силы законов о внесении изменений в Конституцию Украины (конституционных законов) и Законов о ратификации международных договоров Украины несколько сложнее. Если положения еще не вступившего в силу международного договора представляются противоречащими закону, то Конституционный Суд Украины вправе признать их неконституционными, подтвердив тем самым толкование Конституции, положенное в основу конституционного закона. Но если конституционный закон будет принят в противоречие ратифицированному договору и Конституционный Суд подтвердит соответствие закона Конституции Украины, то договор, если он не может быть истолкован иначе, подлежит денонсации.

Нормативная сила общепризнанных принципов и норм международного права в Украине проблематична. С одной стороны, заинтересованные физические и юридические лица могут ссылаться непосредственно на нормы международного права при разрешении дел Конституционным Судом Украины, с другой — общепризнанные принципы и нормы, как правило, носят весьма абстрактный характер, их нормативное содержание неконкретно и Конституция Украины не закрепляет их приоритет по отношению к внутренним правовым актам. Даже в сфере регулирования прав человека в соответствии с ч.1 ст.22 Основного Закона Украины, в которой говорится, что перечень закрепленных в нем прав и свобод человека и гражданина не является исчерпывающим. Общепризнанные другие права и свободы должны быть сначала признаны в государстве, например Конституционным Судом Украины, и только после этого они становятся гарантированными.

Список литературы: 1. Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. - 1993. - № 4-5.-150 с. 2. Заець А.П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. - К.: Парламент. вид-во, 1999.-248 с. 3. Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий / Отв. ред. В.А. Четвернин - М., 1997 - 702 с. 4. Медушевский А. Кельзеновская модель конституционного правосудия и изменение конституций в странах Восточной Европы // Конституц. правосудие в посткоммунист. странах: Сб. докл.- М.: Центр констит. исследований МОНФ, 1999.- С.13-41. 5. Офіційний вісник України.-1997.- № 20.- 220 с. 6. Сравнительное конституционное право. - М.: Манускрипт, 1996.- 730 с. 7. Тодыка Ю.Н. Основы конституционного строя Украины: Учеб. пособие. - Харьков: Факт, 1999. - 320 с. 8. Фьюти Б.А. Комментарий к Закону «О Конституционном Суде Украины» // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. - 1997. - № 3-4 (20-21).- С.19-25. 9. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. переводов (вып. 2).- М.: ИНИОН АН СССР, 1988.- 220 с. 10. Шаповал В. Верховенство закону як конституційна засада реформи системи права // Зб. наук. праць. / За заг. ред. В.І. Лугового, В.М. Князева. - К.: Вид-во УАДУ, 1999.- Вип. 1.- С. 20-27. 11. Шайо А. Как верховенство права погубило реформу социальной защиты в Венгрии // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. - 1996. - № 2 (15).- С.2-11. 12. Le noble J. La Crise du juge: Mythe ou realite? // La Crise du juge // Bruxelles: L.G.D.J.,1990.- С.15-25.

А.Р. Туманянц, канд. юрид. наук

СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ ИЗБРАНИЯ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ – ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

Меры пресечения составляют значительную часть среди всех мер уголовно-процессуального принуждения. В литературе достаточно подробно проанализированы социальная обусловленность

и юридическая природа мер пресечения. Вместе с тем остаются нерешенными проблемы оснований избрания такой меры пресечения, как заключение под стражу, поскольку это самая строгая мера пресечения, в отличие от других связанная с принудительной изоляцией лица от общества [5, с. 120, 121).

Государство обеспечивает своим гражданам неприкосновенность личности. Закон допускает определенные ограничения неприкосновенности личности, продиктованные интересами борьбы с преступностью и охраны правопорядка. Этой цели, в частности, служит такая мера пресечения, как заключение под стражу, применяемая с санкции прокурора. С приведением действующего уголовно-процессуального законодательства в соответствие с Конституцией Украины арест и заключение под стражу будут допускаться только по мотивированному решению суда (ст. 29 Конституции Украины).

Заключение под стражу – тяжелое испытание для гражданина, который считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. Это обстоятельство обуславливает особую остроту вопросов, касающихся создания системы гарантий законного и обоснованного применения данной меры пресечения.

Анализируемая мера пресечения применяется к обвиняемым, а в исключительных случаях – к подозреваемым в совершении преступления при наличии достаточных оснований полагать, что обвиняемый (подозреваемый) может скрыться от дознания, предварительного следствия, суда или будет заниматься преступной деятельностью, а также для обеспечения приговора.

При разрешении вопроса о необходимости заключить обвиняемого под стражу органы следствия, прокурор, суд обязаны учитывать, кроме указанных обстоятельств, также тяжесть предъявленного обвинения, личность обвиняемого, род его занятий, возраст, состояние здоровья, семейное положение и др. Прежде всего заключение под стражу допускается по делам о преступлениях, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше одного года, а в исключительных случаях – и на срок не свыше одного года.

Учитывая негативные стороны ареста, можно было бы установить в законе такое правило: “Заключение под стражу применяется по делам о преступлениях, наказуемых лишением свободы на срок свыше двух лет” [6, с. 78, 79]. Это предложение учтено в проекте УПК Российской Федерации, ст. 89 которого предусматривает,

что заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется по решению суда в отношении лиц, обвиняемых (подозреваемых) в совершении преступлений, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы сроком свыше двух лет.

К лицам, совершившим наиболее тяжкие преступления, перечень которых устанавливается ч. 2 ст. 155 УПК, заключение под стражу может быть применено по мотивам одной лишь опасности преступления. Опасность того или иного преступления обусловлена важностью для государства посягательства, размером причиненного ему вреда, способом совершения деяния, особенностями субъектов преступления.

Закон презюмирует, что только тяжесть деяния может побудить обвиняемого скрыться, помешать установлению истины и воспрепятствовать исполнению приговора. Именно это и лежит в основе такой меры пресечения, как заключение под стражу.

Представленные на рассмотрение Верховной Рады Украины проекты УПК Украины не содержат данного основания. Так, ст. 113 проекта УПК, подготовленного рабочей группой Кабинета Министров Украины по состоянию на 1999 г., гласит, что заключение под стражу как мера пресечения применяется лишь к лицам, подозреваемым или обвиняемым в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше одного года. В случаях, когда подозреваемый, обвиняемый или подсудимый не выполнил своих обязанностей в связи с применением к нему иной, более мягкой меры пресечения либо если имеются доказательства о том, что он совершил или готовится совершить новое преступление, заключение под стражу может быть применено также по делам, за совершение которых предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до одного года включительно.

Под достаточным основанием необходимо понимать определенные фактические данные, указывающие на стремление обвиняемого вести себя недолжным образом [2, с. 73]. Следовательно, нельзя заключать обвиняемого под стражу по субъективным соображениям (догадкам, слухам, предположениями и т.д.).

При заключении под стражу соответствующие данные о неправомерном поведении обвиняемого оцениваются в совокупности с собранными по делу доказательствами. Результаты такой оценки должны убедить следователя в том, что обвиняемый предпринимает одну из форм недозволенного поведения, пытается это сделать или готовится к нему. Заключение под стражу лишает его соответствующих возможностей и обеспечивает выполнение основных процессуальных задач.

Заключение под стражу применяется к обвиняемому, поведение или образ жизни которого свидетельствует о стремлении скрыться или о наличии у него реальных возможностей к этому. Обычно к числу таких обстоятельств относят: систематическое пьянство, существование на случайные заработки или нетрудовые доходы, отсутствие постоянного места жительства или определенных занятий и т.п. Не обоснованная фактами простая допустимость или обычная возможность полагать, что обвиняемый вообще способен скрыться, не может служить достаточным основанием для избрания такой меры пресечения, как заключение под стражу. Заключение под стражу можно только обвиняемого, который стремится скрыться, а не просто уклоняется от явки, а тем более который не прибыл в органы следствия по однократному вызову. В случае отклонения от этого явка может быть обеспечена приводом обвиняемого с последующим выявлением причин такого поведения и разъяснением процессуальных последствий последнего [3, с. 16].

Основанием заключения под стражу может стать поведение обвиняемого, направленное на воспрепятствование установлению истины по уголовному делу (умышленное создание помех к установлению события преступления и виновности обвиняемого в его совершении). Препятствование установлению других обстоятельств, подлежащих доказыванию, по общему правилу не должно обосновывать заключение под стражу. Однако в тех случаях, когда их выяснение имеет особо важное значение и, осознавая это, обвиняемый стремится помешать их установлению, он может быть заключен под стражу в целях пресечения подобных действий.

Заключать под стражу можно обвиняемого, который в целях воспрепятствования установлению истины совершает не любые возможные, а только незаконные действия, выражающиеся в уничтожении, сокрытии, подмене, фальсификации или искажении доказательств, подкупе, запугивании, уговорах свидетелей (потерпевших, экспертов) в целях склонения их к даче заведомо ложных показаний в суде и т.п.

Обвиняемый может быть заключен под стражу, если имеются данные о том, что, оставаясь на свободе, он будет заниматься преступной деятельностью. Эти данные могут относиться к его личности, образу жизни, условиям работы и т.п. Нужно, чтобы эти данные не просто отрицательно характеризовали обвиняемого, а имели под собой объективное основание.

Степень вероятности преступления, а также его возможный характер и опасность учитываются в каждом конкретном случае заключения обвиняемого под стражу. Чаще всего заключением под

стражу пресекаются попытки совершить повторные преступления. Если же данное деяние по своему существу неосторожно, аффективно, случайно и нет оснований полагать, что обвиняемый (подозреваемый) после него совершит иное преступление, заключать его под стражу не следует.

И, наконец, последнее основание – необходимость обеспечения исполнения приговора. Следует иметь в виду, что заключать под стражу подсудимого можно при условии, если он своими действиями может воспрепятствовать исполнению приговора суда. Когда же исполнение приговора затруднено или вообще неосуществимо по причинам, не зависящим от подсудимого (его воли, состояния, поведения), то в отношении него нельзя избирать меру пресечения в виде заключения под стражу. Ошибочным представляется мнение о том, что обеспечение исполнения приговора является родовым понятием, обобщенно включающим в себя три других, ранее рассмотренных основания [7, с. 106].

Таким образом, в действующем уголовно-процессуальном законодательстве предусмотрены следующие процессуальные основания и обстоятельства, подлежащие учету при избрании такой меры пресечения, как заключение под стражу:

- данная мера пресечения применяется органами расследования с санкции прокурора или по решению суда;
- заключение под стражу допускается по делам о преступлениях, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше одного года, а в исключительных случаях – на срок не свыше одного года;
- к лицам, обвиняемым в совершении наиболее тяжких преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 155 УПК, заключение под стражу может быть применено по мотивам одной лишь опасности преступления.

Фактическим основанием для избрания данной меры пресечения выступает совокупность доказательств, которые дают возможность предположить, что обвиняемый может скрыться от органов досудебного следствия или суда, или воспрепятствовать установлению истины по уголовному делу, или будет заниматься преступной деятельностью.

Существующая на сегодняшний день практика применения заключения под стражу не может считаться удовлетворительной. В этой связи пути дальнейшего сокращения распространения такой меры пресечения видятся в следующем:

- а) введение новых мер пресечения, которые могли бы стать альтернативой заключению под стражу (например, ст. 99 упоминав-

шегося проекта УПК Украины в качестве такой альтернативы предусматривает домашний арест, надзор милиции и т.п.);

б) допущение возможности заключения под стражу обвиняемого лишь при условии, что инкриминируемое ему деяние наказывается лишением свободы на срок более двух лет;

в) запрещение ареста несовершеннолетних лиц (до шестнадцати лет), обвиняемых в преступлениях, наказуемых лишением свободы на срок менее трех лет, беременных женщин и женщин имеющих детей в возрасте до трех лет, лиц, старше 70 лет, тяжелобольных, а также лиц, совершивших преступления по неосторожности [4, с. 7];

г) введение судебного порядка для применения данной меры пресечения.

Следует отметить, что со времени дополнения УПК Украины ст. 236¹-236⁶ суды приобрели определенный опыт в осуществлении функции судебного контроля за основными процессуальными решениями органов предварительного следствия. Однако конституционные положения, в соответствии с которыми никто не может быть "арестован либо содержаться под стражей" иначе как по мотивированному решению суда, могут быть реализованы лишь самостоятельной структурой судебной власти в виде системы досудебного следствия [1, с. 7].

В качестве практической реализации научных исследований предлагаем внести в УПК следующую процедуру судебного порядка получения санкции на применение меры пресечения в виде заключения под стражу:

– производство в суде начинается на основании мотивированного постановления дознавателя, следователя или прокурора, содержащего ходатайство о разрешении на применение меры пресечения в виде заключения под стражу;

– ходатайство рассматривается судьей единолично в закрытом судебном заседании с участием прокурора, защитника, обвиняемого (подозреваемого) и его законного представителя по месту производства досудебного следствия либо по месту задержания;

– суд вправе вызвать в судебное заседание следователя, потерпевшего и его представителя, а также иных лиц, показания которых обосновываются или опровергаются ходатайство;

– в начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, представляет явившихся в заседание лиц, разъясняет им права и обязанности; затем прокурор обосновывает ходатайство, после чего заслушиваются другие явившиеся в заседание лица;

– по окончании проверки обоснованности ходатайства судья своим постановлением разрешает применение меры пресечения в виде заключения под стражу либо отказывает в удовлетворении ходатайства;

– постановление судьи направляется прокурору, возбудившему ходатайство об избрании меры пресечения, обвиняемому (подозреваемому), потерпевшему и подлежит немедленному исполнению;

– постановление судьи может быть обжаловано обвиняемым (подозреваемым), его защитником или законным представителем, потерпевшим или его законным представителем и опротестовано прокурором в вышестоящий суд через суд, вынесший решение, либо через администрацию места содержания под стражей.

Список литературы: 1. Бринцев В.Д. Досудове слідство: судовий слідчий чи "слідственный судья"? // Право України. – 1997. – № 7. – С. 7-9. 2. Ивлиев Г.П. Основания и цели применения мер процессуального принуждения // Государство и право. – 1995. – № 11. – С. 71-77. 3. Ивлиев Г.П. Основания применения мер процессуального принуждения: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – М.: Изд-во МГУ, 1986. – 25 с. 4. Козлов В.И. Мера пресечения не может быть тяжелее меры наказания // Рос. юстиция. – 1998. – № 3. – С. 48. 5. Михайлов В.А. Меры пресечения в российском уголовном процессе. – М.: Право и закон, 1996. – 304 с. 6. Петрухин И.Л. Задержание и арест: Охрана интересов личности // Сов. государство и право. – 1989. – № 8. – Ст. 73-82. 7. Петрухин И.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. – М.: Наука, 1989. – 252 с.

З.И. Митрохина, канд. юрид. наук

ПСИХОЛОГИЯ В ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЛИЦ, ЗАНИМАЮЩИХСЯ РАССЛЕДОВАНИЕМ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Современное состояние развития общей и правовой психологии даёт основание полагать, что некоторые её аспекты с успехом могут быть использованы в практической деятельности следственных и оперативно-розыскных подразделениях.

Одним из серьезнейших недостатков в деятельности правоохранительных органов, как отмечает Министр внутренних дел Украины Ю.Кравченко, является неумение общаться с населением, расположить его и вызвать у него к себе доверие для выдачи имеющейся и необходимой информации.

По нашему мнению, значительную помощь в решении данной проблемы может оказать психология — наука, изучающая свой-

ства мозга отражать объективную действительность и индивидуально-типологические, характерологические особенности каждой личности. По утверждению психологов, нет двух одинаковых (с точки зрения психологических качеств) людей, и знанием именно этих особенностей должны обладать лица, занимающиеся расследованием преступных действий. В течение одного рабочего дня сотруднику правоохранительных органов приходится вступать в контакт с десятками лиц, разными по процессуальному положению, возрасту, интеллекту, психологическим свойствам, состояниям, процессам, интересам, потребностям и установкам.

История развития психологической науки свидетельствует о том, что в первые годы существования Советского государства она достаточно интенсивно использовалась в деятельности правоохранительных органов. В каждом народном суде была лаборатория психологов, целью деятельности которых было оказание практической помощи судам в установлении психологического контакта с лицами, попавшими в сферу судопроизводства. Специалисты-психологи проводили по заданию суда судебно-психологические экспертизы (назывались они в то время художественными), способствовавшие установлению истины по конкретному делу. В 1927 г. в Харькове была опубликована монография А.Е. Брусиловского «Судебно-психологическая экспертиза», где обобщался опыт производства указанной экспертизы.

В настоящее же время, к сожалению, имеют место отдельные случаи, когда практические работники не могут отграничить компетенцию экспертизы судебно-психологической от судебно-психиатрической. Подобные факты свидетельствуют о необходимости внедрения в практику расследования основ общей психологии. Лицам, занимающимся расследованием преступлений, следует знать свои индивидуально-типологические и характерологические особенности и использовать их сильные и слабые стороны в практической деятельности.

Прежде всего в общении должно учитываться врождённое свойство личности, которое в психологии определяется как темперамент. Темперамент — совокупность психологических особенностей человека, проявляющихся в динамике протекания психологических процессов — в скорости и силе его реакций, в эмоциональном тоне его жизнедеятельности; это проявление в психике человека врождённого типа нервной деятельности.

Не ставя задачи характеризовать рассматриваемые в психологии типы темперамента, считаю обязательным отметить, что учёт их необходим при организации подразделений, занимающихся

борьбой с преступностью. Этот вид деятельности чрезвычайно сложен и может дать положительные результаты только при обеспечении надлежащего психологического климата. Достигнуть психологической совместимости сотрудников в обозначенных подразделениях возможно только при подборе лиц с учётом их индивидуально-психологических особенностей (темперамента). Известно, что высокопроизводительными, психологически совместимыми, обеспечивающими надлежащий психологический климат в коллективе являются люди с различными типами темперамента [4, с. 192-198]. В таком подборе как раз и могут оказать помощь психологи, разработав тесты, по которым выявлять психологические особенности смогут работники отделов кадров либо других подразделений.

Темперамент определяет только динамические особенности способов деятельности и поведения. К ним относятся: общая нервно-психологическая активность — интенсивность, напряжённость действий, темп и ритм реакции, особенности их нарастания и затухания [2, с. 106-117].

При формировании следственных групп особое внимание важно уделять руководителю. Он должен быть хорошим, опытным организатором, обладать психологическим тактом, положительными качествами характера, способным не только знать свои, индивидуальные особенности психики, но и уметь наиболее полно постигать психологию членов следственной группы, находить подход к подчинённым, проявлять чуткость, внимательность сопровождая демонстрацию этих качеств естественностью. Руководитель группы должен быть наделён практической психологией, способствующей умению распределить обязанности между членами следственной группы с учётом их индивидуальных психологических особенностей быстро ориентироваться в ситуации, воздействовать на других лиц.

Лучший вариант — это назначить руководителем такой группы лиц, у которых процесс возбуждения и процесс торможения в центральной нервной системе протекает уравновешенно. Такой тип темперамента позволяет быть адекватным той ситуации, в которой находится конкретное лицо. Если же человек обладает таким типом темперамента, в котором ведущим является процесс возбуждения, то он излишне вспыльчив, легко и быстро раздражается, эмоционально порывист, непредсказуем. Лицам, у которых при ведущем процессе торможения снижается скорость восприятия, затрудняется быстрое переключение с объекта на объект, целесообразнее работать не в отделе уголовного розыска, а, например, в отделе по борьбе с экономическими преступлениями, где их методически настойчива деятельность принесёт больше пользы.

Особое внимание должно быть уделено выявлению индивидуально-психологических и характерологических свойств личности преступника в процессе дознания и предварительного следствия. В литературе справедливо указывается, что допросу подозреваемого, обвиняемого должна предшествовать деятельность оперативного работника, следователя по изучению их личности. Однако в законе нет перечня вопросов, позволяющих установить личность обвиняемого, поэтому на практике объём полученной информации очень нестабилен. Чаще всего он бывает настолько мал, что использовать его в качестве достоверной характеристики подозреваемого, обвиняемого невозможно.

В ст. 64 УПК Украины «Обстоятельства, подлежащие доказыванию в уголовном деле» указано: «при производстве предварительного следствия, дознания и разбирательстве уголовного дела в суде подлежат доказыванию: ... 3) обстоятельства, влияющие на степень и характер ответственности обвиняемого, а также иные обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого». Такая регламентация в практической деятельности выполняется неоднозначно: одни ограничиваются представлением производственной характеристики с последнего места работы; кто-то из следователей проводит сбор независимых характеристик в отношении обвиняемого; другие при допросе членов семьи, сослуживцев, соседей выясняют индивидуальные свойства личности, которая попала под подозрение. Только совокупность названной деятельности может дать объективную информацию об интересующей работников следствия личности. На наш взгляд, в УПК должна быть конкретная норма, которая жёстко очерчивала бы объём требований по изучению личности обвиняемого. Это сведения: социально-демографического характера, об отношении к труду либо учёбе, поведении в быту, наличии или отсутствии прошлой преступной деятельности и, конечно же, о темпераменте, ведущих чертах характера, способностях, эмоционально-волевых и других психологических свойствах. Все это необходимо в объёме, обеспечивающем эффективное расследование преступления, установление причин и условий, способствовавших совершению преступления и назначение справедливой меры наказания [10].

В настоящее время, несмотря на отсутствие в уголовно-процессуальном законодательстве чётких указаний об объёме данных, касающихся изучения личности обвиняемого, которые должны содержаться в материалах уголовного дела, практика идёт по линии обязательного представления сведений социально-демографического характера, о наличии прошлых судимостей либо антиобщественной деятельности, об отношении обвиняемого к труду. Что касается дан-

ных о темпераменте обвиняемого, ведущих чертах его характера и эмоционально-волевых свойствах, то они в материалах дела, как правило, отсутствуют, так как выявлению их в процессе расследования практически не уделяется внимание [6].

В процессе работы с подозреваемым, обвиняемым и подсудимым особо следует уделять внимание мимике, жестам, телодвижениям, которые у них проявляются во время общения. В конце 70-х годов австралийский учёный-психолог Аллан Пиз занялся изучением «международного», общедоступного и понятного языка — языка жестов, мимики и телодвижений человека — «боди лэнгвидж». Психологами установлено, что в процессе общения людей 60 — 80 % коммуникации осуществляется за счёт невербальных средств выражения и только 20-40 % информации передаётся с помощью вербальных. Это дает основания утверждать, что ход общения с подозреваемым либо обвиняемым нужно фиксировать с помощью научно-технических средств и приобщать полученные данные к материалам дела, чтобы иметь возможность прочесть «боди лэнгвидж» и учесть его в общей оценке собранных материалов, а главное — овладеть искусством толкования этого особого языка, на котором неосознанно разговаривают все.

Особенность такого языка в том, что его проявление обусловлено импульсами нашего подсознания. Отсутствие возможности подделать последние позволяет доверять «боди лэнгвидж» больше, чем обычному, вербальному каналу общения. В противовес вербальным средствам общения невербальные не могут лгать. Однако имеются такие личности, которые неспособны говорить неправду в присутствии лица, который знает подлинные обстоятельства события. На этой психологической закономерности и основано такое следственное действие, как очная ставка. Результативность последней зависит не только от внезапности её проведения, но и от того, есть ли среди сведенных на очную ставку такое лицо, которое не сможет продолжать лгать в присутствии человека, знающего истинные обстоятельства.

Каждый следователь, оперативный работник, судья должен уметь правильно оценивать наблюдаемые у собеседника телодвижения. К примеру: а) сцепление пальцев рук — это разочарование и желание скрыть своё отрицательное отношение; все жесты, связанные с прикосновением рук к лицу, — защита рта рукой, иногда притворное покашливание, свидетельствуют о лжи; говоря неправду, зачастую оттягивают воротник рубашки (если это заметил следователь или оперативный работник, необходимо попросить уточнить ответ на поставленный вопрос); г) скрещивание рук на груди — оборонное

или негативное состояние человека, его несогласие с услышанным; д) кисти рук, зажатые в кулак, свидетельствуют о враждебности. Люди, которые скрещивают руки, ноги, защищаются, стесняются, нервничают.

Имеется ещё значительное количество телодвижений, которые передают состояние человека в данный момент, их следует изучать и использовать в расследовании преступлений [8].

Самые точные и открытые из всех сигналов человеческой коммуникации передаются с помощью глаз, так как они занимают центральное место в человеческом организме. Зрачки ведут себя полностью независимо: при возбуждении зрачки увеличиваются в 4 раза, при мрачном же настроении — сокращаются. По данным Адлана Пиза, наибольшая информация поступает через органы зрения — 87%, 9% — через слуховой анализатор и 4% — через другие органы чувств. Информация несёт не только то, что сказано, но и то, каким тоном, в сопровождении какого жеста, в какой связи с предыдущим [8].

В процессе расследования преступлений следователи, оперативные работники и судьи постоянно встречают противодействие со стороны подозреваемых, обвиняемых, подсудимых и их родственников, которые, давая показания, часто лгут. Распознавание ложных показаний считается одной из основных проблем в процессе расследования. Со времён глубокой древности и до наших дней у некоторых криминалистов и психологов наблюдается тенденция к отысканию некоего универсального индикатора на ложь, средства её безошибочной экспресс-диагностики. В развитие указанного направления высказано множество идей, которые при кажущемся разнообразии представляют собой лишь различные течения психодиагностического подхода. В основе данного подхода лежит концепция о диагностическом эффекте различных элементов поведения допрашиваемого.

Утверждалось диагностическое значение наблюдения, регистрации и изменений отдельных психофизиологических реакций, отражающих изменение эмоционального состояния допрашиваемого — тремора рук, мимики, частоты пульса, состояния дыхания, давления и т.д. Известны попытки диагностировать ложь по некоторым психологическим и самотическим параметрам речевого поведения допрашиваемого — паузам, интонациям, частоте встречаемости отдельных слов и т. п. [7, с.78-85].

На основе наблюдения за поведением допрашиваемого и данных различного рода психологических испытаний предлагалось оценивать достоверность показаний свидетелей. Такие авторы, как

Варендонк, Марбе, В.Штерн, А.С.Тагер, Я.А. Конторович, А.Е. Брусиловский и другие, считали, что решение вопроса о достоверности показаний свидетелей должно быть отнесено к компетенции судебно-психологической экспертизы. Улики поведения подозреваемого, «указывающие» на недобросовестность, выделялись с древних времён, они достаточно подробно описаны проф. Л. Владимировым в работах «Учение об уголовных доказательствах» и «Психические особенности преступников по новейшим исследованиям» [3].

Ложь и правда — это этические и правовые понятия, и никакими приборами их зарегистрировать нельзя. Лжец прибегает к определённым законам мышления, логики. Ложь не оставляет следов в памяти, именно поэтому она может быть вскрыта, разоблачена. В психологии рассматривают три основных приёма лжи: а) исключение (умолчание) отдельных элементов события и фактов; б) дополнение (сообщение) события вымышленными элементами; в) замена всего события (сообщение) или отдельных его элементов, фактов другими событиями, элементами, фактами, вымышленными или реальными. Рассматривают 17 форм лжи; вот некоторые из них: сокрытие (умолчание) подлинных фактов; отрицание (сообщение) подлинных фактов; утверждение (сообщение) вымышленных фактов; сокрытие (умолчание) одних и опровержение (сообщение) других подлинных фактов; опровержение (сообщение) подлинных и утверждение (сообщение) вымышленных фактов и др. [5].

Наиболее распространённой является так называемая трёхструктурная ложь, когда лгущий мыслит по следующей схеме: он берёт действительно существующее событие и выделяет в нём правду, которую можно сказать следователю, и правду, которую нужно скрыть от следователя, подготавливает вымысел, которым нужно заменить скрываемую правду. Лгать нелегко, так как при этом человек нарушает законы памяти, но разоблачить ложь возможно путём активного ведения допроса — постановки значительного количества вопросов, относящихся к установлению истины. Отвечая на поставленный вопрос, лгущий должен решать, что сказать, что скрыть и чем заменить скрываемую правду. Допрос в активной форме, как правило, приводит к дезорганизации психических процессов, поскольку лгущему трудно удерживать в памяти ответы на предыдущие вопросы и он вынужден признать, что лжёт.

Ложь условно может быть разграничена на активную и пассивную. Активная — это когда лгущий пытается представить лжедоказательства, заранее подготовленных лжесвидетелей, т.е. активно защищается от предъявленного ему обвинения, искажает действительно происшедшие события. Пассивная ложь — это умолчание,

когда, лицо не желает давать показания и вступать в контакт с допрашиваемыми лицами. Установлено, что пассивная ложь разоблачается значительно реже, чем активная. Такая форма поведения типична для лиц, неоднократно привлекаемых к уголовной ответственности, агрессивных, понимающих, что любая данная ими информация может быть использована против них.

Поведение виновного характеризуется господством оборонительной доминанты — максимального очага нервного возбуждения [1, с.13-30]. Возникновение такого очага обусловлено стремлением уклониться от ответственности, попыткой виновного утаить от окружающих свои переживания, не дать им проявиться вовне. Человек в таком состоянии старается подавить их, но происходит обратное — эти переживания не только не заглушаются, а обостряются, и возникает потребность поделиться тайной с кем-нибудь. На этой особенности человеческой психики основана оперативно-розыскная деятельность.

Закономерности психики человека требуют внесения изменений в ряд статей ныне действующего уголовно-процессуального законодательства. Так, в ст.175, УПК Украины гласит: «Опознающему предлагается указать предмет, который он должен опознать, и объяснить, по каким признакам он его опознал», а в протоколе предъявления для опознания (ст. 176) «...подробно указываются признаки, по которым опознающий опознал лицо или предмет». Психологами обращено внимание на то, что опознание человека человеком имеет разные психологические механизмы. Выделяют три типа опознания: а) симультанный (синтетический) — узнавание происходит в результате мгновенного совпадения образа с эталоном, хранящимся в памяти. При этом лицо не называет примет, по которым произошло узнавание; б) сукцессивный (аналитический) узнавание происходит путём выявления и сличения признаков предъявляемого объекта с чертами мысленного образа. В этих случаях потерпевший при воспроизведении сообщает рост, возраст, овал лица, цвет волос, иногда и цвет глаз, форму носа, подбородок и т.д.; в) сукцессивно-симультанный (аналитико-синтетический) объединяет в себе узнавание, характерное для предыдущих двух видов. Экспериментальные данные свидетельствуют о том, что наиболее распространённой и надёжной есть симультанная форма узнавания [9, с. 264-275].

Статья 194 УПК Украины «Воспроизведение обстановки и обстоятельств события» регламентирует проведение таких действий, которые практическими работниками оформляются как проверка показаний на месте и следственный эксперимент; последний в отечест-

венном Кодексе не имеет самостоятельной регламентации. Учитывая психологические особенности человека, считаем, что проведение следственных экспериментов, где проверяется субъективное состояние лица, неэффективно, так как в момент совершения преступных действий под влиянием стресса, фрустрации, страха, аффекта проявление психических процессов либо обостряется, либо притупляется и ввести лицо в то состояние, в котором оно находилось в момент проверяемого события, практически невозможно.

Список литературы: 1. Бахин В.П. Допрос: Лекция. - К., 1999. - 40 с. 2. Васильев В.Л. Юридическая психология. М. - Харьков-Минск: Питер 1998. 3. Владимиров Л. Психические особенности преступников по новейшим исследованиям. - М.: Универ. тип. М. Коткова, 1877. - 65 с. 4. Еникеев М.И. Основы общей и юридической психологии. - М.: Брист, 1996. 5. Закатов А.А. Ложь и борьба с нею. - Волгоград, 1984. - 114 с. 6. Коновалова В.Е. Допрос: тактика и психология: Учеб. пособие. - Харьков: Консум, 1999 - 157 с. 7. Коновалова В.Е. Правовая психология: Учеб. пособие. - Харьков: Консум, 1997. - 159 с. 8. Пиз Аллан. Язык телодвижений / Пер. с англ. - Харьков: Консум, 1996. - 204 с. 9. Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. - М., 1967. - с. 264-275. 10. Шепитько В.Ю. Допит: Наук.-практ. посібник - Харьков: Крим-Арт, 1998. - 33 с.

О.П. Буцан, канд. юрид. наук

ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАТЬ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ЕКОНОМІЧНИХ ЗЛОЧИНІВ

Під спеціальними знаннями розуміють пізнання, отримані завдяки спеціальній (професійній) освіті та досвіду роботи. Зміст їх використання полягає у виявленні, закріпленні, вилученні, дослідженні й оцінці ознак, що містять інформацію про факти, які необхідно встановити для розслідування злочину.

Особливе місце посідають спеціальні знання при розслідуванні економічних злочинів. Термін "економічні злочини" застосовується у практичній діяльності, так і в науковому обороті. Їх кримінологічне поняття дано А.М. Яковлевим [4, с. 50]. Відповідно до проблем формування методики розслідування поняття "економічні злочини" ("економічна злочинність") знаходимо в Г.А. Матусовського: це сукупність різноманітних видів навмисних посягань на економічні відношення, що охороняються законом, незалежно від форми власності й видів діяльності суб'єктів, виконуючих певні функції у сфері виробництва, обміну, обслуговування, а також осіб, пов'язаних з регулюванням такої діяльності й контролем за нею [2, с. 15].

Враховуючи поширеність, соціальну небезпеку, латентність

даного виду злочину, а також процесуальні й непроцесуальні форми використання, спеціальні знання при розслідуванні економічних злочинів можуть застосовуватися шляхом: а) отримання довідок і консультацій у фахівців; б) залучення фахівців до участі в слідчій дії (ст. 128-1 КПК України); в) документальних перевірок; г) інвентаризації; д) аудиторської перевірки; е) ревізії (ст. 66 КПК України); є) експертизи (ст. 75 КПК України).

Значно збагачують тактику перевірочних і слідчих дій при розслідуванні економічних злочинів консультації та довідки фахівців. Предметом консультації, наприклад, із фахівцем банківської справи може бути:

- а) з'ясування виду реквізитів і ступеня належності того чи іншого документу до фінансово-кредитної операції;
- б) механізм руху документів і фіксація їх як безпосередньо в кредитній установі, так і за її межами;
- в) порядок зберігання документів та умови одержання їх з місця зберігання;
- г) можливість використання технічних засобів для одержання або відтворення документів;
- д) роз'яснення знання одержання даних.

Результати консультацій оформлюються у вигляді довідок.

Оскільки розслідування економічних злочинів пов'язано з використанням документів бухгалтерського, економічного й статистичного обліків, а також з товарно-матеріальними цінностями, участь спеціаліста-бухгалтера, товарознавця, економіста під час виїмки, обшуку, огляду є обов'язковою як гарантія того, що будуть вилучені всі необхідні документи, які мають відношення до кримінальної справи, а також будуть забезпечені умови збереження речових доказів, у тому числі для відшкодування матеріальних збитків.

Суттєву роль відіграє допомога спеціаліста-криміналіста при огляді документів з метою виявлення слідів підробок і фіксації ознак матеріальної підробки. У деяких випадках при підготовці до допиту також необхідно звернутися за допомогою до спеціаліста-бухгалтера для належного сформулювання питань, підбору для пред'явлення необхідних документів, складання плану допиту. Участь фахівця фіксується в протоколі слідчої дії. Від нього ж не вимагається складання окремого документа і висновків щодо виявленого.

Часто зустрічається така форма участі фахівця в практиці розслідування економічних злочинів, як проведення інспектором територіальних податкових адміністрацій документальних перевірок дотримання законодавства про податки та неподаткові платежі до

бюджету.

У випадку виявлення фактів економічних злочинів оперативними підрозділами податкової міліції, МВС, СБУ, ці органи звертаються в письмовій формі до податкової адміністрації з мотивованим проханням провести документальну перевірку певного суб'єкта господарської діяльності. У проханні можуть бути сформульовані питання, які треба з'ясувати під час документальної перевірки. І хоча проведення останньої призначається керівником територіальної податкової адміністрації, обсяг дослідження встановлюється безпосередньо фахівцем, якому доручено проведення документальної перевірки.

При виникненні необхідності в документальній перевірці слідчий виносить постанову про її проведення, в якій коротко викладає обставини досліджуваної справи, підстави призначення перевірки, обов'язково називає орган, якому доручено її проведення й необхідні для вирішення питання. Сформулювати останні слідчому може допомогти саме фахівець. Результати перевірки викладаються в акті документальної перевірки і можуть бути використані для встановлення причин та умов учинення того чи іншого злочину даної категорії.

Сутність і правова природа документальної перевірки, ревізії, аудиторської перевірки та інвентаризації полягає в тому, що всі вони можуть використовуватися кримінальним судочинством, проте не є процесуальними діями, а інститутом адміністративного права і регламентуються його нормами. Здійснення останніх дій можливе тільки на підставі наказів керівників відповідних установ — податкової адміністрації, контрольно-ревізійного управління, суб'єкта підприємницької діяльності.

Для забезпечення достовірності даних бухгалтерського обліку та звітності підприємства чи установи може використовуватися інвентаризація майна підприємства та перевірка виконання фінансових зобов'язань для встановлення фактичних залишків товарно-матеріальних цінностей і грошових коштів з наступним співставленням виявленого з документальними даними. З цією метою за вказівкою слідчого керівник підприємства, установи призначає інвентаризаційну комісію з числа працюючих. Здійснення інвентаризації можливо як до порушення кримінальної справи, так і після цього. Результати інвентаризації фіксуються у порівняльних відомостях й інвентаризаційному описі, поясненнях посадових осіб щодо виявлених недоліків, а також у висновках інвентаризаційної комісії.

Зростання економічної злочинності й змінення її структури викликали нагальну потребу розробки нових, універсальних підходів

до розробки методів виявлення й аналізу цього виду злочину, що характеризується досить високим рівнем латентності.

Так, факти економічних злочинів на об'єктах господарювання можуть бути виявлені за допомогою аудиту, тобто перевірки аудитором публічної бухгалтерської звітності, обліку первинних документів та іншої інформації про фінансово-господарську діяльність суб'єкта підприємницької діяльності з метою встановлення достовірності їх звітностей й обліку, їх повноти й відповідності чинному законодавству та встановленим нормам. У разі необхідності орган розслідування, як користувач бухгалтерської звітності й замовник проведення аудиту, може встановлювати обсяг і напрямок аудиторської перевірки. результати останньої викладаються в аудиторському висновку.

Важливою формою використання спеціальних знань при розслідуванні економічних злочинів є перевірка ревізором за вимогою й відповідності до поставлених завдань слідчого законності й доцільності фінансово-господарської діяльності суб'єкта підприємницької діяльності. Дослідження слідчої практики показує, що незрідка ревізію розглядають як кримінально-процесуальну дію і на неї поширюються деякі норми кримінально-процесуального права, які її зовсім не стосуються. Кримінально-процесуальний кодекс України не називає такої кримінально-процесуальної дії, як ревізія. Він передбачає лише право слідчого вимагати її здійснення (ст. 66 КПК України). А вимога породжує процесуальні правовідносини між слідчим і посадовою особою, яка уповноважена призначати ревізію. При цьому посадова особа не тільки її призначає, але й забезпечує її проведення і подання потім слідчому відповідного документа — акта ревізії.

Проведення ревізії, інвентаризації, аудиторської перевірки, документальної перевірки за вимогою слідчого — це спосіб збирання доказів. У результаті проведення всіх цих дій слідчий одержує документи, які згідно зі ст. 65 КПК України як джерела інформації належить до розряду "інших документів".

Найчастіше застосовується судова експертиза, яка вважається однією з головних форм використання спеціальних знань при розслідуванні економічних злочинців, коли виникає необхідність у дослідженні певного кола документів. При вивченні слідчої практики розслідування цього виду злочинів встановлена поширеність таких експертиз, як почеркознавча, техніко-криміналістична та ін. Проте домінуюче становище займають судово-економічні експертизи — бухгалтерська та фінансова. Судово-економічна є найбільш типовим класом експертиз у методиці розслідування економічних злочинів.

При побудові типової системи судових експертиз, які належать до цього класу, необхідно виходити з того, що, хоча судово-бухгалтерська експертиза залишається одним із поширених видів, необхідність повного та своєчасного розкриття й розслідування економічних злочинів потребує проведення й інших експертиз. Треба окремо виділити фінансово-економічну експертизу, що проводиться для з'ясування питань фінансування, кредитування, виконання правил нарахування податків, відрахувань від прибутку та інших платежів, а також виявлення можливих порушень у цих сферах діяльності.

На нашу думку, є всі підстави для формування питання про розробку експертизи банківсько-математичного плану, в основі якої лежить економіко-криміналістичний аналіз, заснований на вивченні масивів техніко-економічних та фінансових показників, що контролюють об'єкти, та відшуканні в них слідів та ознак злочинів, які проявляються у порушенні стійких нормально існуючих взаємозв'язків між показниками. (У математичній економіці ці зв'язки знаходять своє відбиття у вигляді виробничих функцій). Не принижуючи переваги цього підходу (а він дійсно підтвердив свою ефективність), слід відзначити надзвичайно великий обсяг пов'язаних з ним робіт та підвищення вимог до експертів, які обов'язково повинні бути висококваліфікованими фахівцями — економістами, бухгалтерами, аудитором тощо.

Розвивається експертиза математично-криміналістичного плану, в основі якої лежить метод факторного аналізу як один із найбільш досконалих і прозорих підходів до статистичних даних [1, 3]. Методами факторного аналізу можна вирішити цілу низку проблем, які представляють неабиякий інтерес. По-перше, відшукування прихованих, але об'єктивно існуючих зв'язків, що визначаються впливом внутрішніх або зовнішніх чинників на процес, що вивчається, наприклад процес кредитування. Порушення стійкості таких зв'язків — то вже сигнал для особливої уваги. По-друге, стиснення інформації шляхом описання процесу за допомогою загальних чинників (або головних компонентів), кількість яких значно менша кількості вихідних ознак. Звичайно, слідчому значно простіше проаналізувати навіть приблизно декілька показників, а не декілька їх десятків. По-третє, виявлення й вивчення ознак статистичного зв'язку показників із загальними чинниками (головними компонентами) дозволить з'ясувати, вплив яких зовнішніх чинників призвів до порушення. По-четверте, методами факторного аналізу можна прогнозувати розвиток процесу, який вивчається.

Результати експертизи фіксуються у висновку експерта. Проте судова експертиза як слідча дія не може проводитися до по-

рушення кримінальної справи, що значно ускладнює процес розслідування. Як вбачається, є підстави для внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо проведення деяких експертиз, наприклад судово-медичної (для встановлення причини смерті) і судово-економічних експертиз до порушення кримінальної справи. Адже встановлення слідів — ознак економічних злочинів неможливо лише за допомогою такої слідчої дії, як огляд, тому що для їх виявлення потрібен процес дослідження фахівцем певних носіїв інформації.

Список літератури: 1. Бандурка А.М., Червяков И.М., Посылкина О.В. Финансово-экономический анализ: Учебник. — Харьков: Ун-т внутр. дел, 1999. — 394 с. 2. Матусовский Г.А. Экономические преступления. Криминалистический анализ. — Харьков: Консум, 1999. — 477 с. 3. Матусовский Г.А., Бодянский Е.В., Плисс И.П. и др. Выявление скрытых хищений // Вопр. выявления признаков латентных хищений с помощью математических моделей: Сб. — М.: 1981. — С. 71-75. 4. Яковлев А.М. Социология экономической преступности. — М.: Наука, 1988. — 256 с.

Н.П.Осипова, доктор філософських наук

СОЦІАЛЬНІ ЗАСАДИ ЗАГОСТРЕННЯ ПРОБЛЕМ ЗЛОЧИННОСТІ В УМОВАХ РИНКОВОЇ ТРАНСФОРМАЦІЇ

Творцем фактичних дій, які можуть бути оцінені правом, є включена у певну систему соціальних відносин особистість. Саме вона породжує об'єктивну й суб'єктивну сторони права як певну реальність. З огляду на це керівним принципом, що визначає місце соціальних аспектів попередження і боротьби зі злочинністю, слід вважати визнане світовою правовою й соціологічною наукою положення про те, що право здійснюється в соціальному контексті і може бути зрозумілим і реалізованим лише в цьому контексті [7, с. 220].

При діяльнісному, а не абстрактному підході до права виявляється, що рушійною силою фактичного стану його об'єктивних і суб'єктивних сторін є люди з їх безмежним різноманіттям особистих якостей і певними типами якостей соціальних [10; 7], з чого випливає можливість учинення злочинів. Злочин — це примусове, насильницьке руйнування об'єктивної й суб'єктивної сторін права. Об'єктивна сторона являє собою відношення між суб'єктом правових дій та їх об'єктом (предметом спрямованості), а суб'єктивна — це особистісні сприймання права, внутрішні джерела правової волі суб'єкта [2, с. 141]; й обидві вони у більшості випадків руйнуються під впливом певних соціальних імпульсів.

Але злочин є не лише руйнуванням права, він є також руйнуванням відносин між людьми [3, с. 96]. Ця обставина і є глибинним витокком оціночних суджень про значення соціальних засад протиправної поведінки, оскільки на практиці не існує таких відносин, які б знаходилися поза соціальним контекстом. З оглядом на це проаналізуємо поширеність і характер злочинних дій, виявлених у соціологічному дослідженні злочинності та її витоків, яке було проведено в 1998 р. соціологічною лабораторією кафедри соціології і політології Національної юридичної академії України.

При оцінці поширеності злочинності індикаторами були взяті її найбільш типові в сучасних умовах форми: згвалтування або спроби його; побиття (нанесення тілесних пошкоджень); крадіжка; обман і шахрайство; обрахування й обважування; інші злочини. Характеристикою типу поведінки і схильності до неї обрана загальна кількість злочинів, учинених проти опитуваних та членів їх сімей, у тому числі кількість злочинів, учинених двічі. Обрання тих показників, які пов'язані із сім'єю, є, на наш погляд, цілком виправданим. По-перше, у межах сім'ї існує, як правило, повна й неприхована інформація про вчинені стосовно її членів злочини, навіть такі, які щодо себе респондент міг і не сказати (наприклад, згвалтування). По-друге, сім'я порівняно з окремою особистістю має більше соціальних контактів, що в даному випадку дуже важливо. Якщо зважити також на те, що шляхом випадкового вибору в різних регіонах України було опитано всього 242 респонденти, то репрезентативність дослідження є достатньою. Характер виявленого поширення злочинів має такий вигляд:

Характер злочинів	Кількість злочинів, учинених проти опитуваних та членів їх сімей	
	Всього (в % до опитаних)	Двічі й більше (в % до постраждалих)
1. Згвалтування або спроби його	2,6	64,9
2. Крадіжка	29,2	46,1
3. Нанесення тілесних пошкоджень, побиття	15,3	31,3
4. Обман, шахрайство	46,7	60,2
5. Обрахування, обважування	80,1	91,1
6. Інші злочини	3,7	-

Вивчення соціальних характеристик, умов виникнення різних типів злочинів, а також динаміки їх змін — одна з основоположних передумов науково обгрунтованого впливу як на ефективність їх попередження, так і на вибір шляхів нейтралізації злочинної діяльності. Розглянуті під цим кутом зору наведені дані дозволяють зробити декілька висновків.

По-перше, сукупність таких злочинів, як обрахування й обважування, обман і шахрайство, крадіжка, має яскраво виражену об'єктивно антиринкову спрямованість. По-друге, високий ступінь поширення зазначених злочинів може бути оцінений не лише як один із наслідків кризової соціальної ситуації, але і як фактор, стимулюючий виникнення її. По-третє, надзвичайно високий рівень повторення злочинів двічі й більше (понад 90% щодо обрахування й обважування і понад 60% щодо обману й шахрайства) свідчить, що такі злочини стали своєрідною нормою і що викорінення їх — це складна не тільки правова, але й соціальна проблема. По-четверте, подібна масовість не може бути наслідком лише випадкового збігу обставин; вона породжується і правовими причинами, й обставинами соціального характеру.

Першим кроком у подоланні кризових антиринкових тенденцій у розвитку злочинності є дослідження їх соціальних витоків. Основний напрямок такого дослідження в суспільстві ринкових відносин, тобто в суспільстві, яке значною мірою сформувалося в Україні, — це методологічне вивчення протирічної єдності тих сторін суспільних відносин, які, з одного боку, стимулюють в останніх ефективну діяльність, ініціативу, рівноправність, відкривають багатогарні можливості діяльності, а з другого — створюють певне соціально-психологічне підґрунтя для злочинної спрямованості.

Наприклад, у процесі ринкової трансформації суспільства складається специфічна соціальна й соціально-психологічна ситуація, коли виникнення певних категорій злочинів сприймається населенням як щось звичайне й припустиме. Це призводить до недооцінки й безпорадності перед такими, зокрема, злочинами, як обдурювання й шахрайство, у зв'язку з чим вони й набувають масового характеру. Соціальна сутність такої ситуації полягає в тому, що населення, опинившись в умовах ринкових реальностей, соціально-психологічно їх не опанувало. Воно ще не досягло розуміння того, що останні, крім нових можливостей розвитку ініціативи й підприємництва, містять у собі потенціальні можливості вчинення злочинних дій — організацію фіктивних фірм, акціонерних товариств, оголошення фіктивного банкрутства тощо.

Така соціально-психологічна ситуація є дуже поживним се-

редовищем для зловживання довірою, шахрайства, обдурювання, залякування, підробки, що здійснюються реальними прототипами телевізійного Льоні Голубкова. У Харкові, приміром, широкої відомості набула справа компанії "Енграм – Відень – Харків", яка не гребувала навіть тим, що видурювала валютні компенсації у в'язнів фашистських концтаборів.

Якщо оцінювати одну з тенденцій розвитку злочинності в Україні в сучасних умовах (що має першорядне значення для підвищення ефективності законодавчого процесу й практичної діяльності у боротьбі з нею), то із соціальної точки зору вона визначається тим, що ринкова трансформація суспільства в умовах, коли принципи нормального ринкового спілкування ні соціально, ні психологічно не опановані ані населенням, ані значною частиною бізнесу, створює сприятливе підґрунтя для злочинних прагнень. Усе це означає надзвичайну актуальність проблем розширення поля правової соціалізації особистості й удосконалення її механізму. Рушійною силою цього вдосконалення можуть бути лише нові соціально-правові цінності. А ланками, які опосередковують вплив суспільства й держави як суб'єктів правової соціалізації, – право й інформаційне забезпечення можливостей користування ним. Найголовніше, що відповідно до природи народжуваного в Україні суспільства, безпосередніми суб'єктами правової соціалізації виступають усі члени суспільства, бо саме вони трансформують правовий вплив держави й суспільства у власний досвід.

Однак розглянутий підхід до питання про загострення проблем злочинності при ринковій трансформації суспільства не вичерпує всіх його аспектів. І головним є те, що не всі причини цього процесу можуть бути пояснені лише трансформаційним, транзитним характером суспільних перетворень. Порівняння характеру злочинів в Україні та інших країнах яскраво свідчить про це.

Візьмемо, наприклад, проблему корупції, яка стала для України справжньою соціальною трагедією. Це явище не національне; існує воно навіть у такій країні, як Німеччина, де річний розмір хабарів у 1996 р. становив 7 – 8 млрд. німецьких марок [7, с. 111]. Найтипівішими видами корупції тут були ті ж, що й в Україні: зловживання посадовим становищем з метою збагачення, дії в межах службових повноважень, але на користь певних конкретних юридичних чи фізичних осіб; сприяння недобросовісній конкуренції; продаж або розголошення конфіденціальної комерційної інформації; некоректна поведінка депутатів усіх рівнів.

Подібність тенденцій розвитку корупції свідчить, що соціальні причини цього явища слід шукати не лише в особливостях того

періоду соціальної трансформації, який зараз переживає Україна, а в більш глибоких процесах, а трансформація лише загострює їх. Можливість різних альтернатив соціальної поведінки, договірний характер діяльності, надзвичайна різноманітність інтересів, висока питома вага саморегульованих соціальних та економічних відносин, у які зовнішнє втручання неможливе, — усі ці особливості суспільства ринкових відносин виступають сприятливим підґрунтям для особливого типу злочинів, які умовно можна назвати латентними і найбільш яскравою формою яких виступає тіньова економічна діяльність. Але така діяльність — явище глобальне, притаманне не лише Україні. За підрахунками фахівців кримінальна частка неофіційної, тіньової економіки складає понад 50% [4, с. 27].

Із наведених вище міркувань випливає, що причини загострення проблем злочинності при ринковій трансформації суспільства криються в ринковому змісті цих перетворень не в меншій, а можливо, й у більшій мірі, ніж в трансформаційній їх формі.

Загострення будь-якої соціальної проблеми своїм джерелом завжди має виникнення протиріч, які криються в її основі. Що стосується злочинності в умовах ринку, то рух її можна пояснити змінами гостроти двох типів протиріч.

До першого типу належать протиріччя між прагненням до максимуму досягнень, які в умовах ринкових відносин формально доступні всім, і об'єктивною неможливістю досягти такого максимуму всіма. Дане протиріччя полягає в тому, що реальні можливості соціальних досягнень обмежені й розподіляються нерівномірно, а бажання досягти їх з соціально-психологічної точки зору діє рівномірно й повсюдно, що впливає із самого принципу формальної правової рівності між людьми, притаманного суспільству з ринковими відносинами.

Субстанціонально визначеним шляхом вирішення цього протиріччя є конкуренція. Але це шлях дуже важкий своїми вимогами до людини, тому одним з методів вирішення зазначеного протиріччя інколи обирається злочин, бо він не зважає на об'єктивні можливості й суб'єктивні вимоги, а насильницьки й протиправно передає злочинцеві ці можливості, не визначаючи вже ніякі ринкові принципи й законні інтереси інших членів суспільства. Зазначене протиріччя виступає рушійною силою в механізмі задуму та здійснення корисливих злочинів, особливо злочинів економічних. Але це загальна постановка проблеми. Одна з фундаментальних проблем соціології злочинності полягає в тому, щоб відповісти на запитання: які саме конкретні види злочинів пов'язані із зазначеним протиріччям, які чинники впливають на його загострення і яким чином можна

якщо не “зняти” (повністю вирішити), то принаймні звести його до такого рівня, при якому воно не стимулювало б злочинні прагнення.

До другого протиріччя слід віднести протиріччя між соціальними цілями, які, на перший погляд, можуть бути цілком прийнятними і навіть корисними для суспільства, і методами їх досягнення. За умов фактичної нерівності можливостей, при недоліках законодавчої бази та правової системи суспільства виникає бажання вирішити це протиріччя шляхом використання протиправних послуг. У системі ринкових відносин останні набувають характеру товару й охоплюють сфери діяльності інколи в масштабах великих регіонів і навіть усього суспільства. Вивчення соціальних умов перетворення протиправних послуг, а потім і злочинів на товар, соціальних процесів, що ініціюють і визначають формування суб'єктів купівлі-продажу злочинів і суб'єктів, які соціально нейтралізують їх діяльність, сегментація цього своєрідного ринку, — це другий фундаментальний напрямок дослідження соціальних аспектів боротьби зі злочинністю в системі ринкових відносин.

Соціальний аспект послаблення кримінальної ролі протиріччя набуває вирішального значення в умовах формування соціальних цінностей, які породжуються ринковими відносинами, в тій соціальній атмосфері, яка існує в Україні. Стратегічним шляхом такого послаблення є, по-перше, цілеспрямоване подолання правовими методами будь-яких дій, соціально обмежуючих повноцінне ринкове визнання кожного різновиду корисної діяльності, а по-друге, надання такому подоланню пріоритетного характеру порівняно з іншими напрямками втручання права в соціальне життя. Необхідність і значення цього шляху обумовлено хоча б тим, що за даними зарубіжних соціологів здатні “робити гроші” (і роблять їх) 7–8 % самодіяльного населення, а інші просто працюють, зважаючи на ринкові відносини і виступаючи водночас основоположними суб'єктами всього правового поля суспільства. Це означає, що просто працююча категорія людей і є соціальним підґрунтям посилення або послаблення розглянутого протиріччя.

Що ж стосується соціального змісту цих протиріч, то всі вони в решті решт замикаються на питанні власності. З методологічної точки зору це обумовлено тим, яке місце займає власність у цій системі практичних правовідносин. Адже власність — це зовнішня сфера свободи людини, у тому числі свободи правової. Саме в тому, що особистість втілює свою волю в певну річ і вимагає визнання такого втілення через право, і полягає поняття власності [2, с. 109]. Отже, проблема власності виступає центральним пунктом соціального аспекту природних прав людини. Право володіти, користуватися й

розпоряджатися своєю власністю згідно з Конституцією України передусім всім соціальним правам людини [6, с. 18]. З власністю пов'язані найглибші мотиви соціального вибору й соціальної поведінки в будь-якій ситуації, у тому числі й у криміногенній. В основі соціальних відносин ринкового типу лежить приватна власність. А оскільки вона є формою об'єктивізації волі людини [2; с. 104], то з нею пов'язані мотиви і законослухняної, і злочинної соціальної поведінки. Тому особливості формування приватної власності, що склалися напередодні і в умовах соціальної трансформації, можна розглядати як основоположну соціальну засаду загострення або послаблення проблем злочинності.

На даний час склалася така система соціальних відносин, яка базується на "перегорнутому" співвідношенні влади і власності [3; с. 29]. Головним джерелом такої перегорнутості, на наш погляд, є те, що формування власності мало і поки що має не діяльнісний, а "пожалуваний" характер. Власність не створювалася, нею наділяли, її "жалували", і ці тенденції в прихованій формі перенесені й у наш час. Але будь-яка система відносин, в основі якої лежить ефективність влади і владного відчуження, а не власності як наслідку діяльності, породжує негативні соціально-правові наслідки, головними з яких є, по-перше, переростання латентних конфліктних тенденцій у відкриті, а по-друге, — ініціювання кримінальними структурами негативної соціальної енергії з важкими людськими втратами.

Визначальним шляхом подолання негативних тенденцій у розвитку злочинності в умовах ринкової трансформації є створення такої законодавчої і правової системи, кожна ланка якої мала б чітко визначену соціальну орієнтацію [10; с. 114]. Основою такої орієнтації є забезпечення соціально-правових умов для подолання кризових явищ, що виникли в процесі соціальної трансформації, і для прогресу суспільства.

За оцінками незалежних зарубіжних експертів в Україні не було таких об'єктивних чинників, які робили б неминучими економічну кризу й різке зниження рівня життя населення. З 1990 р. країна мала надзвичайно сприятливі умови для здійснення ефективних ринкових перетворень і входження в ХХІ століття в коло країн з високим рівнем життя. Експерти, наприклад, зазначили, що потенціал агропромислового комплексу України за умови його структурної перебудови та реформування власності на землю здатний задовольнити потреби 400 – 450 млн. людей у продуктах харчування [1; с. 22]. Але на перешкоді використання цієї та інших можливостей стали суб'єктивні чинники, із яких є злочинність, що стимулюється протиріччями періоду ринкової трансформації суспільства.

Нейтралізація соціальних засад злочинності може стати найважливішою передумовою реалізації того потенціалу розвитку, який існує в Україні і на використання якого спрямовані економічні, соціальні та державно-правові перетворення. Однією з головних передумов цієї нейтралізації є вивчення соціальних передумов закономірності зародження й розвитку при ринковій трансформації рис осіб, які беруть участь у певних типах злочинів; соціальне підґрунтя і соціальні механізми формування типових для ринкових умов видів злочинної діяльності; діяльнісні, соціальні й соціально-психологічні шляхи нейтралізації впливу злочинного середовища на суспільство, а також соціальні механізми підвищення ефективності використання цих шляхів.

Список літератури: 1. Варналій З., Лукашенко А. Правове регулювання підприємництва в Україні // Право України. – 1997. – № 12. – С. 20-31. 2. Гегель Г.В.Ф. Філософія права: Пер. с нем. – М.: Мысль, 1990. – 524 с. 3. Голенкова З.Т. Гражданское общество в России // Соц. исследования. – 1997. – № 3. – С.25-36. 4. Дурдинець В. Боротьба із злочинністю має бути всеохоплюючою й ефективною // Право України. – 1998. – № 1. – С. 25-33. 5. Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание: Пер. с англ. – М.: Центр «Суд.-прав. реформа», 1998. – 352 с. 6. Конституція України. – К.: Юрінком, 1996. – 80 с. 7. Мейхью Леон. Социология права // Американская социология: перспективы, проблемы, методы / Под ред. Парсонса Т.: Пер. с англ. – М.: Прогресс, 1972. – С. 220-234. 8. Мельник М. Німеччина на шляху боротьби з корупцією // Право України. – 1997. – № 11. – С. 111-115. 9. Сташис В.В., Бажанов М.І. Шляхи оновлення кримінального законодавства України // Вісн. Акад. прав. наук. – 1993. – №1. – С. 112-121. 10. Шемшученко Ю. Теоретичні проблеми формування правової держави // Право України. – 1995. – № 12. – С. 7-10.

О.М. Сахань, канд. соціол. наук

РОЛЬ ПОЛІТИКО-ПСИХОЛОГІЧНИХ ЧИННИКІВ У ПРОЦЕСІ ЗАКОНОТВОРЕННЯ

Законотворення — складний процес, який виникає й розвивається під впливом багатьох чинників, у тому числі політико-психологічних, що домінують у політико-правових відносинах суспільства. Від змісту та своєчасності тих чи інших законів багато в чому залежить життя суспільства і кожної окремої людини. Створення законів, тобто нормативно-правових актів з ключових питань суспільного та державного життя, відбивається свідомо й цілеспрямовано. Природно, що при цьому відбиваються інтереси й законодавця, у тому числі корисливі.

Закон — це насамперед текст, припис, наказ робити або не

робити щось. Він створюється під впливом суб'єктивних чинників, пов'язаних із розвитком психічних якостей законодавців, їх менталітетом, і свідомістю, освітою, життєвим досвідом, професійними навичками, місцем у політичному житті даного суспільства, а також і особливостями їх зв'язків із політичними інститутами, системою влади в цілому тощо. Однак виникнення і зміст будь-яких законів пов'язано не лише з індивідуальними рисами їх авторів, а й з *об'єктивними умовами* суспільного життя — політичними, економічними, соціальними, духовними та іншими, які разом із суб'єктивними утворюють ланцюжок чинників законотворення, де політико-психологічні відіграють важливу роль.

Щоб виявити, які ж саме чинники утворюють групу політико-психологічних, і з'ясувати механізм їх впливу на законотворення, треба простежити взаємодію тих соціальних систем, у межах яких так чи інакше вони виявляються й діють. Серед цих систем головними є *політика і право, закон і право, політика і закон*.

Політика і право — це дві важливі підсистеми соціально-політичної організації. Саме в політичному просторі відбувається їх певне поєднання в єдину систему, тобто політика і право розвиваються з урахуванням одне одного. Політична організація завжди спирається на право, навіть коли це право на одноособову владу. У демократичній політиці воно стає визначним інститутом; сучасну державну іноді розуміють як правову.

Політика, як організаційна, регулятивна і контрольна сфера життєдіяльності суспільства, спрямована головним чином на досягнення, утримання й реалізацію влади індивідами й соціальними групами задля здійснення власних запитів і потреб. Для досягнення суспільного співіснування, забезпечення реалізації провідних інтересів існуючих груп і прошарків суспільства, збереження цілісності всіх його елементів використовується сукупність дій, заходів, установ, органів, але в першу чергу право.

Право являє собою систему встановлених або санкціонованих державою загальнообов'язкових правил (норм) поведінки, які виражають волю домінуючої в суспільстві частини населення, спрямовані на врегулювання суспільних відносин відповідно до цієї волі, дотримання й виконання яких забезпечується цілеспрямованою діяльністю держави шляхом як переконання, так і державного примусу. Інакше кажучи, право виступає в ролі регулятора поведінки людини, що відбиває міру її волі. Критерій цієї міри в різні історичні епохи й у різних народів був різним, так, у родовому суспільстві взаємини людей регулювалися на основі звичаїв, ритуалів, обрядів, традицій та ін. Їх порушення тягло за собою осуд і покарання всіма співпле-

мінниками.

З появою держави виникла необхідність у державно-владному регулюванні суспільних відносин за допомогою права. Спочатку роль державної влади зводилась переважно до санкціонування звичаїв, надання загальнообов'язкового характеру певним релігійним нормам тощо. Але постулово правотворча діяльність стає монополією держави, яка створює для цього спеціальні законодавчі органи та суди. Так виникли звичаєве право і прецедентне право. З цього часу тільки держава здатна забезпечити загальнообов'язковість соціальних норм у масштабах всього суспільства. Однак у рабовладницькому суспільстві право поширювалося тільки на вільних, у феодальному воно передбачало привілеї. Буржуазне суспільство знищило привілеї у праві, тобто зробило його рівним для всіх громадян.

Сучасне суспільство взяло в спадщину позитивні риси права, встановлені буржуазними революціями минулого. Особливий акцент було зроблено на так званому суб'єктивному праві, на правах людини. Право стало частиною політичного середовища, де особистість (громадянин) виступає як суб'єкт суспільних відносин і де інтереси держави й індивіда повною мірою співпадають. Таким чином, держава бере на себе обов'язки щодо себе й громадян, а громадяни погоджуються чи ні з правом певної держави, володіючи при цьому правами й обов'язками.

Отже, правова система створює правовий простір, який обмежує вольові й діяльні зусилля різних політичних суб'єктів, у тому числі й самих законодавців. У тому суспільстві, де політична структура складається тривалий час, право досить доволі відбиває реальність, виступає кристалізованою формою природного процесу. А там, де будується нова суспільно-політична структура (приміром, у пострадянській Україні чи Росії), право виступає формоутворюючим елементом. Якщо при створенні першого правового простору не враховувати соціальну психіку суспільства, сутність соціального характеру, народного духу, менталітет, психічний склад людей, недооцінювати їх соціальні й національно-етнічні особливості, можна очікувати виникнення масового невдоволення народу діями влади, навіть спровокувати формування почуття ненависті серед людей, що може викликати громадянську війну.

Результати досліджень сучасної політичної психології надають практичні рекомендації (перш за все владі), як запобігти цим негативним явищам у суспільстві. Заслуговує на увагу шкала виміру соціальної психіки суспільства запропонована О.А. Донченко [2, с. 122], за допомогою якої відкривається

можливість глибше осягнути сутність утворюючих її політико-психологічних компонентів. У шкалі визначено шість бінарних (подвійних) опозицій: екстраверсія — інтроверсія; екстернальність — інтернальність; інтуїція — сенсорика; раціональність — ірраціональність; стабільність — нестабільність; чоловіче — жіноче.

Якщо в психокультурі соціуму домінує одна з функцій — шкал, то з'являється відповідний характер, своєрідність соціуму — суспільства, спільності, особистості. Наприклад, бінарна опозиція шкали “екстравертованість — інтровертованість” характеризує певну установку й спрямованість на суспільно зразкову психіку, на довколишній світ, світ зовнішніх об'єктів, світ інших соціумів (екстраверсія) або на явища власного світу, внутрішні проблеми соціуму (інтроверсія). Так, Україну можна віднести до суспільств, орієнтованих на інтровертний стиль реакції, яким характерна передусім закритість (Англія, Австрія, Індія, Китай, Росія, Японія та ін.). Народи в них самобутні, здатні залишатися самими собою у будь-яких ситуаціях, влаштовують своє життя і побут відповідно до домінуючих у суспільстві тенденцій соціальної психіки. У реформах і нововведеннях такі суспільства зорієнтовані на внутрішні тенденції й традиції, потреби й інтереси; можливості й цілі в них ініційовані зсередини, їм притаманна здатність навчатися на власному досвіді народ у таких суспільствах порівняно спокійний, терплячий, миролюбивий. “Нехай буде гречка, аби не суперечка” або “Терпи душа — в раю будеш”, — кажуть українці. Українська терплячість більше тяжіє до неспішного завоювання внутрішньої свободи; кредо українця — “Моя хата з краю” та “Сам собі хазяїн”. Реформи в таких суспільствах відбуваються повільно, перемагає поступовість.

Для екстравертованих суспільств США, Франції, Польщі та інших держав властиві такі риси, як відкритість, динамізм, орієнтованість на об'єкти й об'єктивні дані, більш прямолінійний національний характер. Зразки для наслідування вони беруть ззовні, з інших соціумів і культур; дух неспокійний, але такий, що не утруднює себе заглибленою рефлексією. Народу притаманні любов до слави й зовнішнього самовираження, схильність до ризику й імпульсивність, висока культура спілкування й контактність.

Природно, що законодавцям із суспільств різної бінарної опозиції (інтровертованої й екстравертованої) як суб'єктам політико-правових відносин властиві ті психологічні риси, що домінують у психокультурі їх соціуму, той менталітет (сукупність певних психологічних якостей народу), що дає змогу по-своєму сприймати, усвідомлювати природне суспільно-політичне оточення і самих себе, що,

в свою чергу, впливає на зміст і дію законів, які вони створюють. Бо соціальна психіка суспільств різна. Явища й процеси політико-правової практики з надіндивідуального, надспільного вливаються у свідомість індивіда, певної спільності й відбиваються в їх сприйнятті, уяві, волі тощо, утворюючи самостійний психологічний аспект свідомості суб'єктів, який є відображенням політичного життя суспільства, процесу формування мотивів свідомості й діяльності людей, у тому числі законотворення.

Отже, у межах взаємодії політики і права діють головним чином такі політико-психологічні чинники процесу законотворення, як соціальний характер, народний дух, менталітет, політична свідомість, уявлення суб'єктів політико-правових відносин.

Закон і право є вираженням усезагальної волі народу, і тільки на цій усезагальності має бути побудований закон. Закони повинні бути знаряддям здійснення права. За їх допомогою, застосовуючи силу, людей примушують дотримуватися встановленого порядку. Проте дієвість та ефективність такого знаряддя залежить від того, наскільки адекватним (тобто відповідним праву) є закон.

Право виникло з потреби людей захистити себе від сваволі співплемінників, запобігти хаосу, який поширюється в суспільстві, якщо його члени керуються тільки принципом сили. Закон виник як самостійне джерело права ще в стародавні часи і прийшов на зміну правовому звичаю, тобто відбулася поступова "юридизація", кодифікація — вираження права в описаних законах. Юридичне право вважається відбиттям прав людини, зокрема її права на справедливість, рівність можливостей тощо. Разом з тим воно накладає на людей і зобов'язання, норми, додержання яких є необхідним для охорони прав інших.

Правові норми забезпечують державним примусом. Звичайно, правова норма (приміром, закон) не повинна суперечити моральним цінностям. І навпаки, її дія буде ефективнішою, якщо вона буде не лише зовнішнім чинником, регулюючим поведінку, але й придбає виправдання і увійде до внутрішнього світу людини як певна моральна установка. Але в суспільстві завжди виявляються люди, які ведуть себе протиправно, тому для гарантування рівності прав необхідна примусова діяльність держави. За допомогою держави праву надається загальнообов'язкове значення шляхом зведення його норм до закону. Усі люди мають бути рівними перед законом і однаково додержуватися правових норм. Правова норма має жорсткий механізм своєї реалізації: або ж людина живе за законом, або до неї будуть застосовані санкції з боку держави. правомірність поведінки індивіда встановлює спеціальна державна структура — суд. Гарантією

того, що в суспільстві будуть додержуватися права в цілому і прав кожної людини є правова демократична держава, яка повинна діяти в інтересах народу на підставі володарювання закону, поділу влади й визнання рівності й свободи за всіма учасниками демократичного процесу.

Правова держава являє собою своєрідну політичну організацію, підпорядковану праву, в якій діяльність її органів влади та посадових осіб ґрунтується на засадах конституційності й законності; ця діяльність підконтрольна незалежним судам, обмежена законами, якими керуються всі державні структури, чиновники й державні діячі.

Як уже зазначалося, держава обмежена законом. Відповідати принципам правової держави буде не будь-який закон. Закони встановлюються нею, і завжди існує небезпека прийняття такого з них, який буде суперечити інтересам населення і працювати на чиновників (як було це вже за радянських часів, особливо в сталінську епоху). Закону належить бути правовим, тобто гарантувати рівною мірою права й свободи усім громадянам держави.

У естві будь-якого державного закону закладені протиріччя, які викликають гостру політичну боротьбу в царині законотворення. З одного боку, вони мають задовольнити загальносуспільну потребу порядку й злагоди, а з іншого — завжди виражати волю пануючої в суспільстві верстви. Закон має бути відбиттям суспільного права й разом з тим сам може бути (і часто буває) його джерелом. Підґрунтя права — не у відносинах сили, корисливих інтересах чи в звичайному утилітаризмі; право базується на цінуванні людьми спокійного й керованого розумом спілкування із собі подібними. Прагнення до цього внутрішньо властиве кожній людині. Ось чому відмінні між себе люди потребують мати й підкорятися певним, однаковим для всіх суспільним нормам, вимогам, які опосередковують їхнє спілкування і взаємодію.

Таким чином, у взаємодії закону і права головними виступають такі політико-психологічні чинники законотворення, як потреби людей у захисті свого життя, майна та власності, бажання врегульованого суспільного життя, рівності всіх перед законом, усвідомлена згода підкорятися правовим нормам і законам, упевненість, що винних обов'язково буде притягнуто до заслуженого покарання.

Взаємодія політики і закону визначає ще деякі з політико-психологічних чинників законотворення. Прийняття законів — предмет гострої політичної боротьби, безпосередньо пов'язаної зі змаганням за державну владу. Адже закони, як і влада, можуть бути засобом упередженого задоволення, захисту чийось корпоративних

інтересів.

Оскільки закони формулюються людьми цілеспрямовано і відбивають якісь їх інтереси (іноді корисні), оскільки є певна навмисна двозначність їх змісту й тлумачення. Завжди існує можливість тлумачити закон як такий, що відповідає праву, нагальним потребам буття, навіть коли це не зовсім так. Політичне значення його певною мірою зумовлено ще й тим, що закон, будучи результатом свідомого формулювання, водночас може виконувати й правотворчу функцію, має певний правотворчий потенціал. Він встановлює таку норму поведінки людини, яка відповідає соціальній справедливості.

Законодавець впроваджує свою політику, створюючи закон як мистецтво можливого за відповідних соціально-історичних умов. Це може призводити до закріплення в суспільній практиці запропонованих ним норм і цінностей, якщо законодавцеві вдається відбити потреби часу, створити нове, відповідаюче потребам суспільства. Така властивість закону здатна породити ілюзію, боїмто все життя ґрунтується на юридичних законах, пробудити абсолютистські претензії законодавця.

Саме так сталося в Радянському Союзі, коли права людини сприймалися як похідні державного закону, норми, директивно видані владою, як "турбота" і "дар" держави. Перші п'ять років після Жовтневої революції 1917 р. Росія взагалі була державою революційної законності, коли замість правових законів правили ідеали революційної доцільності. Пізніше командно-адміністративна система затвердила розуміння права як юридично визнаної міри свободи ("дозволяється те, що визначено законами"), як вираження в законах державної влади пануючих у суспільстві економічних, політичних і соціальних інтересів. Сталося ототожнення права й закону, що породило ілюзію всесилля закону, директиви, наказу, постанови. Політику як галузь відносин і форму діяльності людей монополізувала верховна партійна влада, а пересічні особи, не розвиваючись політично, змирялися зі своїм становищем неpolітичних істот, зливалися й губилися в політичному процесі, перетворювалися на об'єкт і засіб політико-психологічного маніпулювання. Психологія жертвовності поширювалася й укорінювалася у свідомості мас.

В епоху тоталітаризму затверджувалася й заохочувалася психологія руйнування, а не творення. Вона ґрунтувалася на зовнішній соціально-політичній стабільності політичних структур, яка насправді не була такою; адже невдоволення народу життям, як правило, не виплескувалося назовні, а була закритим і заритим у собі. Відсутність самостійності мислення не сприяла опору тоталітарному політичному режиму. Отже, у народів колишнього СРСР склався

менталітет байдужості, що приймає всі структури на рівні політико-правового життя, відносини правління, керівництва. Затвердилося переконання, нібито варто лише прийняти хорошу постанову, закон, а далі вже само по собі виникне реальне право.

Відзначаючи різницю в ментальності радянських людей і громадян західних держав, Ф. Іскандер пише: "Західна людина не боїться начальства, але платою за це є повага до закону. Складася непомітна суспільна угода. Міцність її ґрунтується на взаємній вигоді додержання закону і властями, і громадянами.

Наша людина до останнього часу боялася начальства, але платою за це була неповага до закону там, де начальство цього не бачить. Це також суспільна угода. Власті без слів... домовилися з народом: кради, але не попадайся, зате ніколи не питай у начальника, чому він начальник... Щоб спрацювала нова психологічна установка, треба, щоб начальство саме навчилося поважати закони і підкорятися їм. Але це йому дається ще важче, ніж народові, тому воно ніяк не може звикнути до думки, що повинне сьогодні підкорятися своєму вартовому псу" [3].

Наслідком укорінення в суспільстві психології байдужості, псевдоколективізму, формального ставлення до політико-правових процесів замість очікуваного зміцнення закону виявилися девальвація, недійовість останнього, поширення правового нігілізму серед громадян. "Коли надто бажають перетворити закон на вираження волі більшості, забувають, що він має бути вираженням усезагальної волі" [4, с. 205]. До того ж нерозрізнення права й закону, переважання закону над правом стало однією з причин поширеного у пострадянських суспільствах конфлікту між гілками державної влади, підґрунтям політичного волюнтаризму.

В останні роки ментальність суб'єктів політико-правових відносин змінюється у зв'язку зі зрушеннями в масовій свідомості людей, спричиненими змінами в їх самосвідомості, в психології громади, у владі, в екології, в національному самопочутті, у формах спілкування тощо. Людська психіка внаслідок зростаючої політизації не відображає справді політичного. Психологія колективізму (точніше, псевдоколективізму) призводить до формальної участі у політиці й праві, породжує байдужість до політико-правових процесів. Некомпетентних державних діячів і політиків критикують, морально засуджують, але соціальні, екологічні, політичні та інші проблеми практично ніхто вирішувати не збирається.

Сучасну ментальність в українському суспільстві неможливо формувати на основі колишніх бюрократичних, нормативно заданих зверху підходів. Вона вимагає інших, заснованих на реальних

причинно-наслідкових зв'язках, на становленні мотивів, життєвих орієнтацій, на суверенності й самостійності кожної особи. І якщо, за словами М. Бердяєва, абсолютному є місце в душі політика, в суб'єкті, то в політиці воно неможливе [1, с. 214], як і в законах правової держави.

Отже, демократизація суспільного життя, реформування його на засадах лібералізму передбачає визнання того, що дії й рішення держави, її повноважних органів, у тому числі законодавчих, мають бути зумовлені проблемами життя громадського суспільства. Для діяльності законодавця важливо розуміння того, що в суспільстві, яке прагне панування вільного ринку в державі, не може бути цілковитої першості політики над економікою, законодавства над реальними нормами людських взаємин. Будь-який закон працює, доки він за-требуваний у суспільстві, доки існують знаряддя його реалізації.

Законодавець повинен враховувати політико-психологічні чинники об'єктивного й суб'єктивного характеру при створенні нового закону, чітко уявляти умови, що сприяють появі нового законодавчого акта, наслідки його реалізації. Прийняття закону має бути актом, який не тільки надає людям якість права, а й завершує об'єктивний процес формування права. Правова держава є головним фундаментом законотворення; створюється вона як необхідний елемент розвитку саме громадянського суспільства.

Для відповідно всієї системи законів сутності правової держави необхідно, щоб закони та інші правові акти державних органів не суперечили головним, тобто конституції. Людина, як громадянин держави, повинна мати певні права й обов'язки, які не можуть порушувати права та обов'язки іншої людини. Кожен громадянин вправі регулювати своє життя за принципом: "Дозволено все, що не заборонено законами". У правовій державі ніхто, крім суду, не має права визнавати людину винною в порушенні законів.

В Україні за чинною Конституцією закони приймаються Верховною Радою України або шляхом референдуму. Конституція містить перелік питань, які можуть вирішуватися виключно законами України. Існує спеціальна парламентська процедура проходження законопроектів, яка має такі стадії: законодавча ініціатива, обговорення проекту, його прийняття і введення в дію. За кожним законом, за кожною процедурою стоять законодавці — суб'єкти політико-правових відносин. Тому чітке розуміння умов, під впливом яких створюється кожний закон, врахування політико-психологічних чинників законотворення сприятиме появі дійсно правових законів, відповідаючих потребам суспільства, кожної окремої людини й сутності правової держави.

Список літератури: 1. Бердяев Н.А. Судьба России. – М.: Изд-во МГУ, 1990. – 256 с. 2. Донченко О.А. Концепція соціальної психіки суспільства // Філософ. і соціол. думка. – 1994. – № 1. – С. 118–158. 3. Искандер Ф.А. Письмо друзьям // Правда. – 1990. – 3 дек. 4. Рокар М. Трудиться с душой: Пер. с фр. – М.: Междунар. отнош., 1990. – 339 с.

З М І С Т

Матвєєва Т.О.	Самоврядування в Києві за магдебурзьким правом.....	3
Черниченко С.А.	Формирование местных Советов в Украине в годы нэпа (1921 – 1928 гг.).....	7
Рубаник В. Є.	Право власності на землю в Західній Україні наприкінці 30-х — на початку 40-х років ХХ ст.: окремі аспекти	12
Тодька Ю.Н., Серегин В.А.	К вопросу о методе конституционного права.....	19
Колісник В.П.	До питання про необхідність урахування національно-етнічного чинника в конституційно-правовому регулюванні.....	28
Кушніренко О.Г., Слінько Т.М.	Комітети Верховної Ради України і проблеми підвищення ефективності їх діяльності.....	36
Марцеляк О.В.	Становлення інституту Уповноваженого з прав людини в Російській Федерації.....	41
Спасибо- Фатеева И.В.	Некоторые подходы к понятию источников права: в порядке постановки проблемы.....	49
Лосица И.А.	О некоторых вопросах обеспечения исполнения обязательств с помощью залога.....	55
Ігнатенко В.М. Яроцький В.Л.	Конкурс у цивільному праві України.....	61
	Місце правових норм, що регулюють випуск та обіг цінних паперів, у системі цивільного права.....	68
Жилинкова И.В.	Раздел имущества супругов-предпринимателей.....	73
Светличная Г.А.	Акты правоприменения в стадии подготовки к судебному разбирательству дел особого производства.....	80
Удальцова И.В.	Предмет доказывания и доказательства по делам о признании гражданина ограниченно дееспособным и недееспособным.....	88
Баранкова В.В. Приляшко С.М.	Доказування в нотаріальному процесі.....	94
	Шляхи вдосконалення соціального законодавства.....	101
Гарашук В.М.	Сутність, принципи та гарантії законності.....	106

Битяк Ю.П.	Адміністративна юстиція і права людини.....	113
Червякова О.Б.	Деякі питання притягнення осіб до відповідальності за законом України “Про боротьбу з корупцією”	119
Шульга М.Г.	Поняття митного права	124
Настюк В.Я.	Митний закон як основна форма митного законодавства.....	131
Алисов Е.А.	О юридической природе частных денег.....	137
Кибенко Е.Р.	Офшорные компании: особенности правового статуса.....	141
Тютюгин В.И.	Некоторые проблемы применения наказаний, не связанных с лишением свободы, по действующему законодательству и в Проекте УК Украины.....	150
Кальман О.Г.	Щодо проблеми захисту законної підприємницької діяльності від насильницьких посягань.....	156
Навроцький В.О.	Угода між обвинуваченням і захистом у світлі деяких загальних питань теорії правозастосування.....	160
Погорецький М.А., Філін Д.В.	Дотримання прав та свобод людини і громадянина в оперативно-розшуковій діяльності.....	165
Толочко А.Н.	Верховенство права как принцип конституционного судопроизводства.....	174
Туманянц А.Р.	Спорные вопросы избрания меры пресечения — заключения под стражу.....	181
Митрохина З.И.	Психология в профессиональной деятельности лиц, занимающихся расследованием преступлений.....	187
Бушан О.П.	Використання спеціальних знань при розслідуванні економічних злочинів.....	195
Осипова Н.П.	Соціальні засади загострення проблем злочинності в умовах ринкової трансформації.....	200
Сахань О.М.	Роль політико-психологічних чинників у процесі законотворення.....	207

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

Випуск 42

Відповідальний за випуск проф. *М.І. Панов*

Редактор *Г.М. Соловійова*

Коректор *Н.Г. Залюбовська*

В сборнике печатаются научные статьи, посвященные актуальным проблемам правоведения: конституционного строительства, гражданского, административного, трудового права, проблемам борьбы с преступностью.

Расчитано на ученых, преподавателей, аспирантов, студентов и практических работников, интересующихся правовой тематикой.

Статьи в сборнике печатаются на языке авторов.

План 2000, поз.37.

Підп. до друку 14.03.2000. Формат 84x108^{1/32}. Папір друк. № 2.
Друк офсетний. Умовн. друк. арк. 12,8. Облік.-вид. арк. 13,73. Вид. № 1.
Тираж 300 прим. Зам. № 741. Ціна договірна.

Редакційно-видавничий відділ
Національної юридичної академії України
61024, Харків, вул. Пушкінська, 77

Друкарня
Національної юридичної академії України
61024, Харків, вул. Пушкінська, 77