

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ
імені ЯРОСЛАВА МУДРОГО

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

Республіканський міжвідомчий
науковий збірник

Випуск 48

Засновано в 1976 р.

Харків
2001

ББК 67Я5

П78

УДК 340(06)

Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2001. – Вип. 48. – 213 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; доц. В.М. Гарашук; проф. А.П. Гетьман; проф. В.В. Голіна; доц. Г.С. Гончарова; проф. І.М. Даньшин; проф. П.І. Жигалкін; доц. В.П. Жушман; доц. Д.В. Задихайло; доц. В.П. Колісник; проф. В.О. Коновалова; проф. Л.М. Кривоченко; доц. М.П. Кучерявенко; доц. І.Є. Марочкін; доц. О.В. Петришин; проф. В.К. Попов; проф. А.Й. Рогожин; доц. А.М. Стативка; проф. М.М. Страхов; проф. В.І. Тертишніков; доц. В.Д. Ткаченко; проф. Ю.М. Тодика; проф. М.В. Цвік; проф. В.О. Чефранов; проф. В.Ю. Шепітько; доц. В.Д. Яворський

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)

© Національна юридична академія України, 2001

З М І С Т

<u>Таций В.Я., Тодика Ю.М.</u>	Конституція України і проблеми становлення конституціоналізму в Україні.....	3
<u>Лосиця І.О.</u>	Деякі загальнотеоретичні аспекти функціонування інституту омбудсмена.....	11
<u>Лукаш С.Ю.</u>	Природа конституційного права громадян на об'єднання в політичні партії.....	17
<u>Колісник В.П.</u>	Право національно-етнічної самоідентифікації особи та проблема бінаціональності.....	28
<u>Борисова В.І.</u>	Індивідуалізація юридичної особи.....	35
<u>Яроцкий В.Л.</u>	Ценные бумаги как документы.....	43
<u>Игнатенко В.М.</u>	Понятие и условия возникновения обязательства по ведению чужих дел без поручений.....	48
<u>Загорулько Е.А. Бигун В.А.</u>	К вопросу о принципах залога Судебные доказательства и доказывание в международном гражданском процессе.....	55
<u>Гарашук В.М.</u>	Про взаємозв'язок права, законодавства й законності.....	63
<u>Настюк В.Я.</u>	Класифікація митно-правових норм: проблеми методології.....	72
<u>Алисов Е.А.</u>	Незаконные денежные операции в теневой экономике Украины.....	82
<u>Прилипко С.М.</u>	Деякі питання щодо змісту конвенції міжнародної організації праці № 102 про мінімальні норми соціального забезпечення.....	87
<u>Навроцький В.О.</u>	Деякі питання щодо змісту конвенції міжнародної організації праці № 102 про мінімальні норми соціального забезпечення.....	91
<u>Ярмыш Н.Н.</u>	Види та система принципів кримінально-правової кваліфікації.....	97
<u>Степанюк А.Ф.</u>	О месте причинной связи в системе признаков объективной стороны состава преступления.....	105
<u>Кальман О.Г., Дарноних Г.Ю., Лысодел А.В.</u>	Некоторые особенности уголовно-исполнительных правоотношений.....	114
<u>Погорецкий Н.А.</u>	Економічна безпека держави та шляхи її забезпечення.....	123
	Борьба с мошенничеством: исторический аспект.....	131
	Отдельное поручение следователя:	

<u>Толочко А.Н.</u>	проблемы законодательного регулирования и практика исполнения.....	138
	Проблемы применения в уголовном судопроизводстве ст. 5 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод.....	146
<u>Марочкин И.Е.</u>	Проблемы дисциплинарной ответственности судей.....	155
<u>Дудніков А.Л.</u>	Проблеми методики розслідування розкрадань, які вчиняються на підприємствах торгівлі.....	161
<u>Тарасов О.В.</u>	О рукописи курса “Право народов” (середина XIX в.).....	169
<u>Максимов С.И.</u>	Онтологическая природа права.....	175

Трибуна молодого вченого

<u>Зинченко Е.В.</u>	Состав и структура государственного совета России (1906-1916 гг.).....	184
<u>Плевако Н.В.</u>	О личных требованиях в производстве дел о банкротстве.....	191
<u>Зайцев А.В.</u>	К вопросу об аномальном аффекте в уголовном праве.....	196
<u>Верещинский Ю.А.</u>	Правовые механизмы защиты социальных и экономических прав человека по Европейской социальной хартии.....	201
<u>Климчук Ю.В.</u>	Міжнародне гуманітарне право і зброя масового знищення.....	205

УДК 342.4

В.Я. Тацій, *д-р юрид. наук., академік НАНУ,
Президент АПрНУ;*

Ю.М. Тодика, *д-р юрид. наук, академік
АПрНУ, Національна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ І ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ В УКРАЇНІ

Реалізація Конституції України 1996 р. не тільки вирішила, а й поставила чимало як теоретичних, так і практичних проблем державотворення, суттєво вплинула на становлення конституціоналізму в нашій країні на нових засадах, стала фундаментом реформування правової системи України на демократичних основах, ство-

рення якісно нової системи державного механізму. Конституція є не тільки актом держави, а й суспільства, його державно-правовою моделлю, чинником забезпечення законності та правопорядку, стабільності інститутів влади, необхідною умовою становлення правової державності, що базується на пануванні права, несприйнятті свавілля влади. За своєю сутністю вона є ліберальною, оскільки ґрунтується на ідеології природних і невідчужуваних прав людини, проголошених найвищою соціальною цінністю. Конституція України відповідає високим світовим і європейським стандартам, втілює у собі основоположні цінності світового конституціоналізму.

За роки дії Основного Закону в державно-правовій сфері України зроблено досить багато. Але ж між конституційною моделлю Української правової держави і посттоталітарною дійсністю є суттєві розбіжності. І це цілком природно, оскільки від тоталітарного політичного режиму, правового нігілізму неможливо миттєво перейти до правової державності. Ось чому в Україні конституційна модель ще залишається ідеалом. Звідси й витікає основоположне завдання сучасного українського конституціоналізму: сумістити конституційну модель з реальною практикою державотворення. Тому важливо проаналізувати як позитивні, так і негативні чинники, що впливають на реалізацію конституційних положень, визначитися з тим, як Конституція вплинула на становлення конституційного законодавства і правової системи України в цілому. Ця проблема є як методологічною, так і теоретичною.

Вважаємо за необхідне звернути увагу на те, що сьогодні в політико-правовій думці і в засобах масової інформації Конституція України 1996 р. інколи піддається критиці. Але ж при цьому не слід забувати, що саме вона в посттоталітарній Україні легалізувала приватну власність, проголосила юридичні гарантії прав та свобод людини і громадянина, конституційно встановила поділ влади. І це вже створює принципово іншу правову ситуацію в правовому полі України порівняно з антиправовим радянським політичним режимом. Цей Основний Закон України виходить з пріоритету прав людини, закріплює верховенство Конституції і пряму дію її норм, верховенство права, принцип народовладдя, ідеологічну, економічну й політичну багатоманітність, чим забороняє антиправову, антидемократичну, антилюдську ідеологію. Конституція проводить ідею незалежного правосуддя й судового конституційного контролю за діяльністю законодавчої і виконавчої гілок влади. Вона виконує консолідуючу роль щодо суспільства. Аналіз Конституції з позиції "людського виміру" дає підстави вважати, що вона повною мірою відповідає сучасним високим стандартам демократичної конституції. Її потенціал необхідно більш ґрунтовно використовувати в інтересах народу, кожної людини.

Основний Закон позитивно вплинув на становлення в Україні конституційного законодавства, що проявилось в наступних тенденціях. Конституція спрямована на забезпечення суверенітету України, становлення її як незалежної держави. Конституційне законодавство на сучасному етапі є деідеологізованим. В Основному Законі, як і в інших законодавчих актах, відсутні ідеологічні характеристики сутності Української держави, інститутів суспільного і державного ладу. Встановлюється, що жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова. Йде гуманізація всіх конституційно-правових інститутів, і центр ваги переноситься на забезпечення прав і свобод людини. Нормативна регламентація в конституційному праві України зорієнтована на врахування позитивного досвіду світового конституціоналізму, найважливіших демократичних цінностей (права людини, народний суверенітет, верховенство

права тощо).

Визначальною ознакою конституційно-правового регулювання в Україні на сучасному етапі є бурхливий темп законотворення. За роки незалежності прийнято понад тисячу законів. Позитивним у сучасному конституційному законодавстві країни є збільшення в ньому кількості процесуально-процедурних норм. Разом з цим ні їх кількість, ні якість не відповідають реальним потребам конституційного реформування суспільства.

У межах галузі конституційного права України йде формування нових конституційно-правових інститутів, серед яких особливу роль відіграє інститут основ конституційного ладу. Їх становлення відбувається на демократичних засадах з урахуванням світової конституційної практики й вітчизняного досвіду. Формування нормативної бази конституційного права України йде паралельно з активним реформуванням державного механізму. Про це свідчить розробка й реалізація відповідних напрямків проведення правової реформи в Україні.

Усі вищезазначені шляхи розвитку конституційного законодавства України на сучасному етапі тісно взаємопов'язані і відтворюють демократичну сутність Конституції України. Саме вона дала змогу розвинути цим позитивним тенденціям, і це суттєво впливає на становлення сучасної правової системи України на демократичних засадах.

Незважаючи на те, що Основний Закон України відповідає європейським і світовим стандартам, його текст містить деякі недосконалі положення. Значною мірою це було підставою парламентської кризи на початку 2000 р., проведення всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 р. Йдеться насамперед про оптимальний розподіл владних повноважень між структурами державного механізму. Поділ влади – це форма організації державної влади, що потребує збалансування компетенції законодавчих і виконавчих органів. Порушення цієї збалансованості може призвести до антидемократичних перетворень у суспільстві. Тому ця проблема повинна завжди знаходитися в центрі уваги державних інституцій, громадянського суспільства, науковців. Світовий досвід показує що чітке конституційне встановлення належного поділу влади не відразу дає позитивний результат, однак максимально гарантує від зловживань органів державної влади своїми повноваженнями. Належний поділ влади робить гарантом прав людини не якусь конкретну особу, а в цілому всю організацію державної влади. І це є головним. Встановлення й додержання чіткого співвідношення конституційної компетенції законодавчої й виконавчої гілок влади, “правил гри” цих структур у конституційно-правовому полі – одна з найважливіших проблем на сучасному етапі розвитку українського конституціоналізму.

Важливою як теоретичною, так і практичною проблемою є легітимність Конституції, її сприйняття населенням. У нас, на жаль, не проводяться соціологічні дослідження, які б дали змогу органам державної влади та структурам громадянського суспільства мати вірогідну інформацію про те, як народ оцінює Основний Закон країни. А це необхідно знати, щоб правильно прогнозувати розвиток конституційного процесу. Однак, прогностична функція науки конституційного права майже не працює, що негативно впливає на вирішення актуальних завдань державотворення.

Основоположною проблемою сучасного конституціоналізму в Україні є співвідношення між положеннями, що втілені в конституційному тексті, й існуючими реаліями, тобто між юридичною і фактичною конституціями. На перехідному етапі

розвитку держави й суспільства особливо чітко проявляються як реальний, так і формальний характер конституції та інших конституційних актів, збіг або, навпаки, неспівпадіння формальної, писаної конституції з реальною, тобто із самим життям, з його складнощами та протиріччями, адекватність або ж неадекватність відбиття в ній існуючих економічних і соціально-політичних процесів, що відбуваються в суспільстві. Виходячи з цього співвідношення, можна робити висновок, наскільки наша Конституція є реальною. Це насамперед стосується характеристики України як демократичної, правової і соціальної держави, реалізації прав людини і громадянина. Треба ще досить багато зробити державним інституціям і громадянському суспільству, щоб Україна відповідала високим стандартам правової держави. Положення ст.1 Конституції, що Україна є демократичною, соціальною, правовою державою важливо трансформувати з політичного гасла на правову й соціальну реальність. А для цього необхідна копітка робота всіх державних і недержавних органів, народу, науковців, усіх громадян.

Конституція України 1996 р. вперше так високо підняла конституційно-правовий статус людини і громадянина. У ній втілено міжнародно-правові стандарти щодо прав особи. Такий підхід є логічним, оскільки перехід від будь-якої авторитарної або тоталітарної системи до демократичної з необхідністю повинен супроводжуватися реальним або ж незрідка (як це буває) формальним декларуванням основних прав і свобод. Слід також враховувати, що розширення прав і свобод громадян для світової цивілізації є природним і історично обумовленим процесом. Але виникає питання: а чи в повному обсязі конституційні норми, що стосуються прав та свобод людини і громадянина працюють реально? На жаль, ні. Проблема прав людини в Україні належить до найбільш гострих. На це акцентували всі фахівці на Міжнародній науковій конференції, присвяченій 50-річчю Європейської конвенції з прав людини і основних свобод, яка була проведена в Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого 19-20 жовтня 2000 р. (м. Харків).

В останні роки ця проблема стала предметом серйозного наукового аналізу. Але реальних, суттєвих зрушень, незважаючи на те, що і влада весь час говорить про права людини, немає. Гострота проблеми обумовлюється і тим, що в нашому суспільстві склалася традиція зневажливого ставлення до окремого громадянина, особи, її прав, свобод, інтересів. Особистість найчастіше сприймалася як носій багаточисленних обов'язків, відповідальності перед державою. Її інтереси трактувалися як щось несуттєве й другорядне. Цей соціально-психологічний феномен ставлення до людини і громадянина, незважаючи на ґрунтовне закріплення в Конституції України широкого кола прав і свобод особи, ще не переборений. Як і раніше, пріоритет віддається інтересам держави. Але ж треба вже чітко усвідомити, що взаємовідносини особи й держави – це один з визначальних аспектів свободи людини, і саме в них проявляється ступінь демократизму держави. Характеристика Української держави як демократичної і правової буде повною мірою відповідати дійсності тільки тоді, коли реально будуть забезпечуватися права та свободи людини і громадянина, коли людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека будуть реально визнаватися в Україні найвищою соціальною цінністю, як це встановлюється в ст.3 Конституції України. Саме в цьому напрямку необхідно рухатись.

На жаль, права особи, незважаючи на конституційні приписи, гарантовані недостатньо, хоча в Основному Законі вперше були так широко встановлені юридич-

ні гарантії прав людини. Вважаємо, що побудова в Україні демократичної державності безпосередньо пов'язана з забезпеченням прав та свобод людини і громадянина. Модель демократичної держави, яку планується втілити на теренах України, передусім буде визначатися реальною реалізацією прав і свобод особи. Правова реформа, яка сьогодні здійснюється в нашій країні і базується на конституційних нормах, має бути спрямована на права людини і громадянина, і її успіх значною мірою залежить від готовності та здібності державних інституцій, і в першу чергу судових і правоохоронних органів, сприймати своє призначення як служіння кожній людині, охороняти й захищати її права та свободи, забезпечувати її безпеку. Правда, психологічно тяжко буде подолати відмову від пріоритету держави щодо до інтересів окремої особи, що насаджувалося впродовж десятиріч радянської влади. При цьому інтереси держави й суспільства, по суті, ототожнювалися. Перебороти цей психологічний бар'єр у свідомості державних посадових осіб, мабуть, буде нелегко. Про це свідчить процес подальшої бюрократизації державного апарату, з якою намагаються боротися Президент України, керівництво Верховної Ради, а це не завжди дає бажані результати.

Зміни до Конституції України, які повинні бути внесені за результатами всенародного референдуму 2000 р., відкривають можливості для нового етапу в розвитку української державності, який має бути пов'язаним із визнанням загальногуманістичних цінностей і ґрунтуватися насамперед на ідеї поваги до прав людини, її правової захищеності, автономності особи, на наявності сфер, де держава не могла б втручатись в особисте життя людини. Науковці підкреслюють, що процес історичної творчості людини значною мірою залежить від обсягу її прав і свобод, що визначають її соціальні можливості і блага, які забезпечують характер життєдіяльності, систему зв'язків, взаємодій і взаємовідносин людей в суспільстві. Правильно акцентується увага на тому, що культурний прогрес суспільства неможливий, якщо він не вносить нічого принципово нового в становище особи, якщо людина не одержує з кожним новим ступенем розвитку суспільства мінімуму свободи, хоча й класово-історично обмеженої, але ж яка розширюється від однієї суспільно-економічної формації до іншої [1, с. 3].

Але коли ми говоримо про реалізацію норм Конституції України щодо забезпечення прав людини і громадянина, треба враховувати й тенденцію, яка проявляється особливо серед молоді і підтримується громадською думкою. Йдеться про іншу крайність, коли оголошується безумовний пріоритет інтересів особи щодо інтересів суспільства, держави, колективу, що може призвести до конфліктів особи з суспільством, орієнтації особи на вузькогоспичні інтереси. Тому слід за допомогою правових засобів, можливостей державних інституцій забезпечувати компроміс між інтересами, потребами кожної людини і держави. Зробити це не просто, але необхідно. При цьому слід виходити з того, що межа реалізації прав і свобод особи визначається системою соціальних цінностей, конституційними та іншими законодавчими приписами. Завдання юридичної науки – запропонувати ефективні механізми та юридичні засоби раціонального поєднання суспільних та особистих інтересів, вирішення конфліктів між реалізацією прав людини і додержанням суспільних інтересів. Цією проблемою ґрунтовно займається Академія правових наук України, зокрема, Львівська лабораторія з прав людини. Уже є вагомі здобутки, хоча, безумовно, вона потребує свого подальшого аналізу і втілення результатів правових досліджень у практику.

Події, які відбулися з початку 2000 р. в конституційно-правовому полі України, особливо проведення всеукраїнського референдуму, свідчать про те, що ми маємо сучасну Конституцію, яка в цілому відповідає європейським і світовим стандартам, але на сучасному етапі державотворення не завжди є дійові конституційні механізми розв'язання державно-правових проблем. Тобто деякі складні питання, які виникають в процесі функціонування державних інституцій, не врегульовані, що призводить до конфліктних ситуацій. Насамперед матеріальні конституційні норми не повною мірою забезпечені відповідними процесуальними нормами. Таке відставання процесуальних норм від матеріальних нічим не виправдано і, безумовно, негативно впливає на реалізацію конституційних приписів.

Тому, змінюючи чинну Конституцію відповідно до волі народу, необхідно активніше реформувати поточне конституційне законодавство, яке відстає від потреб життя. Пройшло п'ять років дії Конституції, а багатьох основоположних законів, які повинні бути прийняті, оскільки вони прямо зазначені в її тексті, так і немає. При такій ситуації в повному обсязі Конституція, як основоположний нормативно-правовий акт держави і суспільства, запрацювати в повну силу не може, оскільки ці закони є своєрідною щаблинкою між Конституцією і звичайними законами. Отже, потрібно створити умови для прийняття перш за все тих законів, які визначають розвиток держави і суспільства. Йдеться про нові кодекси – цивільний, трудовий, цивільно-процесуальний, кримінально-процесуальний, земельний та ін. Інакше без цього не буде спрацьовувати конституційно-правовий механізм нормативної регламентації, як би цього нам бажалось. Положення ст.8 Конституції України про пряму дію конституційних норм не відкидає, а навпаки, вимагає ґрунтовного забезпечення нормативного регулювання суспільних відносин поточним законодавством.

Разом з цим немає жодних підстав принижувати пряме застосування норм Конституції, оскільки високий ступінь їх абстракції не виключає можливості їх прямої дії. У них реально втілюється масштаб поведінки суб'єктів права на всіх рівнях: суспільство – держава – колектив – особа, закріплюються найважливіші суспільні відносини. Безпосередня дія Конституції поширюється не тільки на конкретні, а й на загальні положення. На жаль, правозастосовні органи не часто у своїх рішеннях посилаються безпосередньо на норми Основного Закону України, що пов'язано або з недостатньо високим його авторитетом в середовищі юридичної спільноти, або з відсутністю звички посилатися на конституційні приписи. Це, на наш погляд, феномен не тільки юридичний, а й психологічний і він вартий глибокого наукового аналізу.

До негативних чинників становлення сучасного українського конституціоналізму слід віднести:

а) відсутність необхідного досвіду законодавчої регламентації суспільних відносин на демократичних засадах: депутатський корпус тільки починає напрацьовувати традиції нормотворчості в нових умовах;

б) в Україні, як і в інших країнах СНД, немає глибоких традицій конституціоналізму, парламентаризму, в тому числі реалізації на практиці принципу поділу влади, що незрідка призводить до жорсткої конфронтації владних структур, що в цілому негативно впливає на процес державотворення;

в) брак належної взаємодії владних структур, що є перешкодою для нормального розвитку законотворчого і в цілому нормотворчого процесу, оптимального рішення в консенсуальному режимі назрілих проблем;

г) недостатньо високий рівень правової культури народних депутатів України, працівників державного апарату, населення, що не сприяє повазі до Конституції як важливої соціальної цінності, до конституційного законодавства в цілому;

д) у конституційно-правовому полі держави існує чимало конфліктів, розв'язання яких не має необхідних процедур;

е) становлення конституційного законодавства в країні необхідним чином ще науково не забезпечено;

є) деякі проблеми в конституційному реформуванні держави й суспільства пов'язані і з некритичним використанням зарубіжного конституційно-правового досвіду, який був свого часу сформований в інших політико-правових, історичних і культурних реаліях;

ж) не переборено розрив між конституцією юридичною і фактичною, і він є досить відчутним, особливо стосовно прав людини і громадянина.

Звичайно, перелік цих негативних чинників не є вичерпним. Тому необхідна плідна й узгоджена праця державних інституцій і громадянського суспільства, усіх наукових і навчальних установ юридичного профілю для створення необхідних умов ефективного функціонування норм Конституції України.

Отже, становлення в Україні сучасного конституціоналізму на демократичних засадах повинно, на наш погляд, йти за такими напрямками:

а) приведення Конституції України у відповідність з результатами всеукраїнського (квітень 2000 р.) референдуму;

б) прийняття основоположних законів, які безпосередньо впливають із тексту Конституції;

в) спрямуванням зусиль державних і недержавних інституцій на реалізацію норм Конституції;

г) формуванням сучасної правової культури у громадян, при якій Конституція оцінювалася б як важлива соціальна цінність.

Усе це важливо з точки зору побудови в нашій країні демократичної, соціальної, правової держави і цивілізованого громадянського суспільства.

Список літератури: 1. Общая теория прав человека / Под ред. Е.А. Лукашевой. – М.: Норма, 1996. – 510 с.

Надійшла до редакції 12.10.2000 р.

УДК 340.067

І.О. Лосиця, канд. юрид. наук
*Учбовий центр Національної юридичної
академії України імені Ярослава Мудрого,
м. Севастополь*

ДЕЯКІ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТУ ОМБУДСМЕНА

Світова спільнота обрала шлях розвитку, домінантою якого є права та свободи людини, визнання і законодавче закріплення яких стало початком етапу, коли держава поступово втрачає свою класову сутність і перетворюється на інструмент

самоуправління суспільства. Цей процес зрушив з місця, коли держава обмежила себе у владних повноваженнях, визнавши пріоритет сфери особистих інтересів людини, її прав і законних інтересів. Розвиток і трансформація державних інституцій сприяли виникненню нових механізмів контролю і нагляду за державою: зокрема, історія довела життєздатність механізму стримок і протигау у системі поділу влад, що дозволяє державі функціонувати як єдиний добре злагоджений механізм. На практиці його постійно доводиться узгоджувати з інтересами людини, для якої він служить. Тому на зріла потреба створення не просто системи внутрішнього контролю, а цілісного механізму, який надав би можливість ефективно виявляти й вирішувати конфлікти між людиною і державним апаратом.

Особливості функціонування інституту Уповноваженого з прав людини визначаються специфікою політико-географічних і соціально-економічних умов кожної окремо взятої країни.

Омбудсмен – це загальноприйнята назва державного інституту захисту прав і законних інтересів громадян. Офіційно цей інститут у різних країнах називається по-різному: Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (Україна), Уповноважений з прав людини (Росія), Державне бюро з прав людини (Латвія), Контролери Сейму (Литва), Парламентський омбудсмен (Швеція), Посередник Французької республіки (Франція), Парламентський комісар адміністрації та комісари з місцевого самоврядування (Великобританія) [2, с. 25-28]. У державно-правовому сенсі омбудсмен кваліфікується як гідна довіри незалежна особа, уповноважена парламентом охороняти права громадян і опосередковано контролювати законність діяльності державних органів та посадових осіб з питань дотримання прав людини без права скасування або зміни їх рішень. Функціонування такого інституту передбачається конституцією або актом законодавчої влади. Він очолюється незалежною публічною посадовою особою високого рангу, яка отримує скарги громадян, постраждалих від дій державних органів чи посадових осіб, на власний розсуд проводить розслідування, рекомендує коректуючі дії, представляє доповіді в парламент [3, с. 128, 129].

Основним завданням і напрямком діяльності омбудсмена є здійснення парламентського контролю за порушеннями прав людини адміністративними органами й посадовими особами, зловживаннями й бюрократизмом. Зловживанням вважаються як дії чи бездіяльність посадової особи, при яких службове становище використовується не в інтересах служби, з порушенням законів та інших нормативних актів а з метою наживи або з інших особистих інтересів, так і дії посадової особи, вчинені з перевищенням наданих їй повноважень або виявленням самоуправства. Бюрократизм – це також діяння посадової особи, при якому замість вирішення справ по суті систематично виконуються штучні або надумані формальності, службовці необґрунтовано ухиляються від вирішення підвідомчих справ, затягують прийняття рішень або виконання своїх обов'язків.

Традиційно вирізняють парламентську й урядову моделі омбудсмена. Цей поділ відображає, якій гілці владі підзвітний омбудсмен – законодавчій чи виконавчій [4, с. 8-15]. Як приклад парламентської моделі омбудсмена зазвичай наводять британську чи шведську моделі. В обох випадках омбудсмен підзвітний парламенту. Проте у Великобританії він призначається королевою і може беззмінно виконувати свої обов'язки до досягнення 65 років. У Швеції все відбувається доволі класично: омбудсмен обирається на чотири роки з можливістю бути переобраним і є теж підзві-

тним парламенту.

У Латвії, Литві й Україні діють парламентські омбудсмени. У Росії немає єдиного стандарту моделі Уповноваженого. Це пов'язано з тим, що кожен суб'єкт федерації самостійно визначає його правовий статус. Тому поряд з парламентськими моделями зустрічаються урядові моделі омбудсменів (наприклад, у Санкт-Петербурзі).

Особливістю британської та французької моделей є те, що скарги подаються через членів парламенту, а не безпосередньо омбудсмену. Як правило, у багатьох країнах існують спеціалізовані омбудсмени, які відповідають за такі питання, як контроль за діяльністю місцевої адміністрації, охорона здоров'я, юстиція, поліція, права споживачів, статева й расова дискримінація тощо.

Прикладом урядової моделі омбудсмена є французький медіатор-посередник, який належить до адміністративних органів і діє в рамках виконавчої влади. Він призначається декретом Ради Міністрів на 6 років і підзвітний виконавчій владі [2, с. 30].

Надзвичайно актуальною є робота омбудсмена, відповідального за сферу реалізації прав жінок. Із розвитком суспільства стало зрозумілим, що обмеження прав і свобод за статевою ознакою суперечить загальнолюдським цінностям, а також сутності правової держави та громадянського суспільства. Дискримінація жінок є досить поширеним явищем сьогодення, тому навіть при юридичній рівності вони залишаються представниками «слабкої» незахищеної статі. На практиці це особливо виявляється в трудових відносинах, а також у сучасній формі рабства – торгівлі жінками.

Переваги і особливості інституту омбудсменів зумовлені тим, що він поєднує риси державного і громадського інституту контролю. У сучасному суспільстві (особливо у пострадянських країнах) центри політичної і соціальної влади не співпадають. Соціальна сила омбудсмена виявляється в тому, що він здатен здійснювати вплив на формування адміністративних стандартів та етичних принципів державної адміністрації. Це дозволяє наблизити ці центри влади, що стає важливим за умов, коли відбувається становлення даного інституту в процесі болісного реформування політико-правової системи і він перетворюється на стабільно діючий правозапечувальний механізм.

Важливою соціальною функцією омбудсмена є пом'якшення недовірливого ставлення громадян до державної влади. Він є тією ланкою, яка дає можливість вирішити конфлікт на досудовому рівні методом переконання і примирення. Це дає можливість людині відчувати здатність довести свою правоту перед державою і примусити її поновити порушені права, що є досить суттєвим соціально-психологічним чинником перебудови й демократизації всіх сфер державного життя.

Одним з основних аспектів вивчення ефективності функціонування цього інституту є критерій його оцінки дій державного органу [3, с. 139]. Йдеться не просто про визначення законності чи незаконності, а дається оцінка правильності, доцільності та справедливості дій державного органу.

Захищаючи права людини, омбудсмен не пов'язаний суто юридичними рамками справи. Вирішення проблеми проходить без догматизму і формалізму, що індивідуалізує і гуманізує процес його діяльності й надає йому більшого демократизму. Коли йдеться про недосконалі правові системи, то слід відмітити, що такий підхід дозволяє уникнути складних ситуацій у разі правових колізій чи прогалін, дозволя-

ючи зберегти пріоритет прав людини.

Рішення омбудсмена з юридичної точки зору не є обов'язковими, мають рекомендаційний характер і містять інструкції про те, якою має бути поведінка особи в даній ситуації. Він не вправі скасувати адміністративний акт, рішення суду чи інший документ і перемагає тоді, коли здатен переконати адміністрацію своїми аргументами, здійснити морально-правовий вплив на неї.

І все ж у багатьох країнах формально такі необов'язкові рішення омбудсменів виконуються завдяки винятковому авторитету цього органу й особі, яка його очолює. Високий авторитет омбудсмена пояснюється: а) підтримкою з боку населення цих нових гарантій захисту прав та свобод людини і громадянина, для чого й існують неурядові правозахисні механізми; б) посиленням контролю за можливими порушеннями державою прав і свобод людини в рамках закону; в) наближенням українського законодавства до світових стандартів у галузі захисту прав людини; г) висуванням до кандидата на посаду керівника цього інституту високих вимог; д) особливо чітко визначеною процедурою затвердження кандидатури омбудсмена. (Наприклад, у Новій Зеландії передбачається її одностороннє схвалення парламентом.) У жодній же з пострадянських країн така процедура відсутня, що пов'язано з реальністю сьогодення, коли жоден із парламентів країн СНД практично не здатен односторонньо прийняти будь-яке рішення.

Омбудсмен може функціонувати ефективно тільки в демократичному суспільстві. Проблемою є дуже великий потік скарг, що надходять до нього щорічно [1, с. 115; 6, с. 86], що створює значні труднощі при розгляді й вирішенні справ по суті. Цьому сприяє простота і доступність процедури подачі скарг. Досить часто подані скарги не розглядаються внаслідок того, що вони підпадають під юрисдикцію омбудсмена. Постраждала особа не завжди вважає справедливим навіть цілком законне рішення в силу суб'єктивних переконань, або своєї правової неосвіченості. Існують також інші передбачені законом шляхи вирішення проблеми, про які громадяни з цієї ж причини не знають. Навіть для повернення скарги омбудсмен повинен її розглянути, що потребує чимало часу. Тому повноцінно розглянути всі скарги, звичайно, не представляється можливим. Значно знижує ефективність функціонування цього інституту й те, що в жодній з пострадянських країн не існує спеціалізованих інститутів омбудсменів [3, с. 138]. А розподіл повноважень дозволив би зекономити час і здобути необхідний досвід роботи з певною категорією справ.

На підвищення ефективності діяльності омбудсмена впливає насамперед, прискорення курсу й завершення демократичних реформ – правової, судової, адміністративної, кадрової тощо. Досягти бажаних результатів можна тільки шляхом впливу на першопричину, тобто прискорюючи реформи і дбаючи про благополуччя населення та якість кадрового складу адміністрації. Необхідним є розширення апарату цього інституту за рахунок створення місцевих уповноважених з прав людини. Йдеться не про "вертикаль омбудсмена", а про якісно новий принцип структури організації. Їх створення значно покращить якість контролю за дотриманням прав людини на місцях. Невеликий штат омбудсмена в столиці не може ефективно контролювати всю територію країни лише вирішенням скарг. Закріплення за адміністративно-територіальною одиницею свого місцевого уповноваженого зменшить навантаження на весь його апарат, рівномірно розподілить його за регіональним принципом, що позитивно відіб'ється на результатах роботи. Така система існує, наприклад, у

Росії.

Крім того, корисним також буде створення спеціалізованих омбудсменів. У деяких пострадянських країнах уже розпочато адміністративну й судову реформи, в результаті чого прокуратура втратить начебто непритаманну їй функцію загального нагляду і вона перейде до судів. А це є додатковим навантаженням на судову систему і, відповідно, зниженням якості нагляду.

Існує думка, згідно з якою частина повноважень по здійсненню загального контролю у сфері контактів людини й адміністративних органів перейде омбудсмену. Щоправда, без створення структури уповноважених на місцях про ефективність подібного заходу мова не йде.

Необхідним є створення так званих «фільтрів» – механізмів по обмеженню кількості скарг, що надходять омбудсмену за рахунок відсіву тих, які не підпадають під його юрисдикцію або можуть вирішуватися іншими передбаченими законодавством шляхами [2, с. 25]. Одним з таких «фільтрів» є парламентський, суть якого полягає в тому, що скарга подається не безпосередньо омбудсмену, а через обраного у даному окрузі депутата, який і визначає, чи є можливість вирішити проблему на місці, чи існує вона взагалі, і тільки у випадку необхідності передає скаргу омбудсмену (як це існує, наприклад, в Англії, Франції). Ще однією моделлю «фільтру» є попереднє обов'язкове оскарження дій державного органу в судовому або адміністративному порядку, що дозволяє виключити скарги, які можуть бути вирішені на місцях. І тільки у випадку непогодження позивача з рішенням наглядової інстанції скарга передається омбудсмену (такий механізм існує в Росії).

Досвід європейських країн свідчить про ефективність наділення омбудсмена правом законодавчої ініціативи. На сьогоднішній день це є необхідним, особливо володіння правом дисциплінарного провадження аж до можливості звільнення з посади недобросовісного чиновника.

Ефективність діяльності правового механізму омбудсмена зумовлена комплексом соціально-економічних і політичних проблем перехідного періоду. Їх вирішення повністю залежить від швидкості й результативності проведення соціально-політичних реформ та успіхів реальної демократизації суспільства.

Список літератури: 1. *Бойцова В.В.* Нужен ли Уполномоченный парламента по правам человека в России? // Сов. государство и право. – 1993. – № 1. 2. *Бойцова В.В.* Правовой институт омбудсмена в системе взаимодействия государства и гражданского общества: Автореф. дис. др-а юрид. наук. – М., 1995. – 40 с. 3. *Марцеляк О.В.* Конституційно-правовий статус Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини // Проблеми активізації конституційно-правових досліджень і вдосконалення викладання конституційного права. – Харків, 1999. – С. 128-140. 4. *Тодика Ю.М., Марцеляк О.В.* Про створення інституту Уповноваженого з прав в Україні // Укр. часопис прав людини. – 1995. – № 2. – С. 8-15. 5. *Хаманева Н.Ю.* Место и роль института омбудсмена в системе правового контроля // Правоведение. – 1992. – № 2. – С. 84-88. 6. *Хаманева Н.Ю.* Роль омбудсмена в охране прав граждан в сфере государственного управления // Сов. государство и право. – 1990. – № 9. – С. 138-148.

Надійшла до редакції 30.10.2000 р.

УДК 342.728

С.Ю. Лукаш, канд. іст. наук, доцент
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м.Харків

ПРИРОДА КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ГРОМАДЯН НА ОБ'ЄДНАННЯ В ПОЛІТИЧНІ ПАРТІЇ

Висока політико-правова та моральна цінність політичних прав, у тому числі права громадян на свободу об'єднання в політичні партії, обумовлюється, по-перше, тим, що такі сутнісні характеристики держави, як політична влада та її апарат [35, с. 41], в умовах демократичного політичного режиму безпосередньо й опосередковано формуються суспільством і виражають його інтереси [27, с. 97]. По-друге, незважаючи на те, що держава відносно самостійна щодо суспільства і її апарат завжди прагнув видавати власні інтереси за суспільні [32, с. 518], демократичне суспільство навчилося тією чи іншою мірою захищати свої інтереси шляхом закріплення й реалізації в тому числі й цього права.

Досвід вітчизняної історії, історія країн зарубіжної демократії свідчать, що найефективнішим засобом використання державної влади в класових інтересах і в інтересах “загальних справ” для виконання загальнолюдської місії [40, с. 50] служать політичні партії. Народившись у надрах громадянського суспільства, вони виходять за його межі, перетворюючись на посередника між суспільством і державою, претендуючи на участь у здійсненні державної влади. Вони є єдиним елементом громадянського суспільства, який за умови оволодіння державною владою може об'єднати приватні інтереси громадян, соціальних верств, заінтересованих груп у загальний політичний інтерес [32, с. 743].

Завдання з'ясування ролі понад сотні політичних партій як суб'єктів і водночас об'єктів демократичної розбудови України в її поступі до оновленого суспільства й держави є доволі актуальним. Навіть побіжний аналіз ролі й місця політичних партій у політичній системі нашої країни свідчить про те, що положення ст. 15 Конституції України далеко від втілення в реальне життя, в процес формування державної влади. Передумови такого становища знаходяться практично в усіх сферах суспільного життя сучасної України, в її історії та традиціях. Але, як вбачається, відповіддю на поставлене завдання може бути дослідження природи права громадянина на свободу об'єднання в політичні партії у взаємозв'язку зі з'ясуванням сутності його прагнення до реалізації цього конституційного права. Постановка проблем, таким чином, базується на діалектичному системному взаємозв'язку права людини і громадянина в їх внутрішньому світі.

Таким взаємозв'язком є потреби та інші елементи мотивації особи. Потреба є фундаментальною властивістю останньої [47, с. 30], внутрішнім стимулом будь-якої діяльності. У складній сукупності стимулів життєдіяльності вона відіграє особливу роль: по-перше, служить відправною точкою всієї системи стимулювання і, по-друге, найбільшою мірою орієнтована на необхідні засоби існування суб'єкта [8, с. 15]. Виникнення в особи потреби брати участь у політичній партії – це її свобода вибору, яка, у свою чергу, обумовлюється інтенсивністю мотивів [48, с. 288], тобто є пошуком можливостей обрати саме те, що їй необхідно. Отже, особа може мати таку потребу, але можливість і рівень її задоволення залежатимуть від закріплення права на свободу об'єднання в політичні партії в Основному Законі країни. На користь того, що в особи повинна (за певних умов, про що йтиметься далі) виникнути потреба взяти участь у політичній партії, свідчить думка М. Бубера про те, якщо людина законо-

мірно створила державу, то вона має впливати на неї [5, с. 10], у тому числі й через політичні партії, з урахування їх природи. Це є однією з ілюстрацій того, що право на свободу об'єднання в політичні партії як засіб реалізації вказаної потреби має природний і невідчужуваний характер.

Такі потреби можна розділити на дві групи. Перша – *самоцінні* потреби, які випливають з наявності в особи відповідних природжених якостей, що проявляються ще змалку. Психологи пропонують перелік рис характеру, притаманний, наприклад, видатним політичним лідерам [25, с. 136-150]. Люди з такими рисами (або активна частина суспільства) проявляють себе перш за все в несприятливих для них умовах [2, с. 140]. Питома вага активної частини суспільства завжди вища в тих країнах, народи яких витримали історичні випробовування, а течія життя реалізується через людей, які перемагають [22, с. 9].

В інших випадках потреба об'єднання в політичні партії є *вторинною* щодо, наприклад, *базових (первинних)* потреб. Вона може виникнути, з одного боку, з незадоволення існуючою формою і змістом життя, а з іншого, – з бажання та надій на якоесь нове їх улаштування [3, с. 565, 566]. Йдеться про незадоволення соціально-економічними, політичними, культурними, екологічними, релігійними, національними та іншими умовами існування або ж про суто особистісні негаразди – проблеми зі збереженням власної гідності [29, с. 10], відсутність можливостей для самореалізації [30, с. 56], й нереалізовані прагнення до влади, підвищення соціального статусу, особистого збагачення тощо [21, с. 108-117]. До первинних (базових) потреб Ю.М. Тодика відносить цінності конституційного ладу – справедливість, благополуччя та ін. [43, с. 21,23].

Народження вторинної потреби – участі в політичних партіях, які прагнуть до завоювання державної влади або володіють нею, відбувається за наявності ідеї такої потреби, тобто коли особа знає про політичні партії, що прийшли до влади або прагнуть її як інструменту реалізації первинних потреб [28, с. 196]. Отже, потреба трансформується в інтерес.

Реалізація вторинної потреби можлива лише за умови закріплення права громадянина на свободу об'єднання в політичні партії, інакше вона перетворюється на первинну і починається боротьба за це право як за складника демократії. Це право першого покоління, бо воно було закріплено в 1789 р. в Загальній декларації прав людини і громадянина.

У демократичних країнах Західної Європи і США досліджувана потреба об'єднання в політичні партії соціалізована, а відповідне право усвідомлюється як соціальна цінність. Усе це означає, з одного боку, включення людини в політичну систему, тобто перетворення її (в разі наявності як самоцінної, так і вторинної потреби) на політично організованого громадянина, а з іншого – постійне відтворення політичних партій [6, с. 165], що прагнуть державної влади й у випадку оволодіння нею створюють умови для задоволення особою як самоцінних, так і первинних потреб. Отже, політична партія, яка оволоділа державною владою, і політична партія, яка залишилася в опозиції їй, сприяють реалізації політико-правового зв'язку між особою і державою, тільки перша з них – в плані задоволення досліджуваних потреб, а друга – застереження першої від можливого використання державної влади в експансіонізмі щодо суспільства. Із цього видно, що право на свободу об'єднання в політичні партії є правом індивіда, громадянина, і належить до основних. У той же час, на думку

А.Алієва, колективним [1, с. 12]. Індивіди для того й об'єднуються в політичні партії, щоб діяти колективно.

Діяльність громадян у політичних партіях причинно обумовлена, спрямована на досягнення певних цілей і свідчить про те, що це право у своїй більшості реалізують не тільки лідери, а й самоактуалізуючі громадяни. Вони відрізняються від середньостатистичних людей тим, що мають набагато менше сумнівів щодо правильного і неправильного. Їх не бентежить, на думку А.Маслоу, що 95% населення не згодні з ними [20, с. 18]. Активність і впевненість у собі, особливо коли переслідуються егоїстичні чи вузькопартійні цілі, до того ж, якщо в руках державна влада, можуть призвести до великих бід. Історія доводить, що покладатися на моральність політичного лідера чи партійного активіста вельми небезпечно навіть в країнах з високим рівнем соціалізації політичних партій як демократичних інституцій. Тому задоволення як самоцінної потреби, так і вторинної можливо лише за умови закріплення права на свободу об'єднання в політичні партії, яке є саме правом, а не свободою.

Розглядувана проблема є вельми актуальною для пострадянських держав, де права людини і громадянина ще не стали соціальною цінністю, а досліджувані потреби, як і самі політичні партії, не соціалізовані. На нашу думку, це обумовлює правове регулювання численніших сфер діяльності політичних партій, аніж у країнах Західної демократії. При цьому не може йтися про звуження їх ролі в політичній системі. Т.Джефферсон підкреслював з цього приводу, що ліками від зла, яке супроводжує демократію, є ще більша демократизація [10, с. 385].

Усвідомлена потреба в об'єднанні в політичні партії, як уже зазначалося, трансформується в інтерес, який становить свідому спрямованість громадянина на задоволення нереалізованих потреб за допомогою політичних партій, що прагнуть державної влади [12, с. 60, 61]. Отже, інтерес нероздільний саме з вторинною потребою. У праві він виступає одним із найважливіших не тільки правостворюючих, але й правореалізуючих чинників [41, с. 54]. З одного боку, задоволення інтересу неможливо без конституційного закріплення відповідного права, а з другого – реалізація останнього значною мірою відбувається завдяки наявності інтересу. За ним може йти мотив дії. Осмислюючи ідею В.О. Коновалової щодо сутності останнього стосовно досліджуваної проблеми, слід додати, що зміст цього елемента означає, що громадянин, керуючись своїм правом, закріпленням в Основному Законі, зі знанням справи приймає рішення про необхідність партійного членства для досягнення відповідних цілей [14, с. 29, 30].

Саме так реалізується право громадянина на об'єднання в політичні партії. Якщо ж за допомогою однієї з партій (попередньо обраного засобу), яка оволоділа державною владою, задовольняються первинні потреби, вгамовуються вторинні [12, с. 76]. Реалізація перших, переконаний Г.Маркузе, не породжує політичного інтересу [19, с. 91] – і так до появи нових базових потреб чи зростання рівня вже існуючих. Не випадково в країнах з високим рівнем життя парламентські партії, аморфні за своєю структурою, часто не мають фіксованого членства. Їх активізація відбувається, як правило, під час виборчих кампаній. Злидні ж обумовлюють тенденцію до формування партій як «бойових загонів».

Політичні партії були одним з найважливіших творців капіталізму й водночас результатом його розвитку. Основою його технологічної організації були заводи – машини з живих людей [49, с. 316]. У політичній системі такими машинами були

політичні партії. Їх народження, як і поява самого капіталізму, зумовлена багатьма чинниками. Одним з найголовніших було формування певної людини, яка від природи була б вільною, відданою у владу власній волі. І як така вона мала незаперечні, первинні, невід’ємні від її сутності права [45, с. 191]. Цьому вирішальною мірою сприяли гуманізм, реформація, конституційні ідеї просвітників, закріплення в конституціях прав та свобод людини і громадянина формальної рівності всіх перед законом. Після оволодіння буржуазією політичною владою це дозволило вже небуржуазним верствам суспільства вести боротьбу за реальність прав і свобод, але вже за допомогою крайньолівих, лівих, лівоцентристських та інших партій.

Таким чином, такі соціальні цінності, як рівність усіх перед законом, природні й невідчужувані права та свободи значною мірою зумовлені індивідуалізмом західноєвропейців. Індивід теж, у свою чергу, є соціальною цінністю, бо він навчився самотужки задовольняти власні потреби через реалізацію конституційно закріплених прав і свобод, вимагати від суспільства делегування йому здатності встановлювати цінності, опонувати державі [7, с. 281]. У нього були напрацьовані навички використання політичних партій, які оволоділи державною владою для задоволення, з одного боку, самоцінних та первинних потреб, а з іншого – опозиційних для стримування етатистських прагнень перших. Як вважає Ю. Орлов, взаємозв’язок і субординація потреб стосовно досліджуваної проблеми є раціоналізм [28, с. 204], як друга (поруч з індивідуалізмом) характерна риса, притаманна ментальності західноєвропейців.

Отже, індивідуалізм і раціоналізм західноєвропейця стали підґрунтям для формування політичного менталітету демократичних країн. Він характеризується значною активністю людей, їх інтересу до політики, у тому числі до політичних партій. Так, за останні післявоєнні десятиріччя чисельність таких громадян значно збільшилася: у Франції – в 3 рази; у ФРН – з 22 до 49% (а тих, хто взагалі не цікавиться політичним життям, зменшилося з 39 до 9%); в Італії – з 24 до 48%. У цілому ж у Західній Європі і США інтерес до політики, у тому числі й до політичних партій, особливо під час передвиборчих кампаній, висловлюють до 40% населення [6, с. 129]. Відповідно тут і доволі висока кількість партійних активістів. Залежно від національних та інших особливостей у європейських країнах їх від 6 до 20%, у США – до 17% [6, с. 115]. Це підтверджує вищенаведене положення про те, що для доволі високого відсотка населення цих країн політичні партії як демократичні інституції значною мірою соціалізовані, а відповідне конституційно закріплене право усвідомлюється як соціальна цінність, що є однією з найважливіших умов зміцнення й розвитку демократії. Не випадково А. де Токвіль писав, що демократія постійно потребує зусиль по її збереженню [44, с. 323].

В Україні й у більшості інших пострадянських країнах, незважаючи на вкрай малі можливості для задоволення базових та інших потреб, зниження їх рівня та зруження їх набору, інтерес до використання політичних партій для їх реалізації дуже незначний. Ось, як вбачається, в чому причини такого, здавалося б, парадоксального становища:

По-перше, панування протягом останніх століть системоцентризму в усіх сферах суспільних відносин, який завжди характеризувався вирішенням виникаючих суперечностей між особою і державою на користь останньої [26, с. 20]. Після 1917 р. він видозмінився відповідно до марксистсько-ленінської ідеології, але не втратив своєї сутності. Тому пострадянські держави отримали у спадщину пережитки закри-

тості партійно-державної влади, які проявлялися в тому, що КПРС і держава не залежали від суспільства, а партійне керівництво – від самої партії. Перший секретар Полтавського міському Компартії України В.Сільчук писав щодо цього, що ні робітник, ні колгоспник реальною владою не володіли. Депутат-робітник, чи депутат-лікар могли лише потрапити без черги на прийом до чиновника-управління і висловити прохання, подати чолобитну. Отже, основний принцип соціалізму – передати політичну й економічну владу в руки творця матеріальних і духовних благ не було реалізовано [34].

Ще одним, як видиться, більш вагомим пережитком системоцентризму в Україні й у більшості інших пострадянських країн, незважаючи на здійснення певних зрушень у розкріпаченні суспільства, стала соціально-психологічна інерція в суспільних настроях. Причина цього в тому, що через системоцентризм в особи не могли сформуватися автономні, не залежні від зовнішніх умов (держава, правляча партія) політичні переконання [6, с. 154]. М.Зенькович схильний вважати, що більшовизм як теорія і практика переміг у Росії тому, що ідеї В.І.Леніна й І.В.Сталіна швидко просили в родючому ґрунті системоцентризму [9, с. 472].

Деякі науковці вбачають загальний песимізм і апатію більшості українського населення ще й як прояв певного захисного механізму в умовах тотальної ураженості людини, її цілковитої залежності від політики центральної та місцевої влади й від реалій життя, що постійно погіршується [33].

По-друге, особливості українського менталітету, характерними рисами якого є анархічний індивідуалізм. Сутність останнього, з точки зору О.В.Киричука, полягає у прагненні до особистої свободи без належного прагнення до державності, у недостатності конкретних цілей, дисциплінованості й організованості [13, с. 11]. М.Скринник підкреслює, що ця риса менталітету українців проявляється у тому, що їх прагнення до єднання протягом всієї історії було зведено нанівець [37, с. 118]. Друга риса українців – емоційність, в основі якої – сентименталізм, чутливість, любов до природи, пісенний фольклор, яскрава обрядовість. Вона проявлялася у «філософії серця» Г.Сковороди та П.Юркевича і виступала своєрідним протестом проти намагання вичерпати все багатство людини за допомогою виключно раціонально-розумового пізнання, що було досить поширеним явищем новоєвропейської культури [39, с. 17]. Важливе значення для формування особливостей українського менталітету мали соціальні й національно-психологічні стереотипи вітчизняної історії. Так, на початку ХІХ ст. з 36-мільйонного населення Російської імперії лише 2 мільйони не були кріпаками [15, с. 18]. А напередодні Столипінської аграрної реформи три чверті селянських господарств України на схід від Дніпра і одна чверть – на захід належали общинам [15, с. 19].

По-третє, несформованість національної держави, а значить, і відсутність у великої кількості людей почуття спільної долі, відданості суспільству, державі, національним цінностям, до яких, на думку М. Хроха, можна віднести й політичні партії [46, с. 10, 11]. За переконанням О.О. Лукашової, реалізація політичних прав громадян, у тому числі досліджуваного права, можлива лише завдяки нормам національно-громадянського права [31, с. 153].

По-четверте, відносно незначна питома вага молодих людей, для яких права людини та інші цінності демократії стали невід’ємними. Як стверджують соціальні й політичні психологи, це так зване «покоління дітей розбудови», яке вступає (або буде

вступати) в самостійне політичне життя на початку нового тисячоліття [6, с. 169, 170].

По-п'яте, високий рівень корумпованості суспільства, у тому числі владних структур, що робить людей їх заложниками, а політику, в тому числі політичні партії з їх відкритою боротьбою за державну владу, нікому непотрібною [24].

По-шосте, дуже складна соціально-економічна ситуація, майже повна відсутність з об'єктивних і суб'єктивних причин економічних реформ з метою створення вільної економіки як передумови й результату формування вільної людини [40, с. 239]. Тільки 14% населення України вважають сьогодні характерною прикметою її розвитку підприємництво [38]. Ю.Скачко наголошує на тому, що більш притаманним для економіки нашої держави є те, що в капіталісти подалася партійно-господарча номенклатура, а звідси маємо й антидемократичні наслідки [36].

По-сьоме, надто повільно реформується демократична політична система: політичні партії ще не повністю включилися в процес формування державної влади.

Список цих причин можна продовжувати й далі, але й наведеного достатньо, щоб зрозуміти, чому в Україні й в інших пострадянських державах кількість членів безлічі політичних партій в середньому не перевищує 1 – 2% від усього населення [16]. Отже, переважна чисельність населення за соціальною інерцією та й у зв'язку з іншими причинами у вирішенні первинних потреб плекає надію на державу. Люди у своїй більшості залишаються заложниками держави, і поки що нікому протистояти можливим її прагненням видавати власні інтереси за суспільні, громадські.

Право на свободу об'єднання в політичні партії народилося в демократичних країнах Західної Європи і США на початку становлення буржуазного суспільства і відповідає політичному менталітету їх населення. Разом з тим розвиток світової цивілізації показує, що воно, як і інші права та свободи людини і громадянина все більше стають надбанням всього людства. Свідченням цьому є прийняття Загальної декларації прав людини та багатьох інших міжнародно-правових документів про права людини. Філософ М. Мамардашвілі вважав, що Європа взагалі не є географічним поняттям. Вона може бути в Гонконгу і може не бути у Москві. При цьому він попереджав все ж таки не забувати, що європейська культура є якимось іншим зрізом людського буття [17, с. 358]. Чинна Конституція України доводить, що права людини починають приживатися і в нашій країні. Аналіз Основного Закону держави з позицій «людського виміру», вважає Ю.М.Тодика, дає підстави зробити висновок, що він повною мірою відповідає сучасним високим стандартам демократичної Конституції [42, с. 108].

Отже, наголосимо ще раз, що право на свободу об'єднання у політичні партії є правом природним і невідчужуваним, правом першого покоління, політичним, правом громадянина, саме правом, а не свободою, правом індивідуальним і, водночас, колективним, одним з основних.

Разом із запропонованим підходом до дослідження природи цього права, продовжуються деякі проблеми, найсуттєвішою з яких, на нашу думку, є відсутність достатньої відповідності між потребою громадян в участі в політичних партіях і закріпленням в Основному Законі України правом на свободу об'єднання у них. Це суперечить точці зору Д.А.Керимова, що дійсність права полягає в системі норм, які виражають потреби соціального життя [11, с. 277]. Ю.М. Тодика – про те, що право не може існувати поза суспільством, поза взаємодією людей [42, с. 105] та інших науко-

вців. Г.Маркузе писав, що вирішальним чинником для визначення свободи є не тільки можливість обирати, а й те, що дійсно обирається [18, с. 10]. З цією думкою вченого важко не погодитись. Закріплення в Конституції України права громадян на свободу об'єднання в політичні партії – важливий крок у напрямку до демократії, який важко переоцінити. Виходячи з досвіду країн Західної демократії, реалій України та інших країн СНД, подальші кроки мають бути спрямовані на створення умов, за яких громадяни навчаться через відповідне право і будуть готові задовольняти самоцінні і вторинні потреби, тобто об'єднуватися в політичні партії, які прагнуть або використовують державну владу для вирішення базових (первинних) потреб. Інакше кажучи, перехід до демократії значною мірою залежатиме від того, коли її «сума» буде відносно дорівнювати закріпленим в Основному Законі правам та свободам людини і громадянина, а також потребам їх реалізації [23].

Неможливо перебільшити роль Конституції України в останньому і закріпленого нею права громадян на свободу об'єднання в політичні партії. Вона, за переконанням Ю.М.Тодики, формулює певні вимоги до поведінки суб'єктів права [42, с. 333]. Йдеться, як видиться про те, що Основний Закон і досліджуване право має породжувати в разі необхідності потребу в участі в політичних партіях, стимулювати готовність і вміння користуватися таким важливим демократичним інструментарієм. У цьому зв'язку слід погодитися з А.Алієвим, який стверджує, що принциповим значенням для реалізації права громадянина на об'єднання є закріплення в Основному Законі принципів конституційного ладу [1, с. 10].

Підсумовуючи викладене, треба зауважити, що в умовах України та інших пострадянських країн природа права громадянина на свободу об'єднання в політичні партії, виходячи з запропонованого підходу до її дослідження, відповідатиме своєму призначенню як соціальній можливості і сприйматися соціальною цінністю, а не «залишатися красивим фетишем» [42, с. 333] у випадку досягнення зазначеної узгодженості між відповідними правом і потребою. У цьому рівною мірою, вважаємо, мають бути зацікавлені як держава, так і її громадяни. М.Бердяєв писав з цього приводу, що демократію надто часто не ставлять у залежність від внутрішньої здатності до самоврядування, від характеру народу й особистості [4, с. 15-16].

Сама ж вона відбивала усвідомлену потребу індивідів – представників класу буржуазії, а пізніше – небуржуазних верств населення, які за допомогою цих партій прагнули влади й боролися за свої права. Причому потреби до об'єднання в політичні партії формувалися відповідно до менталітету народів цих країн. Із розвитком демократії самоцінні і вторинні потреби в політичних партіях пройшли соціалізацію, перетворившись у невід'ємний інструмент демократії, а конституційне право на свободу об'єднань в політичні партії набрало ваги соціальної цінності.

В Україні, Росії та більшості інших пострадянських країн з об'єктивних і суб'єктивних причин відсутні або тільки роблять перші кроки ті соціальні прошарки, представники яких з позицій конституційного принципу політичного плюралізму прагнуть до використання партій для вирішення своїх проблем цивілізованим демократичним шляхом. Інші ж у ситуації панування пережитків системоцентризму, характерних рис менталітету українців та інших східнослов'янських народів, нездатності суспільства із цілком зрозумілих причин контролювати державу використовують недемократичні засоби. Усе це ускладнює процеси соціалізації політичних партій, породжує недовір'я до них, звужує природу конституційного права на свободу

об'єднання в політичні партії до формальної можливості, перетворює право в неживу матерію.

Список літератури: 1. *Алиев А.А.* Конституционное право на объединение в системе прав и свобод человека и гражданина. – М.: Закон и право, 2000. – 207 с. 2. *Амосов Н.* Физическая и психическая природа человека // Психология человеческих проблем: Хрестоматия. – Минск: Харвест, 1998. – С. 139-151. 3. *Блуммер Г.* Коллективное поведение // Психология масс: Хрестоматия по социальной психологии / Ред. сост. Д.Я. Райгородский. – Самара: Бахрах, 1998. – 535-586. 4. *Бердяев Н.* Истоки и смысл русского коммунизма: Респ. воспр. – М.: Наука, 1990. – 222 с. 5. *Бубер М.* Проблема человека / Пер. с нем. Н. Кушнера. – К.: Ника-Центр, 1998. – 96 с. 6. *Гозман Л.Я., Шестопал Е.Б.* Политическая психология. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1996. – 445 с. 7. *Дюмон Л.* Эссе об индивидуализме. – Дубна: Феникс, 1997. – 301 с. 8. *Здравомыслов А.Г.* Потребности, интересы, ценности. – М.: Политиздат, 1988. – 223 с. 9. *Зенькович Н.* Была такая страна... Очень личная книга. – М.: Олма – Пресс, 2000. – 495 с. 10. История политических и правовых учений: Учебн. для вузов и ф-тов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М.: ИНФА, 1996. – 728 с. 11. *Керимов Д.А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. – М.: Аванта, 2000. – 559 с. 12. *Кикнадзе Д.А.* Потребности, поведение, воспитание / Под ред. и при участ. В.Г. Афанасьева. – М.: Мысль, 1968. – 148 с. 13. *Киричук О.В.* Ментальность: сутність, функції, генеза // Ментальність, духовність. Саморозвиток особистості: Тези доп. та матер. міжнар. наук. конф. – Ч. 1. – Київ-Луцьк, 1994. – С. 10-14. 14. *Коновалова В.О.* Правова психологія. – Х.: Основа, 1996. – 182 с. 15. *Конквест Р.* Живна скорботи. Радянська колективізація і голодомор. – К.: Либідь, 1993. – 383 с. 16. *Кучма Л.* Президент должен быть беспартийным // Сегодня. – 1999. – 16 авг. 17. *Мамардашвили М.* Необходимость себя. Введение в философию // Докл., ст., философ. заметки / Сост. и общ. ред. Ю.П. Сенокосова. – М.: Лабиринт, 1996. – 428 с. 18. *Маркузе Г.* Одномерный человек. Исследование идеологии Развитого Индустриального Общества. – М.: REFL-BOOK, 1994. – 341 с. 19. *Маркузе Г.* Эрос и цивилизация. Философское исследование учения Фрейда: Пер. с англ. – К.: Гос. б-ка Украины для юнош., 1995. – 314 с. 20. *Маслоу А.* Новые рубежи человеческой природы / Под ред. Г.А. Балла, А.Н. Киричука, Д.А. Леонтьева. – М.: Смысл, 1999. – 424 с. 21. *Маслоу А.* Самоактуализация // Психология человеческих проблем: Хрестоматия. – Минск: Харвест, 1998. – С.20-33. 22. *Менегетти А.* Система и личность. – М.: Серебряные нити, 1996. – 127 с. 23. *Миселюк А.* Президентский дебют // День. – 2000. – 22 февр. 24. Навіть у галузі корупції попереду всієї планети // Голос Україн-ни. – 2000. – 15 вер. 25. *Болен С.* Новый кодекс русских: все дозволено, если платят // Нью-Йорк Таймс. Недел. обзор. СНГ. – 1992. – сент. 15-28. 26. *Немов Р.С.* Практическая психология. Познание себя. Влияние на людей. – М.: Владос, 1998. – 319 с. 27. *Оболонский А.* Драма российской политической истории: система против личности. – М.: Ин-т гос. и пр. РАН, 1994. – 352 с. 28. *Общая теория государства и права: Акад. курс в 2-х т. – Т.1: Теория государства/ Под ред. М.Н.Марченко. – М.:Зерцало, 1998. – 408 с.* 29. *Орлов Ю.* О потребностях, мотивах и действиях // Психология человеческих проблем: Хрестоматия. – Минск: Харвест, 1998. – С. 184-215. 30. *Права людини: Підручник для 10 – 11 кл. загальноосвітніх шкіл, ліцеїв та гімназій / За ред. М. Буроменського, В. Свінтоня, П. Рабиновича, В. Семенова. – К.: Право, 1997. – 225 с.* 31. *Права человека как фактор устойчивого развития / Под ред. Е.А. Лукашовой. – М.: Норма, 2000. – 315 с.* 32. *Права человека: Учебник для вузов / Отв. ред. Е.А. Лукашова. – М.: Норма-ИНФРА, 1999. – 560 с.* 33. *Проблемы общей теории права и государства: Учебн. для юр.вузов / Под общ. ред. В.С.Нерсесянца. – М.: Норма-ИНФРА, 1999. – 813 с.* 34. *Продиус И., Лобанов Л.* Экономика Украины саморазрушилась. Ее дальнейшее функционирование в таком виде бессмысленно // Правда Украины. – 1993. – № 17-18. 35. *Сильчук В.* Возвратиться к Ленину // Комуніст. – 1997. – № 12. – березень. 36. *Скакун О.Ф.* Теория государства и права. – Х.: Консум, 2000. – 704 с. 37. *Скакун Ю.* Манифест капиталистической партии // Зеркало недели. – 2000. – 11 нояб. 38. *Скринник М.* Міфo-символогічні витоки української ідеї у світлі феномена Гр. Сковороди. // Mediaevalia Ucrainica: ментальність та історія ідей. В 2-х т. – Т.2. – К.: Ін-т укр. археогр. НАНУ, 1992. – 135 с. 39. *Социологическая служба «Дня» // День. – 2000. – 28 нояб. 1995. – 183 с.* 40. *Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – М.: Юрист, 1997. – 672 с.* 41. *Тихомиров Ю.А.* Публичное право. – М.: БЕК, 1995. – 485 с. 42. *Тоды-ка Ю.Н.* Конституция Украины: проблемы теории и практики. – Х.: Факт, 2000. – 607 с. 43. *Тодыка Ю.Н.* Основы конституционного строя Украины. – Х.: Факт, 1999. – 319 с. 44. *Товквиль А.* Демократия в Америке. – М.: Прогресс, 1992. – 560 с. 45. *Философия права: Навч. посіб. / За заг. ред. М.В.Костицького, Б.М.Чмеля. – К.: Юрінком, 2000. – 334 с.* 46. *Хоскин Д.* Россия: народ и империя (1552 – 1917). – Смоленск: Русич, 2000. – 510 с. 47. *Хьел Л., Зиглер Д.* Теории личности. – СПб.: Питер, 1997. – 606 с. 48. *Цалін С.Д.* Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права. – Х.: Основа, 1998. – 328 с. 49. *Шкуратов В.А.* Историческая психология. – М.: Смысл, 1997. – 505 с.

Надійшла до редакції 12.10.2001 р.

УДК 342.72/73

В.П. Колісник, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

ПРАВО НАЦІОНАЛЬНО-ЕТНІЧНОЇ САМОІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ ТА ПРОБЛЕМА БІНАЦІОНАЛЬНОСТІ

Для кожної людини природним є ототожнення себе з певною національно-етнічною спільнотою, визнання своєю певної культури, мови, звичаїв, історії, релігії і прагнення до їх збереження. Л.М.Гумільов підкреслював: "Безперечно одне – поза етносом немає жодної людини на землі... Етнічна належність у свідомості – явище загальне" [3, с. 22]. Занепокоєння з приводу можливої втрати власної національної ідентичності, на жаль, не є безпідставними, адже протягом усієї історії людства у сфері міжнаціональних стосунків спостерігається певна закономірність, згідно з якою одні національно-етнічні спільноти прагнуть до домінування над іншими, до нав'язування їм своєї мови, культури, традицій, звичаїв, релігії як більш прийнятних, зручних і значущих, нехтуючи при цьому духовні цінності та здобутки цілих поколінь інших національно-етнічних спільнот. Прагнення одних етносів до підкорення інших знайшло своє відбиття в численних теоріях і концепціях, які створили теоретичну й ідеологічну основу колоніалізму, работоргівлі, масового знищення етнічних меншин, примусової асиміляції.

Інтенсивний розвиток інформаційно-комунікативних засобів спричинили активізацію міжнаціональних і міжетнічних взаємин. За ступенем взаєморозуміння та рівнем толерантності останні становлять широкий спектр відносин, починаючи від конфронтаційних, підозріло ворожих, принизливо зверхніх і закінчуючи нейтрально-дистанційними, підкреслено толерантними, взаємоповажними й дружніми. За характером їх можна поділити на індиферентні і компліментарні. Протікання етносоціальних процесів у сучасному світі обумовлено взаємодією двох протилежних тенденцій: з одного боку – до інтеграції, з другого – до збереження й культивування самотності.

Досить часто з різних причин виникають такі обставини, коли людина протягом тривалого часу (а іноді й протягом усього життя) залишається повністю відірваною від мови, культури, традицій тієї національно-етнічної спільноти, до якої відносили себе її батьки. Вона виховується, навчається, працює, проводить дозвілля зовсім в іншому національно-етнічному середовищі, ніж її батьки, і фактично ототожнює себе з цією етнічною спільнотою, своєю вважає іншу культуру, іншу мову, іншу релігію. За таких же умов інша людина, навпаки, докладає значних зусиль для збереження мови, культури, релігії, які вважали своїми її батьки. В обох випадках особа реалізує своє право на вибір національно-етнічної належності, тобто *право на національно-етнічну самоідентифікацію*, яке, по-перше, є логічним наслідком природного розвитку міжнаціональних відносин на сучасному етапі, а по-друге, обумов-

лено необхідністю подолання практики насильницької асиміляції, що набула значного поширення протягом кількох останніх століть. Не менш переконливим аргументом на користь права на національно-етнічну самоідентифікацію є аналіз досить типової й поширеної ситуації, коли батьки дитини різних національностей. У цьому випадку людина, безперечно, може обрати для себе національність одного з батьків чи навіть якусь іншу. У документі Копенгагенської наради з людського виміру НБСЕ від 29 червня 1990 р. зазначалося, що "належність особи до національної меншини – це предмет її власного вибору, і жодні несприятливі наслідки не можуть виникати у зв'язку з існування такого вибору" [8, с. 249]. Подальшого розвитку це положення набуло в Рамковій угоді про захист національних меншин, ухваленій Радою Європи 1 лютого 1995 р., в якій зазначається: "Кожна особа, яка належить до національної меншини, має право вільно вирішувати, вважатися чи не вважатися їй такою, – і це рішення або здійснення прав у зв'язку з ним не повинно завдавати шкоди такій особі" [8, 135].

Але якщо така можливість природно належить окремим категоріям осіб, то в демократичному суспільстві з огляду на те, що національно-етнічна належність, незважаючи на інтенсивні інтеграційні процеси, все ж залишається явищем поширеним, загальним, таке ж право має бути визнаним і за всіма іншими його членами, тобто не лише за національними меншинами, а й за представниками так званої національно-етнічної більшості. До того ж усі численні спроби встановлення універсального об'єктивного критерію визначення національної належності не дали бажаного результату. Тому в більшості демократичних держав національна ідентифікація громадян обумовлюється їх власним волевиявленням, тобто перетворюється фактично на самоідентифікацію особи. Людство пройшло довгий шлях до розуміння необхідності визнання права особи самостійно визначати власну національно-етнічну належність.

У колишньому СРСР визначення національно-етнічної належності особи було обмежено національністю її батьків. Відповідно до п. 86 Інструкції про порядок реєстрації актів громадянського стану в Українській РСР, затвердженою Міністерством юстиції 12 грудня 1970 р., національність особи в графах бланку запису акта громадянського стану зазначалася за її паспортом [5, с. 20]. При його відсутності національність особи записувалася за національністю її батьків. Якщо батьки мали різні національності, вказувалася національність одного з них за бажанням особи, національність якої необхідно було встановити. Такі підходи домінували аж до початку 90-х років і знайшли відбиття в Указі Президента України "Про порядок зміни громадянами України національності" від 31 грудня 1991 р., згідно з яким особа при досягненні 16-річного віку й одержанні паспорта має право змінити записану в метриці національність на національність другого з батьків [9, с. 40, 41]. Зазначене положення втратило чинність лише 27 січня 1999 р. на підставі Указу Президента України № 70/99 [6].

Сучасне українське законодавство в основному демократично вирішує питання визначення національно-етнічної належності особи. Відповідно до ст. 11 Закону України "Про національні меншини в Україні" (далі – Закон) громадяни України "мають право вільно обирати й відновлювати національність" (при цьому відсутні будь-які умови, вимоги, критерії такого вибору й залежність від національності батьків); "...примушення громадян у будь-якій формі до відмови від своєї національності не допускається" [1; 1992. - № 36. - 529]. У ст. 25 КЗпП України зазначається,

що при укладенні трудового договору забороняється вимагати від осіб, які влаштовуються на роботу, відомості про їх... національну належність, походження, прописку й документи, подання яких не передбачено законодавством [1; 1991. - № 23. - Ст. 267]. Така ж категорична вимога, спрямована на забезпечення права особи на національно-етнічну самоідентифікацію, міститься в Законі України "Про об'єднання громадян", відповідно до ст. 7 якого "забороняється відмова у прийнятті або виключення з політичної партії особи у зв'язку з її... національною належністю" [1; 1992. - № 34. - Ст. 504].

Отже, законодавство України не лише не встановило критерії визначення національно-етнічної належності особи, але й визнало за кожним громадянином право вільно, тобто самостійно, без будь-якого тиску чи наполягання з боку інших осіб, на власний розсуд, установлювати свою національно-етнічну приналежність або взагалі не визначати її. Тим паче, що жодних переваг, привілеїв, пільг, ніякого зиску чи обмежень такий вибір за собою не тягне. Здійснюючи національно-етнічну самоідентифікацію, особа може виходити зі своїх власних уявлень і переконань, установити для себе будь-які критерії (або ж робити це взагалі без будь-яких критеріїв), ґрунтуючись на власних відчуттях, на особистому усвідомленні, керуючись емоціями або ж інтуїтивно, підсвідомо.

Затверджуючи Положення про паспорт громадянина України, Верховна Рада відмовилася від зазначення в паспорті відомостей про національність власника, як це було протягом попередніх десятиліть. При цьому вона виходила передусім із необхідності забезпечити дійсно вільне волевиявлення особи під час здійснення національно-етнічної самоідентифікації [1; 1993. - № 40. - Ст. 385]. Однак усупереч чинному законодавству деякі офіційні бланки анкет, довідок, заяв до цього часу містять окрему графу "національність" і тим самим фактично примушують громадян не лише визначати свою національно-етнічну належність, а й публічно оприлюднити свій вибір. Наприклад, графа "національність" міститься в Додатку № 4 до п. 25 (Форма № 6) Інструкції щодо правил та порядку оформлення й видачі паспорта громадянина України, затвердженої наказом МВС України від 17 серпня 1994 р. № 316 [4]. Усупереч зазначеному Закону Інструкція про порядок реєстрації актів громадянського стану в Україні від 29 грудня 1984 р. № 22/5 (зі змінами й доповненнями, внесеними Міністерством юстиції 19 квітня 1994 р., тобто майже через два роки після прийняття вказаного Закону) також вимагала від судів у рішенні про встановлення батьківства обов'язково вказувати відомості про національність батька дитини (п. 123) [9, с. 55-69].

Викликає занепокоєння й те, що право на вибір національно-етнічної належності у прямій постановці міститься лише в Законі "Про національні меншини В Україні". У подальшому, однак, воно не було закріплено в Конституції України (хоча такі пропозиції висловлювалися та обґрунтовувалися в науковій літературі) і не отримало належного розвитку в поточному законодавстві. Проблема тут полягає у тому, що, з одного боку, воно сформульовано у ст. 11 цього Закону як право кожного громадянина, а з другого – поміщення його саме в розглядуваному Законі дозволяє тлумачити його як таке, що належить виключно представникам національних меншин.

Визначення національно-етнічної належності особи на практиці досить часто безпосередньо пов'язано з мовою, яку особа визнає рідною або якою переважно

спілкується. Однак прямої взаємозалежності тут немає і бувають випадки, коли особа у спілкуванні віддає перевагу одній мові, але вважає себе представником іншої національно-етнічної спільноти. Мовна ситуація, що склалася сьогодні в Україні, визначається багатьма чинниками. З огляду на попередні деформації, обмеження й перекручування в мовній політиці Конституція України визнає державною мовою лише українську. Це реальність, яку мають ураховувати всі громадяни, посадові особи й політичні сили, незалежно від симпатій, уподобань і партійних програм. Разом з тим в Україні реально існує *двомовність* (перш за все українсько-російська) незалежно від того, які оцінки цей феномен знаходить з боку різних політичних сил. Це явище в науці зветься *білінгвізмом*. Воно є характерним для таких держав, як Іспанія, Франція, Канада, Бельгія, Швейцарія, Ліхтенштейн, Індія, та для більшості країн Африки. Розрізняється індивідуальний і соціальний білінгвізм. У XIX ст. російсько-французький білінгвізм набув значного поширення серед так званого "вищого суспільства" тодішньої Росії. Відомий російський поет Ф.І.Тютчев, за власним визнанням, краще міг виразити власну думку французькою, ніж російською мовою; свої листи та статті писав виключно французькою і на дев'ять десятих частіше у своєму житті говорив французькою, ніж російською, а от вірші творив лише російською мовою [7, с. 166].

В Україні протягом довгого часу сформувався односторонній, можна сказати деформований білінгвізм, коли двомовними були переважно вважаючі себе українцями за національністю та представники деяких національних меншин. А от серед росіян, які проживають в Україні, двомовними визнали себе лише 5%. Україномовні громадяни досить легко переходять при потребі на російську мову і спілкуються нею. А от багато хто з російськомовних громадян, навіть знаючи українську мову, досить часто вважає принизливим, незручним, непристойним або навіть принципово неприйнятним спілкуватися українською. Багато хто до цього часу не може позбутися комплексу упередженого ставлення до української мови як до такої, яка начебто має обмежені можливості для висловлення думки, або як до «другорядної», «слабкої». До цього часу ще можна зустріти твердження про те, що українська мова не може бути мовою науки, економіки, технічної документації тощо. На жаль, власне незнання мови або невміння користуватися значним мовним потенціалом ще й по сьогодні виправдовується «обмеженістю засобів мови». Бувають випадки, коли людина, не прочитавши жодного літературного твору українською мовою, стверджує про те, що в українській літературі немає нічого значущого, цінного, справжнього. Невдоволення мовною політикою й мовним законодавством інколи переноситься на мову та на її носіїв. Добре відомо, що тотальна уніфікація здійснювалася за радянських часів у тому числі й за допомогою мовного чинника. Але так само, як у насильницькій русифікації України не можна звинувачувати росіян (і тим паче російську мову), так само непослідовна мовна політика й недосконале мовне законодавство не є виною українців та української мови. Напевно, саме ця складна мовна ситуація і небажання різномовних громадян (перш за все російськомовних та україномовних) зрозуміти один одного, їх невміння відчувати переживання, занепокоєння та біль інших перешкоджають досягненню міжнаціональної злагоди в суспільстві, спричиняють мовну напруженість, відчуження, настороженість. Слід пам'ятати, що одним із каталізаторів збройного конфлікту в Молдові стало саме мовне протистояння та мовний радикалізм.

Розширення міжнаціонального, міжетнічного спілкування (у тому числі зростання кількості міжетнічних шлюбів) призвело до того, що мільйони людей мають так зване змішане національно-етнічне походження. Ще більше людей мешкають за межами своїх національно-етнічних спільнот. Таке ускладнення етносоціальних процесів спричинило поєднання не лише в мові, а й у звичаях, побуті, світосприйманні багатьох людей ознак, характерних для двох чи навіть більше національно-етнічних спільнот. Мільйони людей не можуть упевнено й однозначно визначити власну національно-етнічну належність. Білінгвізм переростає у так звану *подвійну національно-етнічну ідентифікацію, або бінаціональність* [2, с. 134]. До речі, з такою ж проблемою ще в ХІХ ст. зіткнувся М.В.Гоголь, який одночасно усвідомлював себе і як етнічний українець, і як етнічний росіянин. На перший погляд здається, що якихось суттєвих проблем цей феномен не може викликати, адже бінаціональність так же, як і просто національність, не тягне за собою жодних переваг, привілеїв чи обмежень. Більше того, воно є природним і логічним продовженням права на національно-етнічну самоідентифікацію. І хоча це не виключає можливість кон'юнктурних коливань ураженої конформістськими настроями маргінальної частини суспільства від однієї національно-етнічної спільноти до іншої, втрати від абсолютного визнання права на вибір національно-етнічної належності (у тому числі й за особами, які одночасно усвідомлюють себе представником двох різних етносів) видаються все ж значно меншими, ніж від конструювання штучних обмежень чи чергових об'єктивних критеріїв національної належності. На жаль, явища білінгвізму й бінаціональності до останнього часу залишаються недостатньо дослідженими і практично зовсім не враховувалися як при розробці українського законодавства про мови й про національні меншини, так і при винесенні Конституційним Судом України рішення щодо офіційного тлумачення положень ст. 10 Конституції України. Хоча достеменно відомо, що закон, який неадекватно відбиває суспільні відносини й реалії сьогодення, приречений щонайменше на забуття й відверте нехтування.

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради України. 2. Вітковський В., Рабінович П. Подвійна національна ідентифікація: дві постановки проблеми // Республіканець. – 1994. – № 3-4. – С. 134-137. 3. Гумилев Л.Н. Етногенез і біосфера Землі. – М., 1993. – 503 с. 4. Закон і бізнес. – 1994. – № 43-44. 5. Збірник законодавчих матеріалів про реєстрацію актів громадянського стану в Українській РСР. – К.: Політвидав України, 1971. – С. 3-68. 6. Офіційний вісник України. – 1999. – № 5. – Ст. 156. 7. Потєбня А.А. Мысль и язык. – К.: СИНТО, 1993. – 192 с. 8. Права людини в Україні. Інформаційно-аналітичний бюллетень Українсько-американського бюро захисту прав людини. Випуск 21. – К., 1998. – 455 с. 9. Право України. – 1994. – № 7-8.

Надійшла до редакції 03.11.2000 р.

УДК 347.19

В.І. Борисова, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Кожна юридична особа індивідуальна. Оскільки вона становить собою суб'єкт цивільного обороту, то для того, щоб виступати в ньому від свого імені серед

усіх інших суб'єктів, вона повинна мати певну назву – найменування.

Чинне законодавство розрізняє такі поняття, як “найменування юридичної особи” і “фірмове найменування”. Найменування повинна мати будь-яка юридична особа, воно зазначається в її установчих документах і містить вказівку на організаційно-правову форму, а в деяких випадках і на характер діяльності. Наприклад, відповідно до Закону України “Про банки та банківську діяльність” організації, функцією яких є кредитування суб'єктів господарської діяльності та громадян, у своєму найменуванні обов'язково мають використовувати термін “банк”. При цьому існує заборона для всіх інших суб'єктів використовувати у своїх назвах вказаний термін та похідні від нього словосполучення. До речі, проект Цивільного кодексу України (надалі – проект ЦК) зберігає цю вимогу тільки до найменування установ.

Згідно з ч. 2 ст. 27 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК) господарські організації мають право на фірмове найменування, а права й обов'язки, пов'язані з його використанням, визначаються спеціальним законодавством. Слід зазначити, що такого законодавства так і не було створено. Свого часу на Україні в розвиток статей Цивільного кодексу УРСР 1922 р. 25 вересня 1924 р. була прийнята постанова РНК УРСР “Про фірму”, яка встановлювала порядок набуття й користування торговельними підприємствами, товариствами з обмеженою відповідальністю та державними підприємствами фірмовими найменуваннями [12]¹. Ця постанова діяла до затвердження Положення про фірму (надалі – Положення) [10]. Згідно з указаним Положенням фірма – це найменування господарської організації (підприємства – В.Б.), яке включає спеціальне найменування, номер та інші вказівки, що містять розрізняльні ознаки. Крім повної назви вона могла включати і скорочене найменування. Залежно від виду підприємства (державного, кооперативного) до їх фірми пред'являлись особливі вимоги. Між тим, загальним було правило, яке не дозволяло включати в фірму зазначення, які б могли ввести в оману третіх осіб.

Таким чином на законодавчому рівні було вирішено питання, яке довгий час було спірним, що фірма – спеціальне найменування підприємства [15, с. 182-194; 16, с. 195; 17, с. 226-228]. Це означало, що вона є складником підприємства і повинна підкорятися його долі, тобто не може відчужуватися незалежно від підприємства. Фірма не підлягала реєстрації і виникала з моменту, коли розпочиналося її фактичне використання. Причому право на фірму належало тій організації, яка починала ним користуватися раніше. Це право захищалося у судовому порядку за допомогою цивільного позову про припинення користування тотожною або схожою фірмою іншими підприємствами і про стягнення спричинених цим збитків, якщо внаслідок тотожності або схожості виникала можливість сплутати фірму.

Проект ЦК передбачає, що підприємницькі товариства (комерційні юридичні особи – В.Б.) повинні мати фірмове найменування (ст. 69). Однак законодавець не зовсім послідовний у вирішенні цього питання, бо, розкриваючи поняття фірмового найменування (ст. 520), веде мову взагалі про назву будь-якої юридичної особи, що зареєструвала його у встановленому порядку. Виникає питання: у чому ж різниця між найменуванням, наприклад, установи і фірмовим найменуванням підприємницького товариства? Тільки в реєстрації? У зв'язку з цим пригадуються слова А.І. Камі-

¹ У РРФСР на той час ще не було спеціального законодавства про фірму, а існували тільки окремі роз'яснення НКЮ РРФСР.

нки, який ще на початку ХХ ст. вказував на недоліки цивільних законів і перш за все “на відсутність у них загальних визначень” [6, с. 1].

Сьогодні вже не діє Положення про фірму, а тому відчувається нагальна потреба в розробці спеціального нормативного акта про фірмове найменування, на що неодноразово зверталась увага в юридичній літературі [9, с. 129]. Вважаємо, що фірмове найменування і в умовах ринкової економіки має відповідати низці добре відомих вимог, які треба закріпити на рівні закону. Воно повинно: а) правдиво відзеркалювати правовий статус юридичної особи і не вводити в оману інших учасників цивільного обороту (принцип дійсності); б) мати розрізняльні ознаки, які б не припускали можливості сплутати одну комерційну юридичну особу з іншою (принцип виключності); в) бути зареєстровано (принцип публічності). Фірмоволоділець повинен вказувати назву фірми на бланках, вивісках тощо.

Названі вимоги визначають і структуру фірмового найменування. На практиці вирізняють дві частини фірми: основну, яка називається корпусом фірми, і допоміжну, що зветься доданням. Корпус фірми – обов’язкова її частина, яка має містити вказівку на організаційно-правову форму комерційної юридичної особи, її тип (стосовно підприємства – державне, муніципальне, приватне) і предмет діяльності (виробниче, торговельне тощо), а в окремих випадках й інші його характеристики, наприклад, відомості про власника (власників).

До корпусу фірми додається допоміжна частина, елементи якої прийнято поділяти на два види – обов’язкові й факультативні. Обов’язковим додатком є спеціальне найменування підприємства, його номер, або якесь інше зазначення, що сприятиме розрізненню юридичних осіб (найчастіше це оригінальні назви). До факультативних відносять скорочені назви, вказівки, що підкреслюють універсальність, спеціалізацію володільца і можуть включатися у фірму тільки за його бажанням.

До фірмових найменувань окремих організаційно-правових форм комерційних юридичних осіб треба пред’являти особливі вимоги: наприклад, акціонерному товариству належить у фірмовому найменуванні містити вказівку на його тип (відкрите чи закрите), а якщо воно створює дочірні підприємства, то давати їм інші найменування; товариству з додатковою відповідальністю крім найменування слід обов’язково містити ще й слова “з додатковою відповідальністю” і таке інше.

У цивільній літературі поняття “фірмове найменування” наводиться дуже часто. Деякі вчені виходять з того, що під ним підприємець виступає в цивільному обороті і воно ж індивідуалізує його серед інших учасників останнього [16, с. 196; 2; 3, с. 158; 13, с. 57]. Інші ж під фірмовим найменуванням розуміють стале зазначення підприємства (фірми, компанії, концерна), яке відрізняє його в господарському (торговельному) обороті від інших підприємств (фірм) [4, с. 309]. Неважко дійти висновку, що всі вони підкреслюють індивідуальність юридичної особи в процесі товарообміну. Між тим, юридична особа, яка має фірмове найменування, може бути учасницею (а частіше всього і є нею) багатьох правовідносин – адміністративних, трудових, процесуальних та ін. Виникає питання: під якою назвою вона повинна виступати в них? Вважаємо, що і в цих правовідносинах їй належить виступати під тим самим фірмовим найменуванням. Отже, *фірмове найменування – це назва комерційної юридичної особи, що повинна містити відомості про її засновників (засновника) організаційно-правову форму, предмет діяльності, а також інші вказівки, необхідні для розрізнення юридичних осіб одного виду, наприклад, оригінальні назви, власні ім’я, геог-*

рафічні назви тощо.

Згідно з чинним законодавством підприємницька діяльність може здійснюватись і фізичною особою без створення юридичної. У зв'язку з цим в юридичній літературі “реанімована” думка, що й фізична особа – підприємець може стати суб'єктом права на фірму [9, с. 130]. Хоча громадянин-підприємець частіше виступає в цивільному обороті під своїм власним ім'ям, яке його й індивідуалізує, вважаємо, що він також може набувати і здійснювати права, використовуючи фірмове найменування. Це впливає з того, що держава гарантує всім підприємцям рівні права, незалежно від обраної ними форми підприємницької діяльності.

Але не можна, на нашу думку, погодитися з тим, що, якщо фірму створює тільки одна особа – її засновник, який до того ж складає увесь її колектив, суб'єктом права на фірмове найменування буде фірмач-засновник – фізична особа [9, с. 130]. Ця точка зору не нова, свого часу її поділяло багато науковців [17, с. 226-228]. Як вбачається, у цьому випадку суб'єктом права на фірмове найменування буде сама юридична особа. Із цього приводу ще Г.Ф. Шершеневич писав: “Фірмою індивідуалізується підприємство, а не купець, якому для цієї мети служить його цивільне ім'я. Як ім'я купця фірма не тільки не сприяє індивідуалізації останнього, а, навпаки, затіняє її. Тільки визнавши фірму за найменуванням підприємства, а не купця, ми досягнемо єдиного поняття про фірму, загального як для підприємства поодинокого (одиночного) купця, так і колективного, яким є товариство” [15, с. 183].

Хоча в цивільній літературі давно вже панує думка, що право на найменування юридичної особи, включаючи й фірмове, – це її особисте немайнове право [7, с. 70, 71; 11, с. 29], однак у чинному ЦК вона не знайшла свого закріплення. Проект ЦК відносить до особистих немайнових прав юридичної особи право на недоторканість ділової репутації, таємницю кореспонденції, інформацію тощо. Із цим не можна погодитись, навіть якщо виходити з того, що законодавець наводить невичерпний перелік особистих немайнових прав. Вважаємо за доцільне поповнити перелік цих прав комерційних юридичних осіб (у редакції проекту ЦК – підприємницьких товариств), поставивши на перше місце право на фірмове найменування. Юридична особа – це правова форма, у якій існує реальна організація, суб'єкт права, яка потребує індивідуалізації з перших хвилин свого існування. Уже на етапі свого створення комерційна організація, яка прагне одержати права юридичної особи, повинна вибрати для себе фірмове найменування. Підкреслимо: повинна. На наш погляд, це одна з умов виникнення юридичної особи. Коли організація отримує права юридичної особи, у неї виникають особисті немайнові права, з урахуванням і права на фірмове найменування, що й забезпечуватиме її соціальне буття. Тому не зовсім правильно пов'язувати виникнення права на фірмове найменування з його державною реєстрацією, як це зроблено в проекті ЦК (ст. 521). Інша справа, що треба встановити строк, протягом якого комерційна юридична особа має зареєструвати фірмове найменування.

У сучасних умовах фірмове найменування виконує декілька функцій: а) індивідуалізує певну комерційну юридичну особу як виробника продукції (робіт, послуг); б) виконує рекламну функцію; в) захищає фірмоволодільця. Однак стверджувати, що в Україні існує дійовий механізм правової охорони фірмових найменувань юридичної особи, ще не можна. Правове регулювання відносин, пов'язаних з назвою юридичних осіб, включаючи й фірмове найменування, здійснюється нормами, які мі-

стяться в низці законів України, актів підзаконного характеру, а також міжнародних договорів, ратифікованих Україною.

Правова охорона будь-яких суспільних відносин розглядається у двох рівнях. Перший – це врегулювання їх, тобто замкнення цих суспільних відносин у відповідну до їх змісту правову оболонку. Об'єктом правової охорони тут виступають суспільні відносини, і в цьому вона тотожна правовому врегулюванню, який здійснює закон. На другому рівні об'єктом правової охорони виступають уже конкретні суб'єктивні права конкретних учасників правовідносин. Необхідність такої охорони виникає одночасно з виникненням самого права. Правова охорона суб'єктивного права включає систему різних юридичних засобів з метою запобігання можливому порушенню. Однак, виходячи з аналізу законодавства, не можна зробити висновок, що будь-яка комерційна юридична особа може захистити право на фірмове найменування. Ще не сформувалося законодавство, яке дозволило б їй це ефективно зробити.

Юридична охорона фірмового найменування має здійснюватися автоматично з моменту реєстрації юридичної особи. Це відповідає ст. 8 Паризької конвенції про охорону промислової власності, згідно з якою “фірмове найменування охороняється у всіх країнах Союзу без обов'язкової подачі заявки або реєстрації і незалежно від того, чи є воно частиною товарного знаку”¹. Між тим, хоча ця стаття й надає охорону фірмовому найменуванню (причому не тільки в Україні, а й у всіх країнах – учасницях цієї конвенції), вона не вказує, яким чином це повинно здійснюватись. Ніхто не перевіряє фірмове найменування на новину, як це відбувається при реєстрації знаків позначення, а тому ймовірність однакових назв дуже велика, що породжує плутанину в ідентифікації виробника. Відсутність сьогодні на практиці механізму правової охорони фірмових найменувань спонукає фірмоволодільців, які в пошуках виходу, мабуть, пригадують, що колись фірма, клейма та вивіски були нерозривно пов'язані, здійснювати реєстрацію фірмового найменування у вигляді знака позначення, який проходить перевірку на новину і підлягає реєстрації в патентному відомстві України (надалі – відомство). Цей знак має словесну назву (логотип).

На відміну від фірмових найменувань, яких залежно від кількості юридичних осіб, що їх вибрали, може бути декілька, знак позначення, який повторює фірмове найменування підприємства, може бути тільки один. Але одна справа, коли це здійснює володілець фірмового найменування, і зовсім інша, коли існує зареєстрований логотип, тобто є власник свідоцтва на знак позначення, і раптом з'являється якась інша юридична особа, яка буде займатися таким же видом діяльності, й обирає таку ж фірмову назву, що й зареєстрований логотип. Якщо в першому випадку виключається можливість існування декількох юридичних осіб, одна з яких має фірмове найменування, а друга такий же знак позначення, то в другому існують дві юридичні особи і виникає ймовірність сплутати такі позначення, а значить, і їх володільців. Це, у свою чергу, може призвести до введення споживача в оману щодо виробника товару (послуги). Ситуація може погіршуватися навіть тим, що згідно з Законом України “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг” [1] власник свідоцтва може передавати на підставі договору право власності на знак позначення будь-якій особі, яка стає його правонаступником (п. 4 ст. 16). Причому володілець фірмового наймену-

¹ 26 серпня 1992 р. Кабінет Міністрів України зробив Заяву, якою оголосив чинною на території України Паризьку конвенцію про охорону промислової власності, прийняту 20 березня 1883 р., в такому вигляді, у якому вона була переглянута в Стокгольмі 14 липня 1967 р. і доповнена 2 жовтня 1979 р.

вання, який зареєстрував логотип, не може передати право власності на нього іншій особі, якщо він залишається фірмоволодільцем, бо така передача може стати причиною введення в оману споживача щодо особи, яка виготовляє товар чи надає послуги, а власник знака позначення, який не є фірмоволодільцем, вправі це зробити і ніхто не зможе встановити, що таким чином споживачі були введені в оману. Як зазначається в літературі, у зв'язку з цим виникає колізія зіткнення прав на фірмове найменування і на знак позначення. Наприклад, В. Орлова вважає що чинні правові норми не дозволяють однозначно говорити про те, якому з названих об'єктів буде віддана перевага при виникненні спору про порушення виключного права. Більш того, їх зміст не дозволяє зробити й однозначного висновку про те, що зіткнення прав дійсно має місце [8, с. 43].

Вважаємо, що в таких випадках колізія зіткнення прав на ці об'єкти дійсно існує. Але законодавець, передбачаючи можливість виникнення цих колізій, прагне запобігти цьому, і в деяких випадках йому це вдається. Наприклад, згідно з п. 3 ст. 6 названого Закону не можуть бути зареєстровані як знаки позначення такі з них, які є тотожними або схожими настільки, що їх можна сплутати, і в тому числі з фірмовими найменуваннями, що відомі в Україні і належать іншим особам, які одержали право на них до дати подання до відомства заявки щодо однорідних товарів і послуг. Однак передбачити всі випадки, що можуть призвести до колізії виключних прав, і запобігти цьому неможливо. Навіть коли колізії не виникають, існує безліч обставин, які роблять захист володільця фірмового найменування, який зареєстрував логотип, клопіткою справою. Адже свідоцтво на нього видається на 10 років, а це означає, що кожні 10 років прийдеться продовжувати строк дії свідоцтва, звичайно, якщо до того часу буде існувати сама юридична особа.

Юридична особа може вибрати будь-яку фірму за умови, що вона не використовується кимось іншим. Але для того, щоб вона реально могла це зробити, у межах побудови діючого механізму охорони фірмових найменувань в Україні необхідно створити Реєстр фірмових найменувань суб'єктів підприємницької діяльності, на що неодноразово зверталась увага практиків [14]. Він буде мати запобіжний характер, що дозволить усунути випадковий або умисний збіг фірмових найменувань.

Хоча в Україні з 1 січня 1996 р. діє Єдиний державний реєстр підприємств та організацій України [5] – автоматизована система збирання, накопичення й обробки даних про підприємства й організації всіх форм власності, а також їх відокремлених підрозділів, він виконує зовсім іншу функцію – забезпечує єдиний державний облік цих суб'єктів. Інформаційний фонд Реєстру включає дуже велику кількість даних (ідентифікаційних, довідкових, реєстраційних, економічних та ін.), що не дозволяє оперативно вирішувати потребу в з'ясуванні питання про можливість обрання того чи іншого фірмового найменування. 18 листопада 1999 р. постановою Кабінету Міністрів України було затверджено Положення про Реєстр суб'єктів підприємницької діяльності [19]. Це теж автоматизована система збирання, накопичення й обробки даних про юридичні та фізичні особи, зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності. Але й він не містить інформації про фірмове найменування юридичних осіб.

Реєстр фірмових найменувань – це, так би мовити, перший ланцюжок у механізмі правової охорони їх володільців. Засновники (засновник) комерційної юридичної особи передусім повинні стати користувачами даних цього Реєстру і подавати

разом з установчими документами в органи реєстрації юридичних осіб довідку про відсутність аналогічного фірмового найменування, що дозволить дотримуватись принципу виключності фірми¹. Без цієї довідки організація не може бути зареєстрована в органах державної реєстрації. У зв'язку з цим треба внести відповідні зміни до Положення про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності [18], доповнивши перелік тих документів, які власникові (власникам) належить подати у відповідні органи, документом з Реєстру. Це буде стосуватися і громадян-підприємців, якщо вони здійснюватимуть підприємницьку діяльність під фірмовим найменуванням.

Чинне законодавство не передбачає підстав припинення дії права на фірмове найменування, хоча, виходячи з сутності останнього, слід прийти до висновку, що воно припиняється з ліквідацією юридичної особи. Що ж до додаткових підстав припинення права на фірмове найменування, то, на нашу думку, їх можна поділити на декілька видів. Це може бути здійснено: а) з волі самого фірмоволодільця, коли він відмовляється від існуючого найменування і замінює його на нове; б) коли необхідність кардинальної зміни фірмового найменування пов'язана з реорганізацією юридичної особи; в) коли є рішення суду про необхідність зміни фірмового найменування з причини невідповідності його вимогам законодавства. В основному в юридичній літературі підтримують таку точку зору [8, с. 45]. Але окремі вчені вважають, що це можливо також і при переході підприємства до нового володільця, якщо умови такої передачі не передбачають збереження за підприємством його фірмового найменування [11, с. 544].

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36. 2. *Волчинский В.К.* Понятие и содержание фирменного наименования // Вестн. МГУ: Серия XII: Право. – 1973. – № 1. – С. 62-69. 3. Гражданское право: Учебник: Часть III / Под ред. *А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого*. – М.: Проспект, 1998. – 592 с. 4. *Дахно И.И.* Патентование. – Харьков: Ксилон, 1997. – 313 с. 5. Закон і бізнес. – 1996. – № 82. – 14 лют. 6. *Каминка А.И.* Акционерные компании. – СПб.: Типо-литогр. А.Е. Ландау, 1902. – 489 с. 7. *Медведев Д.А.* Право на фирму в условиях рыночной экономики // Осуществление и защита имущественных прав граждан и организаций в условиях формирования социального правового государства. – Уфа, 1991. 8. *Орлова В.* Фирменное наименование и товарный знак: соотношение прав // Закон. – 2000. – № 4. – С. 43-47. 9. *Підпригора О.А., Підпригора О.О.* Право інтелектуальної власності України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 336 с. 10. СЗ СССР. – 1927. – № 40. – Ст. 398. 11. *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности Российской Федерации. – М.: ТЕИС, 1996. – 704 с. 12. Сборник Указаний УССР. – 1924. – № 39. – С. 252. 13. *Стогний Е.* Фамилия. Имя. Отчество // Бизнес. – 1997. – № 33. – 18 авг. 14. *Стогний Е.* Фирменное наименование и товарный знак // Бизнес-Харьков. – 1993. – № 25. – 4 июля. 15. *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. – СПб., 1902. – 515 с. 16. *Шретер В.* Советское хозяйственное право (право торгово-промышленное): Учеб. пособие для вузов. – М.-Л.: Госиздат. – 1928. – 332 с. 17. *Уоинцев.* Русское торгово-промышленное право. – 1907. 18. Урядовий кур'єр. – 1998. – 2 черв. 19. Урядовий кур'єр. – 1999. – 1 груд.

Надійшла до редакції 20.09.2000 р.

УДК 347.457

В.Л. Яроцкий, канд. юрид.наук, доцент

¹ Сутність цього принципу полягає в тому, що фірма повинна відрізнятися від усіх існуючих у даній місцевості підприємств, мати виключний характер, а право комерсанта визнається виключним майновим правом. Цим пояснюється те, що при продажу підприємства право на фірмове найменування оцінюється як і інші елементи майна підприємства.

ЦЕННЫЕ БУМАГИ КАК ДОКУМЕНТЫ

Терминологическое словосочетание «ценные бумаги» в его современном значении впервые было введено в правовую лексику ст. 271 Германского торгового уложения 1862 г. и реципировано дореволюционным российским гражданским правом. В то время в Российской империи, составной частью которой являлась и Украина, термин «бумага» рассматривался в значении документа. В частности, один из известнейших и авторитетных в дореволюционной России словарей содержит следующее определение: «Бумага – (в юридическо-административном смысле) означает всякий письменный деловой документ, подлежащий ведению или разбору того или иного административного или судебного учреждения» [8, с. 917]. Таким образом, терминологическое словосочетание «ценные бумаги» в буквальном смысле означает документы, имеющие ценность. В настоящее время анализируемое словосочетание является устоявшимся и широко используется украинским законодательством и практикой.

Следует отметить определенную взаимосвязь и взаимозависимость дореволюционной и современной трактовки терминов «бумага» и «документ». В современном значении «документ – деловая бумага, подтверждающая какой-нибудь факт или право на что-нибудь» [7, с. 148]. Этот термин имеет латинское происхождение и означает «поучительный пример», «способ доказательства» [6, с. 4]. Документы играют значительную роль в хозяйственной, правовой и иных сферах деятельности людей. Однако наиболее существенная роль им принадлежит все же в правовой сфере. Основное функциональное назначение юридических документов состоит в закреплении соответствующими способами с использованием различных материалов носителей разнообразной правовой информации о фактах, событиях и явлениях объективной действительности и деятельности человека. Немаловажное значение имеют документы и в сфере гражданско-правового регулирования вообще и для регламентации отношений, выраженных в ценных бумагах, в частности.

Попытку рассмотреть понятие ценной бумаги посредством анализа функций, выполняемых в гражданском и торговом обороте юридическими документами, впервые предприняли известные зарубежные ученые XIX в. Виванте, Брюннер, Эндерманн, Якоби, Гирке, Мейер, Таллер и др. [1, с. 5]. Проанализировав их взгляды на значение и роль документов при определении понятия ценной бумаги, М.М. Агарков пришел к следующим выводам. В зависимости от значения юридических документов для соответствующего правоотношения они выполняют в гражданском обороте различные функции. Функциональным назначением документа может быть письменное удостоверение определенных юридических фактов. В этом качестве он может иметь значение доказательства в судебном процессе. По мнению М.М. Агаркова «документ в этом случае не играет роли в динамике правоотношения. Правоотношение возникает, существует и прекращается независимо как от наличия документа, так и от его содержания. Документ находится как бы вне правоотношения и приобретает значение только в случае судебного спора, в котором ему принадлежит роль доказательства наряду с иными допущенными процессуальным правом доказательствами или

преимущественно перед ними. Ст. 130 Г.К., согласно которой договор на сумму свыше пятисот рублей должен быть совершен в письменной форме, имеет в виду эту функцию юридического документа» [1, с. 6]. Приводя в качестве примера положения ст. 130 ГК Украинской ССР 1922 г., ученый делал акцент на том, что применение к этой статье устанавливало для договора преимущественное значение письменного доказательства. Это выражалось в том, что при несоблюдении этой установленной законом формы стороны лишались права в случае спора ссылаться в подтверждение факта заключения договора на свидетельские показания. Это правило нашло свое отражение в ст. 46 действующего ГК Украины. Анализ приведенных воззрений М.М. Агаркова с точки зрения современного уровня развития науки гражданского права позволяет сделать вывод о том, что они в некоторых аспектах потеряли свою актуальность и иногда нуждаются в уточнении. В частности, в указанном М.М. Агарковым примере речь идет о договоре как документе, удостоверяющем соответствующие права и обязанности по сделке и сам факт ее заключения. И в этом смысле нельзя согласиться с его утверждением о том, что «правоотношение возникает, существует и прекращается независимо как от наличия документа, так от его содержания» [1, с. 6].

В римском частном праве договор рассматривался с трех точек зрения: как основание возникновения правоотношения, как само правоотношение, возникшее из этого правоотношения и как форма, которую правоотношение принимает [4, с. 18]. В цивилистической литературе указывалось, что такое многоаспектное представление о договоре с определенными изменениями практически реализовано в ГК РФ и в гражданских кодексах других стран, в частности, в ст. 1101 Французского ГК, ст. 1-201 Единообразного торгового кодекса США и ст.213 ГК Нидерландов [3, с. 10]. Как многогранное правовое явление, договор рассматривается с учетом смысла гл. 51 и в проекте нового ГК Украины. Такой характер договора отмечают и правоведы. В частности, О.С. Йоффе, рассматривая договор как соглашение двух или более лиц о возникновении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей, отмечал: " Иногда под договором понимается само обязательство , возникающее из такого соглашения, а в некоторых случаях этот термин обозначает документ, фиксирующий акт возникновения обязательства по воле всех его участников" [5, с. 26]. В современной гражданско-правовой литературе относительно правового значения договора есть определенные расхождения во мнениях, но все же представление о нем как о многоаспектном правовом явлении является доминирующим. В частности, именно в таком ракурсе рассматривает договор на страницах учебника по гражданскому праву Н.Д. Егоров: "Под договором понимают и юридический факт, лежащий в основе обязательства, и само договорное обязательство, и документ, в котором закреплен факт установления обязательственного правоотношения" [3, с. 495]. Исходя из вышеизложенного, считаем, что правоотношение, основанное на заключении договора, не может быть независимым как от наличия документа, так и от его содержания. Если толковать договор как юридический факт, лежащий в основе возникновения обязательства, то правоотношение, основанное на его заключении, всецело зависит и от самого договора, и от его содержания. Без договора указанное правоотношение не может считаться возникшим. Содержание договора также оказывает существенное влияние и на динамику правоотношения. Ведь оно может быть изменено посредством внесения в него по договоренности сторон изменений и дополнений. При этом

соответствующие изменения произойдут и в содержании основанного на нем правоотношения, так как речь идет об объеме одних и тех же прав и обязанностей. Только в одном случае мы рассматриваем их в контексте содержания договора, в другом – как элемент правоотношения. А содержание правоотношения и составляют соответствующие права и обязанности, выраженные в договоре, на котором оно основано.

Именно это наблюдение позволило Г. Дернбургу рассматривать договор в одном из его аспектов как правоотношение. Нельзя также признать отвечающим современному уровню представлений о роли и значимости договора в гражданско-правовых отношениях и утверждение М.М. Агаркова о том, что договор как документ "приобретает значение только в случае судебного спора" [1, с. 6]. Как представляется, договор имеет правовое значение в течение всего времени существования соответствующего правоотношения, причем не только доказательственное. Это значение состоит также в возможности изменить, дополнить или прекратить правоотношение в любой момент по договоренности сторон. Кроме того, как носитель соответствующей правовой информации, договор играет информационно-осведомительную роль, так как позволяет сторонам по мере необходимости руководствоваться его текстом при исполнении его условий. Считаем, что нельзя отрицать правового значения основанного на договоре правоотношения и других документов, используемых в договорном процессе. Например, правовое значение приобретают оферта и акцепт не только в случае судебного спора, но и если рассматривать их как стадии заключения договора, и как документы, с помощью которых осуществляется его заключение. Соответствующую правовую значимость имеет также и иная документация, сопровождающая процесс заключения и исполнения договора, к примеру, документы, подтверждающие происхождение, качество и комплектность товара, акт их приема-передачи и т. п.

Рассматривая договор в ракурсе правового средства установления, а в необходимых случаях изменения или прекращения соответствующих правоотношений, можно согласиться с выводом М.М. Агаркова о том, что "документ находится как бы вне правоотношения" [1, с. 6], однако тоже лишь условно, не принимая во внимание иные аспекты его многофункционального правового значения и роли. Ведь, как указывалось выше, с точки зрения современных воззрений на правовую природу договора он сам в одном из аспектов рассматривается в качестве правоотношения. С помощью этого наблюдения, как представляется, М.М. Агарков хотел подчеркнуть следующее существенное различие между договором и ценной бумагой как документами. Если договор как правовое средство установления соответствующих прав и обязанностей находится как бы вне правоотношения, поскольку оно может развиваться и без его предъявления, то документарная ценная бумага является одновременно и средством его установления, и одним из его элементов – объектом.

Специфику ценных бумаг как документов этот ученый подчеркивал, сопоставляя их с документами, имеющими материально-правовое значение. Он отмечал, что в определенных случаях документу принадлежит не только процессуальное, доказательственное, но и материально-правовое значение. Закон или воля сторон устанавливает, что его наличие необходимо для возникновения соответствующего правоотношения. Документы, составление которых необходимо для возникновения соответствующих правоотношений, он называл конститутивными. В качестве примера таких документов, предусмотренных законом, он называл договоры, требующие под

страхом их недействительности нотариального удостоверения, и отмечал, что в этом случае правоотношение возникает только с момента надлежащего оформления сделки. Составление документа входит в основание (*corpus*) сделки, составляет ее необходимую часть. М.М. Агарков подчеркивал, что конститутивное значение документа может устанавливаться не только законом, но и волей сторон, если стороны пришли к соглашению установить договорные отношения в избранной ими форме, например в нотариальной. В качестве примера конститутивных документов М.М. Агарков приводил договоры о праве застройки. На основании изложенных выше рассуждений, он пришел к выводу о том, что материально-правовые, конститутивные функции принадлежат документу и тогда, когда он имеет значение при осуществлении выраженного в нем права. Такие документы, по его утверждению, и являются ценными бумагами.

Воззрения М.М. Агаркова на материально-правовое, конститутивное значение определенных видов гражданско-правовых документов не получили широкого признания и развития в современной цивилистике, поэтому не считаем необходимым акцентировать внимание на этой проблеме. Важным для целей и задач исследования правовой природы ценных бумаг представляется вывод об особом характере документов, именуемых ценными бумагами, а также идея их сравнения с договорами и иными сделками, которая заслуживает дальнейшей разработки и развития.

Список литературы: 1. Агарков М.М. Учение о ценных бумагах. – М.: Фин. изд-во НКФ СССР, 1927. – 165 с. 2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1998. – 682 с. 3. Гражданское право: Учебник: Ч. 1. – Изд. 3, перераб. и доп. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 1998. – 625 с. 4. Дербурзь Г. Пандекты. Обязательственное право. – М.: Универс. тип., 1900. – 490 с. 5. Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – 880 с. 6. Молдованов М.І., Сидорова Г.М. Сучасний діловий документ: зразки найважливіших документів українською мовою. – К.: Техніка, 1992, – 400 с. 7. Ожегов С.И. Словарь русского языка. – 18 изд. стереотип. – М.: Рус. яз., 1986. – 795 с. 8. Энциклопедический словарь / Изд.: Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон. – Спб.: Типограф. И.А. Ефрона, 1891. – 952 с.

Надійшла до редакції 01.12.2000 р.

УДК 345.55 **В.М. Игнатенко**, канд. юрид. наук, доцент
*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

ПОНЯТИЕ И УСЛОВИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПО ВЕДЕНИЮ ЧУЖИХ ДЕЛ БЕЗ ПОРУЧЕНИЯ

До настоящего времени правовой институт, регулирующий такой вид внедоговорных обязательств, как ведение чужих дел без поручения, не имеет закрепления в гражданском законодательстве Украины. ГК Украины содержит лишь ст.63, согласно которой сделка, совершенная от имени другого лица лицом, не уполномоченным на совершение сделки, или с превышением полномочий, создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности для представляемого лишь в случае последующего одобрения сделки этим лицом. Последующее одобрение сделки пред-

ставляемым делает ее действительной с момента ее заключения.

Данная норма включает случаи, когда полномочия на заключение сделки вообще отсутствовали (истек срок действия доверенности, договора поручения, доверенность не выдавалась, договор не заключался), а также когда представитель выходил за пределы полномочий (заключалась сделка с третьим лицом на иных условиях, чем предусматривала доверенность). При наличии лишь одной этой статьи за пределами правового регулирования остаются вопросы возмещения затрат лица, действующего в чужом интересе без поручения, возмещения причиненного ему при исполнении таких действий вреда и др.

На необходимость правового регулирования указанных отношений, представляющих собой гуманный акт по отношению к другим членам общества, неоднократно указывали ученые-цивилисты. Так, В.И. Синайский отмечал: «Ведение чужих дел без поручения есть совершение действий одним лицом (распорядителем, гестором) в пользу другого лица (хозяина), без его на то воли. Уже одно это определение показывает, какое большое этическое значение имеет институт ведения чужих дел без поручения. Вот почему законодательство должно очень тщательно регулировать данный институт, с одной стороны, способствуя развитию в общезжитии начал альтруизма, с другой – не поощряя без надлежащей в том нужды вмешательство в чужие дела, охраняя свободу самоопределения человеческой личности» [11, с. 166].

Определяя ведение дел, Е.Годеме указывал, что ведение чужих дел имеет место в тех случаях, когда лицо добровольно и без поручения совершает один или несколько актов, касающихся имущества другого лица. Ведение дел состоит в совершении без поручения акта, который мог бы быть совершен во исполнение поручения. Следовательно, это есть средство помощи другому... [1, с. 290].

Институт ведения чужих дел, по римскому праву, – один из видов квази-контрактов. В Институциях Гая (Титул V п.1) приводится высказывание Ульпиана о том, что этот эдикт является необходимым, так как им приносится большая польза отсутствующим: либо чтобы они не страдали вследствие отсутствия защиты в случаях завладения их имуществом или продажи его, либо чтобы они не утратили залога вследствие его продажи или иска об уплате (в их пользу) штрафа, либо чтобы они не лишились своей вещи вследствие (чужих) неправомερных действий [7, с.212].

Ч. Санфилиппо характеризует развитие института ведения чужих дел следующим образом: «Из того факта, что некто, не имея поручения, по своей воле принял на себя ведение чужих дел (*negotiorum gestio*), имея намерение сделать себя обязанным (*dominus negotii*), между этим последним и первым возникают взаимные обязательства, которые были вначале санкционированы преторским эдиктом, а впоследствии – гражданским иском (*bonae fidei*)» [10, с. 259].

Однако высказывались также суждения о трансформации института ведения чужих дел. Что касается настоящего времени, отмечал Н.О. Нерсесов, то «с признанием прямого представительства отношения касательно *negotiorum gestio* несколько видоизменились. Теперь *gestor* выступает в гражданском обороте или в качестве мандатария *dominus 'a*, или же его представителя; другими словами, он может заключать с третьими лицами сделку за счет *dominus 'a*, но от своего собственного имени, или же от имени последнего. Оба эти случая существенно отличаются друг от друга как поручение и представительство» [6, с. 67].

Прежде чем провести анализ условий ведения чужих дел без поручения по

проекту ГК Украины, целесообразно обратиться к выводам исследователей аналогичных институтов в других правовых системах. Исходя из ст.1372 Французского Гражданского кодекса 1804 г. (ФГК), “если кто-либо добровольно ведет дела другого вне зависимости от того, знает ли собственник или не знает, то тот, кто ведет дела, заключает молчаливое обязательство продолжать ведение дела, которое он начал, и довести его вплоть до времени, когда собственник будет в состоянии сам заботиться о своих делах; он должен равным образом принять на себя все то, что связано с данным делом (т.е. все обязательства). Он подчиняется всем обязанностям, которые возникли бы, если бы прямо существовало поручение, которое ему дал бы собственник” [12, с. 304].

Е.Годеме называл три конститутивных элемента ведения дел (условия):

1. *Должен быть один или несколько фактов ведения дел.* Ими могут быть любые факты, совершаемые в интересе другого.

2. *Намерение вести дела для другого* или, по крайней мере, совершить допускаящий одобрение акт, в отношении которого можно считать себя представителем другого лица.

3. *Нужно, чтобы отсутствовало согласие хозяина.* Если оно имеется, перед нами – молчаливое поручение, и тогда нет случая ведения дел [1, с. 290, 291].

В.И. Синайский существенными принадлежностями ведения чужих дел без поручения (условиями) признавал: а) намерение лица совершить действие в чужом интересе; б) отсутствие у лица полномочия (безразлично, по договору или по закону) на совершение действия [11, с.166].

Российский законодатель в ст.980 ГК РФ объединил два различных отношения: квазиделиктные – по возмещению расходов, понесенных при совершении действия фактического порядка в целях предотвращения вреда личности или имущества другого лица, и квазиконтрактные – по совершению в интересах другого лица сделки, т.е. юридического действия, не уполномоченным на то лицом, когда это было вызвано неотложными обстоятельствами. При этом учитывалось, что и в первом и втором случае имеет место действие в чужом интересе.

Общими чертами указанных обязательств называются:

1) одно лицо действует в имущественных интересах другого лица;

2) отсутствует согласие последнего на охрану или представление его имущественных интересов;

3) в результате совершения указанных действий у лица, интересы которого охранялись, возникают гражданско-правовые обязанности в отношении лица, осуществляющего охрану [3, с.354].

Вот каковы условия возникновения действий в чужом интересе согласно гл. 50 ГК РФ:

1) это должны быть действия без поручения либо иного указания или заранее обещанного согласия лица, в интересах которого эти действия совершаются, так как в противном случае на них распространяются правила договоров, которыми эти действия опосредствуются (подряд, оказание услуг, хранение, поручение и др.);

2) требуется, чтобы действия были совершены в интересе другого лица, т.е. были объективно выгодными для последнего;

3) необходимо, чтобы действия в чужом интересе не преследовали противоправных целей и не носили противоправного характера;

4) действия в чужом интересе не должны входить в противоречие с реальными и вероятными намерениями заинтересованного лица;

5) требуется, чтобы действия совершались с необходимой старательностью и осмотрительностью, т.е. они не должны сопровождаться грубыми ошибками или явной небрежностью действующего лица [5, с. 575, 576].

Проект нового ГК Украины в ст. 1236 так определяет ведение чужих дел без поручения: «Лицо, которое действует в имущественных интересах другого лица без его поручения, вне зависимости от того – знает оно об этом или нет, обязано при первой возможности сообщить этому другому (заинтересованному) лицу о своих действиях. Если заинтересованное лицо одобрит эти действия, в дальнейшем к отношениям сторон применяются правила соответствующего договора.

В случае невозможности оповещения заинтересованного лица тот, кто начал действия без поручения, обязан довести их до конца, предпринимая все зависящие от него меры по предупреждению негативных имущественных последствий для этого лица. При этом лицо, действующее без поручения, обязано взять на себя все, что связано с ведением дела, в том числе обязанности по совершенным сделкам.

Если лицо, действующее в интересах другого лица без его поручения, при первой возможности не сообщит об этом заинтересованному лицу, оно не имеет права требовать возмещения произведенных затрат» [9, с. 378].

Исходя из приведенного определения, можно говорить, что обязательства по ведению чужих дел без поручения по проекту нового ГК Украины возникают при следующих условиях:

1) действия осуществляются в имущественных интересах другого лица – заинтересованного (в отличие от законодательства РФ), где предмет рассматриваемого обязательства составляет такие действия в целях предотвращения вреда личности заинтересованного). Хотя специально не говорится об очевидной выгоде или пользе от таких действий интересам заинтересованного, думается, они предполагаются;

2) при отсутствии поручения (ст.980 ГК РФ дополнительно говорит об ином указании или заранее обещанном согласии заинтересованного лица). По примеру ст.1372 ФГК в ст. 1236 Проекта нового ГК Украины подчеркивается, что действие осуществляется вне зависимости от того – знает об этом заинтересованное лицо или нет.

Это положение ст. 1372 ФГК применительно к собственнику было предметом исследования французских ученых XIX в. Н.О. Нерсесов писал, что «многие французские юристы понимают под этим знанием лишь такое пассивное состояние хозяина, где он не имеет возможности вовремя протестовать против действий *gestor'a*, так что юридически это знание равносильно незнанию» [6, с. 70, 71]. Совершение гестором правомерного действия по охране имущественных интересов заинтересованного возлагает на него определенные обязанности, предусмотренные законом, невыполнение которых влечет для него неблагоприятные действия.

К. Победоносцев в этой связи отмечал, что возникает отношение, подобное образующемуся в представительстве. Очевидно, что сторонний распорядитель принимает на себя и ответственность. Он должен закончить дело, за которое взялся (эта обязанность не прерывается – как в договоре поручения – и смертью хозяина), вести его с тем старанием, какое доброму хозяину свойственно, и обязывается отчетностью перед подлинным хозяином имущества [8, с. 615].

Во-первых, гестор обязан при первой возможности сообщить заинтересованному лицу о предпринятых действиях. Несоблюдение данного требования лишает его возможности требовать от заинтересованного возмещения произведенных затрат. В свою очередь, сообщение в указанное время заинтересованному лицу о предпринятых действиях и последовавшее их одобрение заинтересованным преобразуют внедоговорные обязательства в договорные соответствующего вида.

Во-вторых, при невозможности оповещения заинтересованного гестор обязан довести действия до конца, поступая как добрый хозяин (предпринимая все зависящие от него меры по предупреждению негативных имущественных последствий для заинтересованного). Вместе с тем в таком случае он обязан принять на себя все, что связано с ведением дела, в том числе и обязанности по совершенным сделкам.

А.П.Сергеев определяет обязательство из действия в чужом интересе как такое внедоговорное обязательство, которое возникает в силу добровольного, осознанного совершения одним лицом (гестором) фактических или юридических действий к очевидной пользе другого лица (доминуса) и порождает обязанность последнего возместить гестору необходимые расходы или понесенный им ущерб, а иногда и выплатить соразмерное вознаграждение [4, с. 673, 674].

В отличие от законодательства России в правовом регулировании ведения чужих дел по проекту ГК Украины гестор может совершать лишь юридические действия и не имеет права требовать возмещения понесенного им ущерба и выплаты соразмерного вознаграждения.

Однако, на наш взгляд, поскольку проект ГК Украины закрепляет норму о коммерческом представительстве, в гл. 77 «Ведение чужих дел без поручения» следовало бы включить правило, аналогичное закрепленному в ст. 985 ГК РФ: лицо, действия которого в чужом интересе привели к положительному для заинтересованного лица результату, имеет право на получение вознаграждения, если такое право предусмотрено законом, соглашением с заинтересованным лицом или обычаями делового оборота. Таким образом, с учетом высказанного предложения обязательство по ведению чужих дел без поручения следует определить как *внедоговорное обязательство, возникающее в результате совершения одним лицом (гестором) юридических действий в имущественных интересах другого лица (доминуса) и обязывающее последнего возместить гестору понесенные при этом расходы, а иногда и выплатить соразмерное вознаграждение.*

Список литературы: 1. *Годеме Е.* Общая теория обязательств / Пер. с фр. *И.Б.Новицкого.*

– М.: Юриздат, 1948. – 510 с. 2. Гражданский кодекс Российской Федерации: Часть вторая: Офиц. изд. – М.: Юрид. лит., 1996. – 320 с. 3. Гражданское право: Учебник: В 2-х т. – Т. 2. – Полумот 2 / Отв. ред. *Е.А. Суханов.* – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – 544 с. 4. Гражданское право: Учебник: Часть II / Под ред. *А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого.* – М.: Проспект, 1997. – 784 с. 5. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: Часть вторая (постатейный): Изд. 3-е, испр. и доп. / Рук. авт. кол. и отв. ред. *О.Н. Садиков.* – М.: Юрид. фирма Контракт, ИНФРА-М, 1998. – 799 с. 6. *Нерсесов Н.О.* Понятие добровольного представительства в гражданском праве // Избр. тр. по представительству и ценным бумагам в гражд. праве. – М.: Статут, 2000. – 286 с. 7. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997. – 608 с. 8. *Победоносцев К.* Курс гражданского права: Ч. 3: Договоры и обязательства. – С-Пб., 1986. – 620 с. 9. Порівняльна таблиця до проекту ЦК України (третє читання) в редакції від 8 лип. 2000 р. / Секретаріат Верховної Ради України. – Б.в. 10. *Санфилитто Чезаре.* Курс римского частного права: Учебник / Под ред. *Д.В. Дождева.* – М.: Изд-во БЕК, 2000. – 400 с. 11. *Синайский В.И.* Русское гражданское право. – Вып. 2: Обязательственное, семейное и наследственное право: Изд. 2-е, испр. и доп. – К.: Типо-литогр. «Прогресс», 1918. – 300 с. 12. Французский Гражданский кодекс

Надійшла до редакції 24.10.2000 р.

УДК 347.466

Е.А. Загорулько, канд. юрид. наук,
*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

К ВОПРОСУ О ПРИНЦИПАХ ЗАЛОГА

В основе любой правовой системы лежат те или иные принципы её построения, т.е. основные начала, наиболее общие руководящие положения права, имеющие в силу их законодательного закрепления общеобязательный характер. Они присущи не только правовой системе в целом, но и отдельным отраслям, подотраслям и даже институтам права.

Одним из важнейших институтов обязательственного права в системе гражданского является залоговое право. Его значение в условиях рыночной экономики, неотъемлемым атрибутом которой является реальный кредит, обеспеченный исключительным правом кредитора на определённую вещь должника, трудно переоценить. А потому преимущественный интерес законодателя и исследователей сосредоточен в настоящее время именно на залоге, в ущерб, быть может, другим обеспечительным формам.

Разработка нового Гражданского кодекса связана прежде всего с обозначением основных начал, принципиальных положений гражданского права, его подотраслей и институтов, на базе которых как раз и будет строиться “здание” отрасли в целом. А это еще одна причина (наряду с важностью залога как такового для рыночной экономики) обратиться к рассмотрению принципов этого института, характерных для различных его видов (заклада, ипотеки, залога товаров в обороте и пр.).

Важнейшим принципом залогового права является *принцип специальности*. Действие его проявляется в том, что на стадии установления данного права происходит выделение конкретного предмета из всего имущества должника под обеспечение обязательства. И кредитор получает право на преимущественное удовлетворение своих претензий из стоимости конкретного предмета. О действии этого принципа в отечественном законодательстве свидетельствует положение ст.12 Закона Украины “О залоге” от 2 окт. 1992 г. [7] (далее – Закон) о том, что определение состава заложенного имущества, его оценка, описание и местонахождение являются обязательным условием договора о залоге. Замена предмета залога может состояться только с согласия залогодержателя (ст.7 Закона).

Принцип специальности не является изначальным для данного института в рамках его европейского исторического генезиса. Как известно, детальная разработка залогового права была осуществлена римскими юристами. Причем позднее римское право допускало залог не только той или иной вещи, но и всего имущества целиком, в режиме так называемой генеральной ипотеки (например, законная генеральная ипотека лежала на всем имуществе опекуна для обеспечения возможных требований опекаемого, на всем имуществе мужа по поводу требований жены о приданом и т.д. [11, с. 369]). Это явилось существенным недостатком римского залога и, несмотря на

его детальную правовую разработанность, привело к неприменению данного института на практике. А потому позднейшее законодательство европейских стран приходит к отрицанию генеральных ипотек и твердому проведению принципа специальности.

Другим важнейшим принципом залога является *принцип публичности*. Публичность залогового права *по отношению к движимым вещам* достигается передачей закладываемой вещи. Если же движимое имущество, отдаваемое в залог в режиме залога, остается во владении залогодателя, то о залоге свидетельствует либо замок и печать залогодержателя (твердый заклад), либо соответствующие обозначения, налагаемые на индивидуально определенную вещь (ст.44 Закона). Кроме того, в интересах обеспечения публичности, прежде всего залога товаров в обороте, законодатель также предусматривает возможность добровольной регистрации залогов движимого имущества в Государственном реестре залогов движимого имущества (ст.15, 15¹). Причем такой реестр и сведения, занесенные в него, являются открытыми для всех физических и юридических лиц.

По отношению к недвижимому имуществу, а также транспортным средствам и космическим объектам публичность достигается путем нотариального удостоверения на основании соответствующих правоустанавливающих документов (ч. 2 ст. 13 Закона). Следует отметить, что нотариальная система укрепления прав на недвижимое имущество существовала в большей части Российской империи и была воспринята в общем виде советским законодательством. Причем в условиях общества, в котором земля является объектом, изъятым из гражданского оборота, отсутствует частная инициатива, а государство выступает практически единственным собственником основных средств производства да и большая часть жилищного фонда принадлежит опять же государству, такой порядок укрепления прав на недвижимое имущество был вполне приемлемым. В то же время в Европе объективные экономические процессы и прежде всего, как указывает И.А. Покровский [12, с. 199]), потребности поземельного кредита, привели уже в конце XVIII в. к возникновению института ипотечных книг, суть которого состоит в необходимости фиксирования любого залогового права на недвижимость в особых книгах, которые велись официальными учреждениями и были открытыми для всех заинтересованных лиц. Только с момента занесения залогового права в ипотечную книгу оно приобретало юридическую силу [5, с. 200; 12, с. 200].

Со временем потребности того же поземельного кредита приводят к пониманию необходимости фиксирования в таких книгах не только залоговых, но и других обременений на имущество (например, сервитутных), поскольку наличие их могло снижать стоимость вещи, т.е. реально ущемлять интересы кредитора. Поэтому в течение XIX в. ипотечные книги во всей Европе превращаются в поземельные. Устанавливается правило, что «всякий акт, долженствующий иметь вещно-правовое значение (передача права собственности, установление залога, сервитута и т.д.), должен быть записан в поземельную книгу, и только с этого момента он получает юридическую силу для всех третьих лиц, для публики» [12, с. 200]. В этом для европейских государств состоит принцип публичности всех вещно-правовых актов на недвижимость. Более того, он дополняется так называемым принципом достоверности, согласно которому любая запись в поземельной книге, даже не соответствующая действительности, сохраняет юридическую силу, пока она не оспорена в установленном

порядке и в книгу не внесены изменения. Подобная система укрепления прав на недвижимое имущество нашла свое отражение в проекте Вотчинного устава, разработанного в 1893 г. в России. Однако статья законом данному проекту не было суждено.

Сегодня становится очевидной необходимость заимствования украинским законодательством апробированной в практике иностранных государств системы регистрации прав на недвижимое имущество, которая позволяла бы всем заинтересованным лицам получать быструю и достоверную информацию в отношении прав на любой объект недвижимости в связи с возможностью заключения тех или иных сделок. Попытка ввести в Украине названную систему была предпринята Указом Президента «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» от 16 июня 1999 г., № 666/99) [9], который, однако, не был одобрен Верховной Радой и не вступил в действие.

К принципу публичности в отношении залога движимых вещей очень тесно примыкает принцип «публичной веры сделкам по поводу вещных прав» [2, с.162]. Его проявление состоит в том, что, принимая движимую вещь в залог, залогодержатель предполагает, что залогодатель является действительным ее собственником, отпускаясь от посылки, сформулированной еще римскими юристами: «владение равносильно правооснованию». В настоящее время презумпция правомерности владения закреплена и в Законе Украины «О собственности» от 7 февраля 1991 г. [8]. Владеющий вещью предполагается имеющим на нее право, а в случае спора на этот счет или каких-либо сомнений заинтересованное лицо должно принять на себя бремя доказывания обратного [13, с. 79]. При этом в обороте движимых вещей действует правило «Hand muss hand wahren» (рука за руку отвечает – нем.): только вещи, вышедшие из рук владельца против его воли (похищенные, потерянные), могут быть виндицируемы от всякого третьего лица; вещи же, приобретенные добросовестно и возмездно от лица, которому собственник передал владение, виндицировать невозможно. Добросовестный приобретатель становится их бесповоротным собственником, а бывший собственник имеет возможность только личного требования об убытках к тому, кому он их доверил. Смысл этого правила применительно к залогоу движимости сводится к тому, что, если вещь добровольно вышла из обладания собственника и была заложена тем лицом, которому собственник передал владение вещью, договор залога сохраняет свою силу. К сожалению, это правило законодательно четко не отражено, а только может быть выведено из смысла ст. 145 ГК Украины, что, безусловно, на практике может вызывать те или иные разногласия.

Не менее значимым для осуществления залогового права является принцип приоритета ранее установленного залога перед последующими, или, как его иначе называют, принцип старшинства. Последний закреплён в ч. 3 ст. 18 Закона. Суть его состоит в том, что, если предмет залога становится имуществом, которое уже является залоговым обеспечением другого обязательства, залоговое право предыдущего залогодержателя сохраняет силу. Требования залогодержателя, у которого право залога возникло позднее, удовлетворяются из стоимости предмета залога после полного удовлетворения требований предыдущих залогодержателей. При этом, однако, законодатель устанавливает приоритет зарегистрированного залога перед незарегистрированным, пусть даже этот залог и возник ранее зарегистрированного. Здесь логика законодателя вполне понятна: посредством регистрации он стремится обеспечить публичность залоговых сделок.

Д.А. Медведевым высказано мнение о целесообразности закрепления в законе правила иерархии залогов, когда впереди старшего по времени залогового права может встать вышший по рангу законный залог. При этом в качестве залогодателя первого ранга предлагается указать казну (бюджет), с тем чтобы она имела максимальные преимущества в удовлетворении из стоимости заложенного имущества по сравнению с любым другим залогодержателем, включая и более старшего по времени возникновения его права [4, с.15].

С таким предложением трудно согласиться. Как известно, существенными условиями развития реального кредита являются его публичность и строгое проведение принципа старшинства. Только при таких условиях банки и другие кредиторы захотят давать кредит под залоговое обеспечение. В случае же, предложенном Д.А.Медведевым, предмет залога окажется все имущество должника и государство при этом будет наделено привилегиями в ущерб ранее установленным залогам на ту же вещь. В этой ситуации ни один кредитор не сможет быть уверенным в том, что закладываемая ему вещь действительно обратится на его удовлетворение, поскольку его залог может обесцениться вследствие возникшего позднее привилегированного залога на то же имущество.

Нужно сказать, что отечественное законодательство посредством Указа Президента установило законный налоговый залог на все движимое и недвижимое имущество плательщика налогов – субъекта предпринимательской деятельности [12], чем нарушило принцип специальности, однако справедливо не закрепило приоритета законного налогового залога над возникшим ранее договорным. В противном бы случае значение залога как обеспечительного средства было бы неоправданно подорвано.

Среди принципов залога следует отметить также *принцип акцессорности*, который нашел свое отражение в ст. 3 Закона. Суть его состоит в том, что залоговое правоотношение не может возникнуть само по себе, а нуждается для своего возникновения в наличии другого обязательственного требования, будь-то займ, купля-продажа, подряд, аренда, перевозка и т.д. Иными словами, залоговое обязательство носит дополнительный (акцессорный) характер, а потому всегда следует судьбе основного обязательства, в частности: а) залог сохраняет силу в случаях, когда в установленном законом порядке происходит уступка залогодержателем обеспеченного залогом требования другому лицу, или перевод должником долга, возникшего из обеспеченного залогом требования на другое лицо (ст. 27 ч. 2 Закона); б) залог прекращается прекращением основного обязательства (ст. 28 Закона).

Следует обратить внимание на мнение А.А. Подопригоры, что “акцессорный (дополнительный) характер договора залога заключается в том, что он вступает в действие лишь при наличии определенного условия – неисполнения обязательства”. Иными словами, это есть договор с отлагательным условием [10, с. 162]. Представляется, однако, что такой подход не является верным. Договор залога вряд ли можно охарактеризовать как договор с отлагательным условием, ибо особенностью последнего является то, что его действие ставится в зависимость от обстоятельств, в отношении которых неизвестно, наступят они или нет. Встать на позицию А.А. Подопригоры – значит согласиться с тем, что договор залога вступает в действие не с момента заключения договора (передачи вещи), а с момента наступления того или иного условия, которое в Законе рассматривается как основание обращения взыска-

ния на предмет залога.

Здесь следует сразу же отметить, что в правовой литературе нет единого мнения по вопросу о том, с какого момента приобретает юридическую силу договор с отлагательным условием. Как справедливо замечает И.Б. Новицкий, такая сделка имеет ту особенность, что ее фактический состав образуется не сразу: часть фактов, из которых складывается этот состав, возникает с самого начала, а факт, составляющий содержание условия, присоединяется лишь впоследствии [6, с.48]. Поэтому возникает вопрос: связываются ли правовые последствия сделки лишь с законченным фактическим составом или же частично осуществившийся состав уже влечет за собой какие-то правовые последствия? И.Б. Новицкий в данном случае исходит из того, что при условном договоре неполный фактический состав, т.е. само соглашение, имеет и до наступления условия юридическую силу, которая состоит в том, что есть уже завязка юридических отношений. Вследствие этого ни та, ни другая сторона не вправе отступить от договора, т.е. действительный договор уже имеется. И хотя из рассматриваемого договора еще не возникает для должника обязанности исполнения, однако он должен считаться с тем, что таковая может возникнуть [6, с. 49].

Иной точки зрения придерживается О.А. Красавчиков, полагая, что для движения правоотношений, возникающих из условных сделок, требуется наличие завершенного юридического состава, а наступление одного или нескольких элементов последнего до завершения процесса накопления не имеет никакого юридического значения) [3, с. 59].

Следует отметить, что ни при одной из этих трактовок договор залога не вписывается в схему договора с отлагательным условием. По О.А. Красавчикову: нет условия – нет договора. О договоре залога этого сказать нельзя, ибо он приобретает юридическую силу с момента его заключения (либо передачи вещи). Но это не та юридическая сила, которую И.Б. Новицкий назвал “завязкой юридических отношений” [6, с. 49]. С момента заключения договор вступает в действие, т.е. у сторон возникают взаимные права и обязанности. Например, при залоге у залогодержателя возникает право удержания вещи, обязанности по ее страхованию, хранению, пользованию; если вещь выбывает из владения залогодержателя, он вправе искать защиты даже против собственника. Право преимущественного взыскания, составляющее суть залогового права, условно в смысле своей реализации и зависит от выполнения или невыполнения должником своих обязательств по основному договору, однако это не дает основания считать договор залога условным, а тем более подтверждать этим его акцессорность.

Существование самостоятельного (в смысле совершенной оторванности от конкретного обязательства) абстрактного залогового права допускает законодательство ФРГ. В отношении недвижимых вещей это прямо закреплено в Германском гражданском уложении (ст. 1191–1198). В отношении движимости это разрешено судебной практикой [См.: 1, с. 110].

Судебная практика ФРГ признала допустимой формулировку п.19 Общих условий сделок банков, в соответствии с которым вещи и права, которые находятся либо будут находиться во владении или распоряжении банка, служат в качестве залога для всех существующих и будущих требований банка к клиенту [1, с. 110]. Исходя из этого положения, прекращение одного кредитного обязательства не ведет к прекращению залогового права, если у банка имеются к клиенту требования из дру-

гих обязательств. Такое регулирование залога вызвано, конечно, потребностями экономического оборота. Совершенно очевидно, что подобное регулирование залога и в банковской сфере Украины способствовало бы развитию реального кредита, однако в этом случае мы уже не смогли бы говорить об исключительной акцессорности залогового права.

Следующий принцип – это *принцип права следования залога за своим предметом*, который находит свое отражение в ст. 27 Закона, где указывается, что залог сохраняет силу, если по одному из оснований, указанных в законодательстве, имущество и имущественные права, составляющие предмет залога, переходят в собственность другого лица. В гражданско-правовой литературе высказывалось мнение, что он не имеет самостоятельного значения и выступает составным элементом принципа производности, «поскольку следование залога за своим объектом является прямым выражением зависимости судьбы залога от судьбы основного обязательства» [15, с. 96]. Представляется, что это не так. Следование залога за своим предметом является прямым выражением наличия права на чужое имущество, а не акцессорности залога. И если предположить возможность существования абстрактного залогового права, не прекращающегося с прекращением данного конкретного обязательства, то становится очевидным, что принцип права следования, который будет действовать и в этом случае, имеет самостоятельное значение. Кроме того, он имеет свое специфическое назначение, поскольку его действие есть основа для существования другого важного принципа – принципа абсолютной защищаемости против всех: вещь, попавшая в незаконное владение третьего лица, может быть истребована залогодержателем, как если бы он был ее собственником (ст. 48 Закона «О собственности»).

Таковы основные принципы залогового права, на базе которых должно строиться законодательство Украины о залоге.

Список литературы: 1. Будилов В.М. Залоговое право России и ФРГ. – СПб.: Фарватер, 1993. - 149 с. 2. Вагацума С., Аришдзуми Т. Гражданское право Японии: В 2-х кн. – Кн.1. - М.: Прогресс, 1983. - 351 с. 3. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. - М.: Госюриздат, 1958. - 183 с. 4. Медведев Д.И. Российский закон о залоге // Правоведение. - 1992. - № 5. - С.13-21. 5. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч.) - Ч. 2. - М.: Статут, 1997. - 455 с. 6. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. - М.: Госюриздат, 1954. - 248 с. 7. О залоге: Закон Украины от 02.10.1992 г. // Бизнес. - 1998. - № 40. 8. О собственности: Закон Украины от 07.02.1991 г. // Ведомости Верховной Рады. - 1991. - № 20. - Ст. 249. 9. Урядовий кур'єр. - 1999. - № 28. Ориентир. -1999. - № 130-131. - С. 7-12. 10. Подопригора А.А. Основы римского гражданского права. - К.: Вентури, 1994. - 288 с. 11. Покровский И.А. История римского права. - СПб.: Изд-во торг. д. «Летний сад»; ж. «Нева», 1999. - 533 с. 12. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. - М.: Статут, 1998. - 352 с. 13. Снасибо И.В. Научно-практический комментарий Закона о собственности. - Харьков: Ксилон, 1996. - 95 с. 14. Про заходи щодо підвищення відповідальності за розрахунки з бюджетами та державними цільовими фондами: Указ Президента України від 4.03.98, № 167 // Офіц. вісн. - 1998. - № 17. - Ст. 622. 15. Шкрум Т.С. Залог как вещно-правовой способ обеспечения обязательств по законодательству Украины: Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03. - К., 1996. - 216 с.

Надійшла до редакції 31.10.2000 р.

УДК 341.96:347.94 **В.А. Бигун, канд. юрид. наук, доцент**
Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков

СУДЕБНЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Институт судебных доказательств и доказывания обычно относят к процессуальным вопросам, а поэтому при определении порядка доказывания по делу с иностранным элементом действует «закон суда» (*lex fori*). Безусловно, разрешение процессуальных вопросов подчинено закону суда, поэтому в Украине при разрешении вопросов об определении круга доказательств, допустимости средств доказывания, распределении бремени доказывания и др. действительно по общему правилу необходимо руководствоваться гл. 4 ГПК Украины «Доказательства». К тому же следует добавить, что в разд. VI ГПК, посвященном процессуальным правам и обязанностям иностранных лиц, нет ни одной статьи о доказательствах и доказывании.

И все же, несмотря на кажущуюся ясность в этом вопросе, основная проблема судебных доказательств в международном гражданском процессе состоит в том, может ли суд применить иностранные правила о доказательствах на том основании, что характер спорного правоотношения или содержания правового требования подчинены иностранному материальному закону?

Не вызывает сомнения действие общего правила об обязанности доказывания и предоставления доказательств при рассмотрении гражданских дел с участием иностранного элемента. Согласно ст. 30 ГПК Украины каждая сторона (в том числе и иностранное лицо) должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений. Доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле. В случаях, когда по истребованию доказательств для сторон и других лиц, участвующих в деле, имеются трудности, суд по их ходатайствам оказывает содействие в истребовании таких доказательств.

Это процессуальная норма, поэтому при решении вопроса о бремени доказывания действует *lex fori*. Вместе с тем в доказательственном праве целый ряд процессуальных норм тесным образом связан с материальным правом. Надо отметить, что доказательственное право — это комплексный институт гражданского процессуального права, состоящий из совокупности норм, регулирующих отношения, связанные с доказыванием по гражданским делам с целью их разрешения. Совокупность норм данного института образуют процессуальные нормы общего и специального характера, а также специальные нормы материального права, конкретизирующие доказывание по отдельным категориям дел [4, с. 112-114].

Именно по этой причине применение правила *lex fori* в области представления, исследования и оценки доказательств вызывает определенные трудности. Особенно большие споры вызывает вопрос о распределении бремени доказывания (*onus probandi*). Суть спора сводится к тому, относить ли правила о распределении бремени доказывания к материальному или к процессуальному праву.

Дореволюционный правовед Т.М. Яблочков категорически высказывался за материально-правовую природу этого учения. Он писал: «И теория и судебная практика рассматривают *onus probandi* как основную часть правового отношения; основные правила об *onus probandi* должны быть причислены к материальным условиям, при которых известное юридическое отношение получает правовое признание. Но если обязанность представить доказательства не принадлежит процессу, а относится

к существу права, то, именно, тот самый закон, который применим к существу спорного права, и определит *onus probandi*» [11, с. 93].

Английские специалисты склоняются к процессуально-правовой природе правил о распределении бремени доказывания. Например, с точки зрения Чешира и Норта хотя, быть может, и есть серьезные основания утверждать, что распределение бремени доказывания регулирует *lex causae*, судья Лэнгтон в решении по делу *The Roberta* выказал противоположную точку зрения. Позднее судья Скармен в деле *In the Estate of Fuld* пришел к заключению, что английский суд должен по всем вопросам, относящимся к бремени доказывания, строго применять свой собственный *lex fori* [8, с. 466, 467].

По мнению М.И. Штефана, в вопросах о распределении доказывания при рассмотрении дел с иностранным элементом применяются правила норм Гражданского кодекса Украины, если иное не установлено законом [9, с. 581].

Некоторые российские процессуалисты считают, что обязанность доказывания имеет материально-правовое и процессуальное содержание. Так, М.К. Треушников утверждает, что материально-правовое содержание этой обязанности состоит в том, что в случае ее невыполнения обязанным субъектом доказывания и невозможности получения доказательств суд имеет право признать факт, на который ссылалось заинтересованное лицо, несуществовавшим, или, наоборот (как это имеет место при действии презумпций), существовавшим, если иное не доказано другой стороной. Процессуальное содержание обязанности по доказыванию проявляется в действиях по представлению доказательств, отстаиванию своих утверждений в ходе исследования доказательств, т.е. в процессуальной деятельности [5, с. 51-57].

И.В. Решетникова пишет, что обязанность доказывания охватывает: а) представление доказательств в подтверждение обстоятельств, на которые сторона ссылается как на основание своих требований и возражений, что включает опровержение требований и возражений противоположной стороны; б) убеждение суда в обоснованности своих требований или возражений. При рассмотрении вопроса о распределении обязанности доказывания, т.е. какие обстоятельства должна доказать каждая из сторон, решает суд [4, с. 261-269].

Что касается отнесения доказательственного права к материальному или процессуальному праву, то Д.И. Полумордвинов справедливо обращается к проблеме квалификации, полагая, что этот вопрос должен быть разрешен на основании правил толкования коллизионных норм. Он подчеркивает, что квалифицировать коллизионную норму, как правило, необходимо лишь путем отнесения ее к определенному правопорядку. Один и тот же по своему наименованию правовой институт может иметь весьма различное содержание и значение в разных национальных правовых системах. Поэтому такая квалификация возможна только с точки зрения той или иной определенной правовой системы. В связи с этим Д.И. Полумордвинов делает верный вывод о том, что нельзя найти критерии, с помощью которых можно было бы раз и навсегда и для всех правовых систем определить, какие институты доказательственного права относятся к области материального права, а какие — к области гражданского процесса. Каждый институт доказательственного права, пишет он, должен быть подвергнут самостоятельной квалификации и, соответственно, одни из них могут быть отнесены к области процессуального права, а другие — к области материального права [3, с. 465-467].

Таким образом, основной вопрос, который должен быть решен судом при квалификации бремени доказывания — это выбор между применением *lex fori* или *lex causae*, что в конечном итоге зависит от цели данного правового института, его конкретного содержания, принципов той системы права, к которой принадлежит данный институт, и т.п.

В основе распределения бремени доказывания лежит не только материальное право, но и правила относимости доказательств и допустимости средств доказывания. Согласно ст. 28 ГПК Украины суд принимает к рассмотрению только те доказательства, которые имеют значение для дела. Другими словами, доказательства по гражданскому делу признаются судом относимыми, если они содержат сведения о фактах, подлежащих установлению в целях разрешения гражданского дела или совершения отдельных процессуальных действий. Следовательно, при рассмотрении гражданского дела с участием иностранного элемента могут использоваться в качестве доказательств любые фактические данные, на основе которых в определенном порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, и иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела. Эти данные могут устанавливаться указанными в ч. 2 ст. 27 ГПК средствами доказывания.

Следовательно, при рассмотрении гражданских дел с участием иностранного элемента суды Украины не могут использовать иные средства доказывания, допускаемые в иностранном праве, которому подчинено спорное правоотношение или правовое требование. Поэтому, например, не могут служить средством доказывания клятвенные заверения лица, хотя бы они были допущены по иностранному праву, которому подчинено спорное отношение [2, с. 133, 134], или присяга, которая имеет место во Франции (ст. 1357-1369 ГК Франции) [9, с. 578].

В этой связи возникает вопрос о допустимости средств доказывания в международном гражданском процессе. Заслуживает внимания точка зрения И.В. Решетниковой относительно подхода к раскрытию содержания допустимости средств доказывания. В частности, она полагает, что допустимость доказательств имеет общий и специальный характер. Общий характер допустимости, по мнению И.В. Решетниковой, свидетельствует о том, что по всем делам независимо от их категории должно соблюдаться требование о получении информации из определенных законом средств доказывания с соблюдением порядка собирания, предъявления и исследования доказательств. Нарушение этих требований приводит к недопустимости доказательств [4, с. 182, 183]. Кроме такого общего толкования допустимости, справедливо считает она, законом устанавливаются специальные требования о необходимости привлечения определенных средств доказывания или запрещения ссылки на какое-то доказательство.

Именно в таком аспекте большинство процессуалистов раскрывают правило о допустимости средств доказывания. Этот подход базируется прежде всего на положении ст. 29 ГПК Украины, согласно которой обстоятельства дела, которые по закону должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими средствами доказывания. В этом плане учение о допустимости доказательств в гражданском процессе, как верно полагает М.К. Трушников, связывается с ориентацией на материальное право с исследованием взаимодействия последнего (и прежде всего гражданского права) на процессуальное пра-

во и его нормы [5, с. 135-144]. Он подчеркивает, что истоки допустимости средств доказывания лежат за пределами гражданского процесса, имеют производный от норм материального права характер [5, с. 142-144].

Эти утверждения в целом правильно применительно к внутригосударственному гражданскому процессу. Однако в международном гражданском процессе в вопросе о допустимости средств доказывания имеются свои особенности. Так, в соответствии с Гражданским кодексом Украины не может подтверждаться показаниями свидетелей наличие правоотношений, возникающих из сделок, для которых законом установлена письменная форма (статьи 44, 46, 47, 227, 242, 257, 324, 375 и др). Вместе с тем согласно ст. 568 ГК форма сделки, совершенной за границей, подчиняется закону места ее совершения. Следовательно, если по иностранному закону (закону места совершения сделки) допускаются показания свидетелей для подтверждения заключения и содержания сделки, то эти средства доказывания должны допускаться и при рассмотрении судами Украины гражданских дел для подтверждения соответствующих спорных правоотношений.

Однако на основании ст. 568 ГК ссылка на показания свидетелей в судах Украины невозможна, если согласно иностранному праву не допускаются показания свидетелей в подтверждение или опровержение данной сделки. По этому поводу Д.И. Полумордвинов справедливо заметил: «Если суд допустит в таких случаях доказывание при помощи свидетельских показаний, он тем самым нарушит материально-правовые нормы того иностранного права, которое обязан применить при разрешении дела по существу» [3, с. 463]. Однако сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования законодательства Украины.

В некоторых случаях наряду с законом места совершения сделки суд Украины обязан применить также и отечественный закон, например, если по закону Украины сделка, заключенная за границей, должна быть признана недействительной вследствие так называемых «пороков воли» (заблуждения, обмана, насилия, угрозы, стечения тяжелых обстоятельств и т.д.).

Из отдельных средств доказывания, используемых в международном гражданском процессе, наибольшее число спорных вопросов вызывают письменные доказательства, в частности, практически важный вопрос о доказательственной силе письменных документов.

Общее правило, регулирующее как форму, так и содержание письменных доказательств, в большинстве правовых систем выражается формулой *locus regit actum*, что означает «место определяет действия», т.е. место, где стороны вступили в договор, определяет процедуру его оформления [1, с. 153].

Вопрос о доказательственной силе письменных документов в доктрине и практике судов большинства государств разрешается, как правило, по «закону суда». В рассматриваемом нами аспекте это означает прежде всего, что никакие доказательства, в том числе письменные документы, не имеют для суда заранее установленной силы (ч. 2 ст. 62 ГПК Украины). Иначе говоря, иностранные нормы о преимущественной силе письменного документа по отношению к другим средствам доказывания судами Украины не могут применяться, даже если этот документ исходит от органов иностранного государства, где он имеет доказательственную силу.

В соответствии с *les fori* решается также вопрос о представлении письмен-

ных доказательств в подлиннике, а также выписок из них при рассмотрении гражданского дела с участием иностранного лица. Согласно ст. 50 ГПК Украины письменное доказательство, как правило, представляется в подлиннике. Если же представлена его копия, суд по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по собственной инициативе вправе потребовать в случае необходимости представления подлинника.

Вместе с тем ряд договоров о правовой помощи предъявляют конкретные требования к оформлению документов. Так, в ст. 6 договоров о правовой помощи между Украиной и Республикой Грузия, Эстонской Республикой и Латвийской Республикой подчеркнуто, что документы, высылаемые учреждениями юстиции и иными учреждениями в порядке оказания правовой помощи, должны быть удостоверены подписью компетентного лица и скреплены гербовой печатью.

В некоторых двусторонних договорах о правовой помощи содержатся специальные нормы о действительности официальных документов, их признании на территории договаривающихся сторон и доказательной силе. В частности, в договорах между Украиной и Литовской, Эстонской, Латвийской Республиками, Республиками Грузия, Узбекистан и в Конвенции государств – участников СНГ указано, что документы, которые на территории одной из договаривающихся сторон составлены или засвидетельствованы судом либо официальным лицом (постоянным переводчиком, экспертом, нотариусом и др.) в пределах их компетенции, по установленной форме и заверены гербовой печатью, принимаются на территории другой договаривающейся стороны без какого-либо иного удостоверения (ч. 1 ст. 13 названных договоров). В их ч. 2 ст. 13 прямо подчеркнуто, что документы, которые на территории одной из договаривающихся сторон рассматриваются как официальные, пользуются и на территориях других договаривающихся сторон доказательной силой официальных документов [7].

Если же в международных договорах Украины не содержится указаний относительно признания и действительности документов, изготовленных или засвидетельствованных должностным лицом или учреждением иностранного государства, такие документы признаются в Украине действительными при наличии консульской легализации.

Договоры и акты, совершенные за границей по местным законам, могут быть представлены сторонами в суды Украины лишь с приложением свидетельства консула, удостоверяющего, что данный документ совершен в соответствии с правилом *locus regit actum* [1, с. 153]. Это правило вытекает из Консульского устава Украины, утвержденного Указом Президента Украины от 2 апреля 1994 г. (с изм. и доп. по сост. на 27 янв. 1999 г.), в соответствии со ст. 54 которого консул легализует договоры и акты, составленные с участием властей консульского округа, или исходящие от этих властей. Органы Украины принимают такие документы на рассмотрение лишь при наличии консульской легализации, если иное не предусмотрено законодательством Украины или международным договором, участниками которого является Украина и государство пребывания [6, с. 844-850].

Согласно этой же норме консульская легализация состоит в установлении и засвидетельствовании подлинности подписей на договорах и актах и соответствия их законам государства пребывания. Вполне естественно, что, не будучи в состоянии знать все законы, регулирующие эти письменные документы в различных государствах, суды могут руководствоваться принципом *locus regit actum* в каждом отдель-

ном случае только при условии, если будет официально удостоверено, что рассматриваемый ими договор или акт действительно соответствует законам, действующим в месте их совершения. Такое официальное засвидетельствование производится консульским должностным лицом – генеральным консулом, консулом, вице-консулом или консульским агентом.

Консульская легализация имеет ввиду не придание договору или акту безусловной доказательной силы, а только удостоверение того, что данный документ действительно исходит от совершивших его учреждений и лиц, а также соответствует законам, действующим в месте его совершения. Тем самым консульская легализация отличается от нотариального действия, ибо в результате совершения последнего документу придается безусловная доказательная сила, а консульская легализация — это подтверждение его правомерности в международном сообщении, а также компетентности учреждения, которое выдает, составляет или удостоверяет их [8, с. 302].

Не случайно в Консульском уставе Украины содержится на этот счет две самостоятельные главы, хотя и помещены они в одном разделе. Одна из них посвящена нотариальным действиям, а специальная – консульской легализации (гл. XII) [6, с. 844-850].

Поскольку консульская легализация документа существенно отличается от нотариального его засвидетельствования, не подлежит сомнению, что представление договора или акта с удостоверением консула не исключает проверки правильности этого удостоверения по существу. Проверку может произвести сам суд, которому представлен документ. О ней могут просить и стороны, которые вправе также оспаривать правильность содержащихся в документе сведений и компетентность властей, его выдавших.

Здесь речь идет уже о последующих этапах судебного доказывания: исследовании и оценке доказательств, которые имеют место в стадии судебного разбирательства и осуществляются по *lex fori*.

Приведенные общие правила, связанные с представлением, оформлением и использованием письменных доказательств в международном гражданском процессе, конкретизируются в отраслевом законодательстве Украины. Так, в соответствии со ст. 202 КоБС Украины документы, выданные компетентными органами иностранных государств в удостоверение актов гражданского состояния, совершенных вне пределов Украины по законам соответствующих государств, в отношении граждан Украины, иностранных граждан и лиц без гражданства, признаются действительными в Украине при наличии консульской легализации.

Правило о консульской легализации содержится также в Консульских конвенциях. Например, в Консульской конвенции между Украиной и Турецкой Республикой от 21 мая 1998 г. прямо указано, что консульское должностное лицо имеет право согласно действующему законодательству аккредитующего государства осуществлять легализацию договоров и актов, составленных с участием властей консульского округа или исходящих от этих властей. Органы Договаривающихся Сторон принимают такие документы на рассмотрение лишь при наличии консульской легализации, если иное не предусмотрено законодательством Договаривающихся Сторон или международными договорами, участниками которых они являются (ст. 11). В этой же статье отмечается, что документы, составленные, удостоверенные и (в случае необходимости) легализованные консульским должностным лицом, если они не про-

тиворечат законодательству государства пребывания, будут иметь такую же юридическую силу, как и документы, составленные, удостоверенные и (в случае необходимости) легализованные компетентными органами государства пребывания.

Таким образом, рассмотренные правила о действительности (легализации) документов действуют, если иное не предусмотрено договорами о правовой помощи, в соответствии с которыми они могут приниматься судом или иным компетентным учреждением договаривающейся стороны без легализации.

В каждом отдельном случае эти правила должны быть дополнены как коллизионными нормами международного частного права, так и материально-правовыми нормами соответствующей системы иностранного гражданского права. Только в этом случае может быть установлена необходимая связь между документом, который рассматривается судом, и правовым институтом, существование или несуществование которого удостоверяется этим документом. Если не учитывать эту связь, то использование доказательств в международном гражданском процессе может лишь дезориентировать суд и привести его к выводам, не соответствующим действительному значению исследуемого документа.

В ходе подготовки дела к судебному разбирательству судья может осуществить вызов свидетелей и экспертов. Этим средствам доказывания договоры о правовой помощи уделяют особое внимание. Практически в каждом договоре содержится специальная статья «Вызов свидетелей и экспертов», согласно которой в случае необходимости для участия в разбирательстве дела в суде на территории одной договаривающейся стороны могут быть вызваны свидетели и эксперты, находящиеся на территории другой договаривающейся стороны.

Таким образом, правильное использование и оценка доказательств возможны только в том случае, если при этом будут комплексно использованы как нормы международного гражданского процесса, так и коллизионные нормы международного частного права, равно как и материально-правовые нормы внутрисударственного гражданского права.

Список литературы: 1. Латинская юридическая фразеология / Сост. Б.С. Никифоров. – М.: Юрид. лит., 1979. – 264 с. 2. *Лунц Л.А., Марышева Н.И.* Курс международного частного права: В 3-х т. Международный гражданский процесс: Т. 3. – М.: Юрид. лит., 1976. – 264 с. 3. *Полумордвинов Д.И.* Исследования и оценка доказательств в международном гражданском процессе // Сов. ежегодник междунар. права. – 1963. – М.: Наука, 1965. – С. 462-474. 4. *Решетникова И.В.* Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. – Екатеринбург: Изд-во Гуманитар. ун-та, 1997. – 254 с. 5. *Треушников М.К.* Судебные доказательства. – М.: Юр. бюро «Городец», 1997. – 243 с. 6. Указы Президента Украины. – Т. 1. – К.: Право, 1997. 7. Україна в міжнародно-правових відносинах: Зб. документів / Упор.: В.Л. Чубарев, А.С. Мацко. – Кн. 1. – К.: Юрінком, 1996. 8. *Чешир Дж., Норт П.* Международное частное право / Пер. с англ. С.Н. Андрианова. Под ред. М.М. Богуславского. – М.: Прогресс, 1982. – 496 с. 9. *Штефан М.Й.* Цивільний процес: Підручник. – К.: Ін юре, 1997. – 608 с. 10. Юридичний словник-довідник / За ред. Ю.С. Шемичуценка. – К.: Фелина, 1996. – 696 с. 11. *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. – Ярославль: Тип. Губ. Правления, 1909. – 212 с.

Надійшла до редакції 26.10.2000 р.

УДК 342.9

В. М. Гарашук, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ПРО ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ПРАВА, ЗАКОНОДАВСТВА Й ЗАКОННОСТІ

Без перебільшення можна сказати, що проблема взаємозв'язку права, законодавства й законності належить до “вічних” об'єктів дослідження юридичної науки. Ключовим серед означених у цій статті питань є питання про право. Відмова від однопольності поглядів у юридичній науці відродила і зробила загальнопоширеною ідеалістичну (природно-правову) точку зору щодо виникнення, ролі й сутності права. Як вбачається, така поширеність не є наслідком “залізної логіки” цієї теорії, а, скоріше, стала результатом особливостей нашого менталітету, його здібності коливатися з однієї крайності в іншу. Безперечно, альтернативність у науці – це норма. Не можна докоряти й перегляду власних позицій, оскільки, як і суспільство, людина розвивається, переоцінює цінності, по-новому дивиться на минуле й існуюче. Треба враховувати й час, який вимагав дотримання тільки однієї точки зору. Але чи варто було майже повністю відмовлятися від матеріалістичного тлумачення права, визнавати його однією з чи ненайбільших теоретичних помилок юридичної науки? Чи буде вдалою спроба на практиці зробити таку заміну? Вважаємо, що ні і ось чому. Якщо гегелівський ідеалізм, згідно з яким навіть “звірі мають з а к о н у вигляді інстинкту” (курсив автора – В.Г.), право “існує як думка” [5, с. 63], а де “закон не діє, діє лише дійсна людина, і при оцінці людських вчинків справа може... полягати тільки в тому, якою мірою нею сприйнято цей закон, наскільки він увійшов у її переконання” [5, с. 192], взяти за аксіому (а він і береться як за таку прихильниками природно-правової точки зору), то ми повинні будемо поставити питання або про необхідність більш шанобливо ставитися до термінології і не ототожнювати інстинкти звірів із законом (нормативно-правовим актом), або ж поставити знак рівності між правом і правосвідомістю і визнати, що не тільки люди, а й звірі мають своє право, адже з цього погляду право “існує як думка”, а думка, звісно, у кожного своя. Такого не може допустити матеріалістична школа права, інакше слід погодитися з тим висновком, що во-жак звірячої зграї, доводячи своє лідерство, *вступає у правовідносини(!), діє в межах права(!)* (незрозуміло, правда, ким і чим наданого (може, природою?).

Право, на нашу думку, треба розглядати як *здобуття людини, атрибут суспільства*. Інстинктивна, навіть з елементами розуму поведінка звірів перебуває поза правом. Останнє стає правом тільки тоді, коли знаходить своє зовнішнє відбиття в нормі, тобто формалізується. Тільки за таких умов воно є еталоном, обов'язковим правилом поведінки для всіх, а *до цього часу* воно лише *фікція, мрія або уява про можливу поведінку, в кращому разі - філософська думка*. Таке можна сказати і про так зване право у широкому розумінні, тобто право вірити чи не вірити в Бога, поділяти певну точку зору, чи іншу тощо. По-перше, як уже відмічалось, *питання внутрішньої уяви людини – це вже філософська категорія, а не юридична, а правознавці мають справу з реальним світом і практичними діями людей*; а по-друге, навіть такі речі, як уява людини про справедливе й належне, як це показує історичний досвід, можна законодавчо обмежувати й забороняти. Приклад тому – наша недалека історія. Та й не тільки історія. Конституції деяких держав (у тому числі й України – ст. 65) покладають на громадян *обов'язок(!) шанувати державні символи*. Підкреслюємо, *обов'язок не зовнішньо шанобливо ставитися до державних символів* (тобто відпові-

дно діяти зовні, що можна проконтролювати), а саме *шанувати*. Чи це не є приклад спроби втручання держави у психіку людини ачи прикладом того, що право – не “надається природою”, а утворюється державою?

Право не можна ототожнювати з думкою (або мораллю, як це іноді робиться, хоча ми й не заперечуємо, що право й мораль часто співпадають; взагалі треба прагнути, щоб право було максимально “моральним”) ще й тому, що свою думку (а також і мораль, яка, до речі, теж не була стабільною) мають не тільки різні люди, а й різні народи, де існують різні суспільні відносини й уяви про справедливість. У багатьох мусульманських народів, наприклад, “право кровної помсти” не підлягає сумніву (тобто є високоморальним) і розглядається як доблесть тих, хто його суворо дотримується. На певному етапі розвитку деяких держав воно також підтримувалося державою, набувало статусу звичайної юридичної норми. Це “право” (а насправді – уява про можливу поведінку) не збіглося з “правом” християнських та інших народів, право (і мораль) яких, у свою чергу, мали суттєві відмінності. То хто ж із них має рацію? Хто діє в межах права, а хто – ні? Мабуть, такого роду питання поруч з об’єктивними причинами і прискорили утворення права (сукупності правових норм, знову ж таки різного в різних народів), оскільки на певному етапі свого розвитку люди (самі, а не за допомогою якоїсь сили) дійшли висновку про необхідність відмежовувати свою поведінку від звірячої, де в кожного “своє право”, а також про потребу виведення й законодавчого закріплення певного загального еталону (зараз – це вже на міжнародному рівні) поведінки, на фоні якої можна оцінити кожную людину.

Зрозуміло, що гарантувати таку поведінку і забезпечити її законодавче закріплення, розвиток у відповідних напрямках та охорону могла *тільки державна влада*, яка й виникла, коли сформувалися ознаки держави, бо тільки така влада за допомогою відповідного державного апарату має змогу приводити поведінку різних людей до певного еталону. А влада вже не забувала і про свої інтереси. Першими це помітили Р. Ієринг, К. Маркс та Ф. Енгельс. Р. Ієринг у роботі “Мета в праві” писав, що “влада в суспільстві поступово виробляє правила поведінки для підвладних і для самої себе. Ці правила називаються правом. Сила створює право [6, с. 187]. Право є політика сили [6, с. 189, 191, 228], тому *воно не може вважатися чимось вищим, що служить самому собі за мету; право є лише засіб, а мета його – організація, підтримання й збереження суспільства. Право, не підкріплене силою, є фантомом, оскільки тільки влада, що здійснює норми права, робить право тим, чим воно й повинно бути. Суспільство потребує встановлення й підтримання певного порядку. Розрізних сил окремих осіб для цього недостатньо; люди об’єднуються у спілки [6, с. 219], але й цього замало – потрібна міцна вища влада [6, с. 390], саме якою і є державна влада [6, с. 227]. Держава є єдиним джерелом права [6, с. 238]. На його думку, значним успіхом філософії права того часу, у порівнянні з природнім правом, є те, що вона визнала, й “енергічески” з’ясувала обумовленість права державою [6, с. 180].*

К. Маркс і Ф. Енгельс були більш категоричними, виводячи аксіому про те, що *право є піднесена до рівня закону воля пануючого класу*. У той же час К. Маркс вважав, що законодавець “повинен дивитися на себе як на дослідника природи. Він не творить законів, він не винаходить їх, а тільки формулює, він виражає у свідомих позитивних законах внутрішні закони духовних відносин. Ми повинні були б кинути докір законодавцеві в безмежному свавіллі, якби він підмінив сутність справи своїми вигадками” [15, с. 162] (курсив автора - В.Г.). Як бачимо, К. Маркс був трішечки іде-

алістом, вважаючи, що право утворюється само, певною мірою природно, а не штучно, тобто поза межами свідомості людини, а людині залишається тільки сформулювати його. Правда, його ідеалізм був досить специфічним і далеким від гегелівського, але все ж у його висловлюванні, вважаємо, є дещо від ідеалізму, а саме – від природно-правової теорії походження права.

На такі думки представників природно-правової точки зору наштовхувало невміння відокремити поступово (ось чому не видно межі) накопичені економічні, управлінські та інші традиції (які, до того ж, спиралися на норми моралі й релігії – а вони ж то від Бога! Тут не було сумніву...! – і які передували цим традиціям), від права, що є продуктом держави як особливої форми організації суспільства. Виникає держава – зникають доправові традиції, виникає право, хоча, зрозуміло, на певному, досить тривалому етапі доправові традиції заповнювали правовий вакуум. Не часто, але подібне трапляється ще й зараз. Іноді це навіть допускається законодавцем (наприклад, аналогія закону). У той же час ні в якому разі це не може бути обґрунтуванням того, що право надається “звище”, бо спроба вирішити питання тим чи іншим чином при відсутності норми ще не є фактом народження права, тим більше “звище”, доки така спроба не буде відповідним чином закріплена державою. Адже держава з такою спробою може й не погодитися!

Зараз ми є свідками того, як штучно утворюється право. Тут немає й натяку на те, що законодавець (за К. Марксом) “не винаходить,...а тільки формулює...внутрішні закони духовних відносин”. Важко знайти “внутрішні закони духовних відносин” у встановленні приміром видів правової відповідальності або санкцій, їм притаманних, митних тарифів і зборів, у правилах утворення суб’єктів підприємницької діяльності та ін. Час, коли право формувалося на підґрунті релігії, моралі, традицій, практично минув (релігія, мораль, традиції дали тільки основні канони права, вони вже давно, ще на етапі формування права, і майже всі закріплені в законодавстві). “Внутрішні закони духовних відносин” були притаманні праву (і то частково) на найбільш ранньому етапі його утворення і поступилися зараз місцем формальній логіці й доцільності з погляду правотворця. Ми припускаємо існування так званого “природного права” (в цілому ідея останнього є близькою до ідеї теологічного походження права з тією лише різницею, що Бога в ній замінено на природу, адже “природне право” теж дається людині (кимось? і чимось?, однак не людиною, не суспільством і не державою...), але тільки як філософської категорії). Так, міжнародна спільнота, як відомо, дуже “піклується” про додержання “природного права” в усьому світі (і перш за все права на життя людини), але ж у багатьох державах продовжує існувати смертна кара. А як розцінити “почесний обов’язок” ризикувати життям на війні за цілі, які ти не поділяєш? То чи не є фантомом “природне право” без механізму його поширення й дійсного захисту? Вважаємо, що говорити про “природне право” не можна, доки воно не буде закріплено в законах, інших джерелах або в загально визнаних, обов’язкових до виконання міжнародних документах. А поки право не має дійсного механізму охорони й реалізації, воно є лише пустим звуком, у кращому разі – добре побажання, філософська мета суспільства або уява людини про можливу поведінку. Тобто, існування “природного права” можливе не в прикладному аспекті, а лише у філософському.

Із наведеного можна дійти висновку, що право в його прикладному аспекті не тільки можна, а й потрібно ототожнювати із законодавством, що не виключає мож-

ливості (і навіть доцільності) дослідження й розробки високоморальних законодавчих актів. Природного права як *юридичної категорії* не існує (Р.Іерінг писав, що універсальне право для всіх народів – те ж саме, що універсальні ліки від усіх хвороб і для всіх хворих [6, с. 319]), оскільки воно є лише уявою людини про бажаний соціальний устрій, поведінку та ін. Уяву ж легко змінити. Неважко собі уявити, яким би воно було, це загально визнане “природне право”, якби верх взяла одна із східних – ваххабістська або інша ідеологія з її зневагою до прав та свобод, життя людини, інших загальноєвропейських цінностей.

Із правом і законодавством тісно пов’язана законність. Можна сказати, що ці три юридичні елементи невід’ємні один від одного. Як не існує права без законодавства й законності, так і законності не існує без законодавства і права, яке, як уже зазначалося, зовні виражено в законодавстві і служить для виведення загального “установленого правила співжиття”.

Виникнення законності зумовлено становленням і розвитком державності як соціального інституту взагалі, появою права. Можна припустити, що законність (як і право) була потрібна і правлячій еліті, яка за допомогою законності окреслювала рамки поведінки підлеглих (у тому числі й власного апарату управління – чиновництва), утримуючи його в межах вигідної для себе поведінки і не даючи йому перетворювати процес управління на режим свавілля, що могло призвести до бунту низів), і тим, ким ця еліта та її апарат управління керували, що давало низам можливість, хоча й невелику, захищати свої права від незаконних дій управлінців.

У первісному вигляді законність утворюється разом із першими правовими нормами давніх людських цивілізацій і знаходить своє зовнішнє відбиття у відповідній до вимог права поведінці у перших письмових спробах законодавчого регулювання суспільних відносин – аналогах сьогоденнішніх нормативних актів. Серед таких найбільш відомими є Закони царя Хаммурапі, Закони дванадцяти таблиць, Руська правда та ін.

Основи законності, її нормативна база й цілі формуються разом з економічними й соціальними підвалинами державної влади, державними органами, правом, тому законність досить суттєво розрізняється за історичними епохами, економічними формаціями, релігійними уявами та культурним рівнем різних народів. «Законність становить складне соціально-політичне явище, обумовлене економічними, історичними, правовими, організаційними, соціально-культурними, соціально-психологічними та іншими чинниками» [16, с. 28]. На неї впливає й історико-географічне положення тієї чи іншої держави, що зумовлює певне запозичення правового досвіду сусідніх держав. Яскравим прикладом такого взаємовпливу є Росія, Україна, Беларусь, законність яких формувалася під впливом деспотії Сходу і демократії Заходу, взаємного досвіду і на різних етапах розвитку цих держав являла собою конгломерат деспотичних традицій і демократичних норм, коливаючись, залежно від посилення впливу Заходу чи Сходу, поглядів історичних осіб, які ставали кермачами цих держав та інших умов то в один бік, то в інший.

Значний вплив на законність справляють і політичні орієнтири державних лідерів або класів (групи осіб, які керують державою). Ще П.І. Стучка звертав увагу на те, що законність є “лише формою, зміст якої залежить від того, який клас перебуває при владі і чиє класове право охороняє і провадить ця держава” [19, с. 296]. На жаль, ця думка знайшла своє практичне підтвердження. Так, розробляючи теоретичні осно-

ви “соціалістичної законності”, лідер більшовиків В.І. Ленін закликав “буржуазну законність” на певному етапі становлення нової державної влади замінити диктатурою, революційною пролетарською законністю. “Наукове поняття диктатури, – писав він, – означає ніщо інше, як нічим не обмежену, ніякими законами, ніякими абсолютно правилами не стиснуту владу, що безпосередньо спирається на насилля» [11, с. 320]. Таким чином, більшовики фактично вперше в історії людства (в його цивілізований період) офіційно відмовилися від додержання в процесі розбудови нової держави законності, замінивши її на режим свавілля й беззаконня (тобто на такий, який не відповідав міжнародно визнаним стандартам), хоча в подальшому В.І. Ленін та інші керівники Комуністичної партії не раз ставили питання про необхідність утворення й укріплення так званої “соціалістичної законності” [12, с. 197-201], яка була встановлена в Радянській державі і мала всі ознаки законності формальної. (Ми поділяємо законність на формальну – формалізовану в нормах права і демократичну, при якій у суспільстві реально додержуються вимоги законів). До речі, більшовики вміло маніпулювали законністю: визнавали чи не визнавали її існування залежно від потреб моменту.

Відхилення від законності за цих підстав, щоправда, у більш завуальованій формі, притаманне й державам, які традиційно визнаються демократичними. Чимало прикладів таких відхилень маємо й зараз. В Україні це призвело до того, що “тіньова” економіка досягла 40 - 50 % валового продукту [7, с. 53]. Значні проблеми мають Росія та низка інших країни СНД, де до таких відхилень в економічній сфері додаються порушення, пов’язані з формуванням національно-територіальних (державних) утворень.

На законність впливали і продовжують впливати певні тимчасові умови, у яких знаходиться та чи інша держава: це стан війни, надзвичайний стан, оголошений в державі, загострення політичної боротьби тощо. У таких випадках реалізація фізичними та юридичними особами багатьох загальновизнаних громадянських та інших прав або істотно зменшується, або зовсім неможлива. Чинне законодавство, а також юридична наука майже всіх держав за умов *крайньої необхідності* визнають за виконавчою владою можливість тимчасового відступу від законів в ім’я загальногромадської користі, підкреслюючи водночас, що це не більш ніж виняток з дозвільного порядку функціонування законності [8, ст. 30-32, 34, 35, 64; 2, с. 121; 3, с. 162-163; 21, с.17].

Законність у сучасних умовах (власне, про законність можна говорити тільки в теперішньому часі, оскільки такий термін, як “законність”, у юридичній літературі до початку ХХ ст. майже не зустрічається, а питання законності на теоретичному рівні майже не досліджувалися, хоча, безумовно, сама законність, як формальна – у вигляді відповідного законодавства, так і практики його додержання – існувала) становить багате за змістом політико-юридичне явище, яке посідає важливе місце в державній політичній системі, взаємодіє з такими її ланцюгами, як демократична, соціальна, правова держава, демократія, право та ін.

На думку деяких учених, законність має три значення: а) закони; б) принципи діяльності держави; в) процес законотворчості. Таку точку зору одними з перших висловили А.Є. Луньов, С.С. Студенікін, Ц.А. Ямпольська [14, с. 17, 27]. Визнаючи закон серцевиною поняття “законність”, вони підкреслювали, що без системи діючих у державі законів принцип законності втрачає свій сенс [14, с. 19,20]. Зовні законність

виражена в законодавстві, під яким якраз і прийнято розуміти систему правових актів, у яких норми права знаходять своє зовнішнє відбиття.

І.С. Самощенко стояв на позиції, згідно з якою *стан законності визначається в першу чергу фактичним виконанням законодавства, а не наявністю розвинутого законодавства*. У той же час, він звертав увагу на те, що, хоча законність і законодавство і являють собою самостійні суспільні явища, але вони тісно пов'язані між собою [17, с. 6]. Тоді ж його підтримали М.С. Строгович [18, с. 11, 26], С.С. Алексєєв і А.В. Міцкевич [1, с. 103] та ін.

Є.А. Лукашова ввела до визначення законності не тільки елемент суворого й неухильного втілення законів у життя, а й систему правових норм, які відбивають закономірність суспільного розвитку й волю народу. Тільки єдність двох елементів, стверджує вона, утворює реальну законність у суспільстві [13, с. 25-27]. Аналогічного погляду дотримуються й інші правознавці [3, с. 157-165; 4, с. 143, 144; 14, с. 17, 27; 9, с. 143; 21, с. 24-30]. Логіка дослідження приводить Є.А. Лукашову до правильного, на наш погляд, висновку про те, що законодавчі акти самі по собі не можуть забезпечувати міцну законність у суспільстві, бо для цього потрібні ідеологічні й організаційні способи втілення їх у життя. Однак наявність законодавства є правовою основою законності, її необхідною передумовою [13, с. 26].

В.Я. Тацій, підкреслюючи важливість змісту й форми норми права, стану законодавства в цілому для забезпечення режиму законності, вказує на небезпеку яку містить відхилення від правил нормоутворення і звертає увагу на можливість з цих підстав трансформації законності в *антизаконність*. “Досить згадати, – пише він, – що в недалекому минулому антизаконність набувала, та й зараз набуває, своєрідної юридичної форми інструктивних вказівок виконавчої влади по реалізації приписів, що містяться в законі” [20, с. 4]. На значну роль законів і законодавства у встановленні й підтримці режиму законності звертають увагу практично всі науковці, які зверталися до цієї проблеми.

Абсолютно вірною, вважаємо, є думка, що для зміцнення законності потрібні постійне вдосконалення законодавства, видання нових законів згідно зі змінами суспільних відносин та умов, скасування застарілих законів, які не відповідають новим суспільним відносинам, а лише створюють умови для її порушення. Законодавча неврегульованість важливих суспільних відносин, прогалини, незрозумілості, суперечності законодавства також є причиною цього порушення.

Узагальнення наведеного дозволяє зробити висновок про те, що переважна більшість учених, які досліджували проблему законності, правильно наголошують на нерозривності зв'язку законодавства й законності, що, без сумніву, відповідає її соціально-політичному змісту: адже будь-яка спроба подати законність без законодавства позбавить її матеріального змісту. Але при цьому слід пам'ятати й те, що знаку рівності між законністю й законодавством ставити не можна, хоча сама законність не може існувати без законодавства. Історичний досвід багатьох держав свідчить, що розвинуте законодавство, зовні демократичне, не забезпечує само по собі стан законності в державі, оскільки політичні та інші традиції, які існували в країні, особисті погляди на законність державного апарату, практика його роботи (при низькій правовій культурі населення) не відповідали вимогам міжнародних стандартів законності.

Список літератури: 1. *Алексеев С.С., Мицкевич А.В., Самоцен-ко И.С.* Развитие и совершенствование советского законодательства // Сов. государство и право. – 1971. – № 1. – С. 100-107. 2. *Алексеев С.С.* Правовое государство – судьба социализма. – М.: Юрид. лит., 1988. – 175 с. 3. *Бахрах Б.Н.* Административное право: Учебник. Часть общая. – М.: Изд-во БЕК, 1993. – 301 с. 4. *Битяк Ю.П., Зуй В.В.* Адміністративне право України (Загальна частина): Конспект лекцій. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 1996. – 158 с. 5. *Гегель Г.В.Ф.* Философия права: Пер. с нем. / Ред. и сост. *Д.А.Керимов, В.С. Нерсисянц.* – М.: Мысль, 1990. – 524 с. 6. *Иеринг Р.* Цель в праве. – СПб., 1881. – 412 с. 7. *Камлик М.І., Невмержицький С.В.* Корупція в Україні. – К.: Знання, КОО, 1998. – 187 с. 8. Конституція України. – К.: Просвіта, 1996. – 80 с. 9. *Коваль Л.* Адміністративне право України. – К.: Основи, 1994. – 154 с. 10. КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК: Изд. 9-е, доп. и испр. – М.: Госполитиздат, 1983. – 638 с. 11. *Ленин В.И.* Победа кадетов и задачи рабочей партии // Полн. собр. соч. – Т. 12. М.: Госполитиздат. 12. *Ленин В.И.* О «двойном» подчинении и законности // Полн. собр. соч. – Т. 45. – М.: Госполитиздат. – С. 197 – 201. 13. *Лукашева Е.А.* Социалистическое правосознание и законность. – М., 1973. – 344 с. 14. *Лунеев А.Е., Студеникин С.С., Ямтоль-ская Ц.А.* Социалистическая законность в советском государственном управлении. – М.: 1948. 15. *Маркс К., Энгельс Ф.* Твори: В 30-ти т. – К.: Політвидав, 1955. – Т.1. – С. 161-164. 16. *Ремнев В.И.* Социалистическая законность в государственном управлении. – М., 1979. – 301 с. 17. *Самоценко И.С.* Охрана режима законности Советским государством // Правоохранительная деятельность Советского государства – метод обеспечения социалистической законности. – М.: Госюриздат, 1960. – 196 с. 18. *Строгович М.С.* Основные вопросы советской социалистической законности. – М.: Госюриздат, 1959. – 64 с. 19. *Стучка П.* Учение о государстве и Конституции РСФСР. – М., 1923. 20. *Тацій В.Я.* Проблеми формування правової політики в Україні // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1994. – № 2. – С. 3-13. 21. *Ткаченко В.Д.* Функціональне призначення законності // Вісн. Акад. прав. наук. – 1996. – № 6. – С. 24-30. 22. *Явич Л.С.* Господство права (к концепции правового государства в СССР) // Правоведение. – 1990. – № 5. – С. 11-20.

Надійшла до редакції 02.10.2000 р.

УДК 342.951

В.Я.Настюк, канд. юрид. наук, доцент
*Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

КЛАСИФІКАЦІЯ МИТНО-ПРАВОВИХ НОРМ: ПРОБЛЕМИ МЕТОДОЛОГІЇ

Поняття і соціальне призначення митного права, специфіка митно-правового регулювання суспільних відносин виявляються при аналізі норм, що складають зміст цієї галузі права. Ці норми мають спрямованість на відносини, що виникають у зв'язку зі здійсненням митної справи.

Норма митного права, як і норма будь-якої галузі права, є правилом загально-обов'язкового характеру, певним приписом належної або можливої встановленої державою поведінки, яка охороняється спеціальними організаційно-правовими способами. Але ця норма створюється насамперед у правотворчій сфері, де відбувається трансформація існуючих суспільних митних відносин у такі, що необхідні для людини й держави, встановлюються правила, які організують діяльність усіх учасників митних процесів. Тільки таким чином можна вплинути на відносини, що складаються при цьому. Митно-правові норми виконують функцію регулятора останніх. Вони відрізняються від норм інших галузей права тим, що предметом їх регулювання є суспільні відносини, які виникають, змінюються і припиняються у сфері митної діяльності держави. Завдання її правотворчої функції – створювати моделі поведінки, що об'єктивно відбиваються в митно-правових нормах.

Окрім суспільних, норми даного права регулюють відносини у сфері митної діяльності держави, що виникають у зв'язку з вирішенням митними органами питань експортного контролю, справляння податків, а також зовнішньої торгівлі.

Комплексність і багатоплановість функціонування митних норм підкреслюють особливий характер їх застосування. Зокрема, вони регулюють суспільні відносини, що виникають у зв'язку з участю в митній справі інших структур, об'єднань (як державних, так і недержавних). Звідси можна зробити висновок, що митно-правова норма регулює відносини у сфері митної справи, а також відносини митного характеру існуючі в інших сферах державної діяльності. Норми митного права за характером спрямованості обумовлюють організацію, упорядкування й удосконалення відносин у цій сфері. За їх допомогою визначається правове становище й компетенція митних органів, форми й методи їх роботи, регламентуються їх діяльність і порядок взаємовідносин з іншими суб'єктами виконавчої влади й учасниками зовнішньоекономічних процесів.

Ці норми визначають також правовий статус фізичних і юридичних осіб у сфері митної справи. Крім того, митне законодавство містить норми, за допомогою яких забезпечується охорона (захист) митно-правових відносин від можливих порушень. Саме вони змушують утримуватися від учинення протиправних дій, безпосередньо регулюють процеси, які виникають у зв'язку з порушенням митно-правової системи і які пов'язані із застосуванням заходів адміністративно-митного примусу. Митно-правові норми часто захищають суспільні відносини, які регулюються іншими галузями права. За сучасних умов найбільш інтенсивно митно-правовий захист застосовується до бюджетно-податкової, екологічної, цивільно-правової сфер.

Враховуючи кількість суб'єктів, які беруть участь у складних митних процедурах, застосування й можливості розширення сфери реалізації розглядуваних норм, можна сказати, що вони є найбільш комплексним засобом серед інших правових норм і тому в сукупності утворюють комплексну універсальну систему. Кожна митна норма, відрізняючись специфічними особливостями, існує і діє не сама по собі. Системні зв'язки й залежність означають їх погоджене комплексне використання, оскільки якраз митно-правові норми займають найбільший правовий простір у ланцюгу: митний закон – акт митної діяльності – акт виконання митної процедури (операції) – документ митного оформлення і справляння мита. Частіш за все не одна норма, а їх сукупність (до того ж як однорідних, так і неоднорідних) створюють цілісний ефект митно-правового впливу. Таким чином, норми митного права, що виступають як державні встановлення, мають властивість бути незалежними від свавілля окремих посадових осіб митних органів та інших владних структур.

Останнім часом були спроби провести класифікацію митно-правових норм з урахуванням новітньої практики й висновків наукових досліджень. При цьому критеріями виступали предмет регулювання (норми матеріальні і процесуальні, що поділялися на митно-юрисдикційні й митно-процедурні) та юридичний зміст цих норм (зобов'язальних, забороняючих, уповноважуючих, стимулюючих, рекомендуючих). Їх ще можна класифікувати за адресатами, масштабами застосування, обсягом регулювання тощо. У зв'язку з цим слушно підкреслити, що митне право породжується державою, нею формується, встановлюється й охороняється, тобто виникає воно як норма, модель поведінки у сфері митної справи. На сьогодні вже розроблено й у Верховній Раді розглядається проект Митного кодексу України. Саме він має за мету забез-

печити створення системи внутрішньо узгоджених нормативних правових актів для реалізації властивих правовій державі принципів верховенства права, демократизму й підвищення ефективності регулювання суспільних митних відносин. Тому такого важливого значення набуває зараз методологічна проблема класифікації норм митно-права.

Такі правники, як Б. Габричідзе [2], С. Ківалов [1] на фоні застосування різних підходів до цієї проблеми, наводять свої критерії класифікації митно-правових норм, обираючи у вигляді базових такі категорії, як-то: а) предмет регулювання; б) метод впливу на поведінку суб'єктів митного права; в) форма припису; г) межа дії (у просторі, в часі, за суб'єктами). К. Сандровський же дещо інакше обумовлює власну аргументацією щодо моделі митних правовідносин, однак теж погоджується з критеріями такої класифікації [3]. Розглянемо характеристику цих норм за зазначеними вище критеріями.

За предметом регулювання. Митно-правові норми регулюють матеріальні та процесуальні митні відносини. Матеріальні характеризуються тим, що юридично закріплюють комплекс обов'язків і прав у митній сфері, а також відповідальність учасників митних відносин, що регулюються теж митним правом, тобто ці норми фактично визначають їх митно-правовий статус. Таким чином, у матеріальних нормах знаходить відбиття той правовий режим, у якому має функціонувати митна система, повинні діяти учасники цих відносин.

Митно-процесуальні норми сприяють реалізації матеріальних норм, які потребують нормативно встановленої послідовності дій та етапів прийняття конкретних рішень. Їх призначення зводиться до визначення порядку (процедури) реалізації юридичних обов'язків і прав, встановлених нормами матеріального митного права у межах митних відносин. Вони регламентують порядок розгляду й вирішення різних митно-юрисдикційних митно-правових спорів переважно у позасудовій формі. Але слід зазначити, що митна діяльність не зводиться лише до юрисдикційної.

Митно-процесуальні норми регламентують багато інших позитивного характеру відносин у повсякденній діяльності, пов'язаній із забезпеченням митної діяльності, насамперед функціонування органів Держмитслужби України. Це дає підставу виділити в особливу групу *митно-процедурні норми*. Законодавчою практикою вже зроблено перший крок щодо виділення в проєкті Митного кодексу України самостійного відповідного розділу.

За методом впливу на поведінку суб'єктів митного права. Митно-правова норма по-різному впливає на поведінку суспільних відносин: вона може зобов'язувати, забороняти або заохочувати до дії. Відповідно до характеру сформульованого в нормі правила поведінки дані норми поділяються на зобов'язальні, уповноважуючі, забороняючі, заохочувальні. На наш погляд, слід виділити ще одну *групу норм – встановлюючу*, до якої належать функції державних митних органів, пов'язані з питаннями видачі ліцензій, квот, реєстрацією посвідчень тощо.

За формою припису. Митно-правові норми за формою припису поділяються на *імперативні, рекомендаційні та диспозитивні*. Перші містять правила, що безпосередньо визначають поведінку суб'єктів при настанні умов, сформульованих у них, які не можуть бути змінені або замінені іншими обставинами за угодою сторін даних митних правовідносин.

Рекомендаційні норми – певні поради, рекомендації про доцільність здійс-

нення суб'єктами митного права тих або інших дій. Ця норма зобов'язує (у вигляді поради) суб'єкта митного права до здійснення відповідних дій, надаючи йому можливість самостійно визначити шлях і засоби виконання передбачених норм та обов'язків або ж приписує суб'єктові виконання дій, передбачених нормою, і разом з тим припускає можливість конкретизації загальних положень норми, виходячи з фактичної ситуації, що склалася щодо здійснення митних процедур та операцій. На практиці, як свідчить характер рекомендаційних норм, особливо важливе їх застосування при складанні договорів митного обслуговування, які є угодою щодо застосування наступних владних дій митних органів стосовно власників ліцензійних (вільних) складів, магазинів безмитної торгівлі та інших об'єктів.

Диспозитивні містять правила, що надають можливість учасникам митних правовідносин у межах норм самим визначити права й обов'язки, і тільки в разі відсутності взаємної згоди набирає чинності правило норми. Вони в митному законодавстві зустрічаються досить рідко. Це пояснюється виконавчо-владним характером суспільних відносин.

За межами дії (у просторі, в часі, за суб'єктами). Дія митних норм у просторі пов'язана з правовим статусом органу, який видав той чи інший акт митної діяльності. Виходячи з цього, розділяють *норми, що діють на всій території держави і за її кордонами* (норми, які регулюють митну діяльність органів, організацій і посадових осіб, а також громадян України за кордоном), а також *норми, чинні на регіональному рівні* (вільні економічні зони, ліцензійні митні склади).

За масштабом застосування норми поділяються на ті, що мають загальне значення для всіх інститутів митної справи, та спеціальні, які мають значення для окремих її інститутів. Важливо зазначити, що митні органи все частіше застосовують спеціальні норми, яким відводиться обмежена сфера регулювання. Це стосується повноважень митних органів щодо проведення дізнання, боротьби з контрабандою, забезпечення контрольованих поставок наркотичних засобів тощо.

Загальним правилом є те, що митно-правові норми набувають чинності з моменту їх опублікування або доведення їх до відома виконавців. В окремих випадках вони набирають чинності в строк, зазначений у нормативному акті. Дія норм митного права, як правило, розрахована на невизначений строк, але можуть бути передбачені й часові умови їх дії (наприклад, на період дії спеціального митного режиму стосовно певних товарів). Загальним правилом є те, що митно-нормативний акт зворотньої сили не має (хоча й існують винятки).

За суб'єктами. Митно-правові норми регулюють поведінку фізичних осіб (громадян) у сфері митної справи, а також митну діяльність юридичних осіб (державних органів, підприємств, установ та організацій) у сфері митної справи та службовців органів державної митної служби.

Таким чином, науковий підхід до вироблення методології класифікації митно-правових норм дає можливість побачити, яким чином застосовуються регулятори важливої сфери суспільних відносин, які вдосконалюють ефективність митної справи, а також сприяють реалізації митної політики.

Список літератури. 1. Кивалов С.В. Организационно-правовые основы таможенного дела в Украине: – Одесса: ОДУ, 1994. – 71 с. 2. Российское таможенное право: Учебник для вузов / Под ред. Б.Н. Габричидзе. – М.: Норма-ИНФА, 1999. – 520 с. 3. Сандровский К.К. Таможенное право в Украине: Учеб. пособие. – К.: Вентури, 2000. – 208 с.

Надійшла до редакції 24.10.2000 р.

УДК 347.73.(091) **Е.А. Алисов**, канд. юрид. наук, доцент
*Национальная юридическая академия Украины,
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

НЕЗАКОННЫЕ ДЕНЕЖНЫЕ ОПЕРАЦИИ В ТЕНЕВОЙ ЭКОНОМИКЕ УКРАИНЫ

За последние годы реформированию экономической системы в Украине свойственно стремление к выработке устойчивого финансового механизма, способного обеспечить потребности государственной власти и местного самоуправления в средствах. Для реализации этой цели прилагаются значительные усилия всех ветвей власти, которые на практике выражаются в ужесточении налоговой политики, введении казначейской системы исполнения государственного бюджета, усилении уголовного преследования нерадивых налогоплательщиков, укреплении фискального аппарата и т.д. Вместе с этим государством предпринимаются попытки к сокращению размеров теневого сектора экономики Украины, размер которого по некоторым оценкам составляет 55% [6, с. 151], т.е. вне контроля государства и общества осуществляются значительные по своим масштабам процессы производства, распределения, обмена и потребления материальных благ. В этот не отражаемый официальной статистикой оборот вовлечены денежные средства, фондовые ценности, продукция производственно-технического назначения, товары народного потребления, различные работы и услуги. Не будем останавливаться на причинах и последствиях этого явления, так как в юридической и экономической литературе этому вопросу уделяется достаточное внимание [5, с. 4-14; 6, с. 155-158; 6, с. 75-85 и др.]. Постараемся определить наиболее распространенные формы и способы реализации теневых операций. Их анализ позволит выработать методы противодействия им в будущем.

Прежде всего для решения поставленной задачи, необходимо уяснить конечную цель операторов теневого сектора экономики. В литературе указывается, что в целях избежания налогов или в связи с нежеланием экономических субъектов придавать известность своим действиям и доходам теневую экономику дифференцируют на криминогенную, запретную, противозаконную, скрытую. Неформальная же не подлежит учету в связи с ее индивидуальностью, личным или семейным характером, отсутствием измерителей [1, с. 745]. Учитывая такое определение, возможно в качестве желаемого итога для участников теневых операций, независимо от их вида, обозначить получение неконтролируемых государством доходов, которыми они могли бы распоряжаться по своему усмотрению. В своем большинстве последние направляются на потребление как в Украине, так и за ее пределами. Но это не означает, что полученные таким образом средства не инвестируются в экономику других стран, обладающих более благоприятными общественно-политическим климатом и налоговым режимом, а также стабильностью экономических отношений. Нельзя также забывать и о политическом аспекте теневой экономики. Так, по мнению В. Радченко, сегодня уже ни у кого нет сомнений, что попытка криминалитета влиять на макроэ-

кономические процессы и общественно-политическую ситуацию в государстве является одной из самых реальных угроз национальной безопасности [7, с. 4].

Каким образом операторам теневого сектора экономики удается на практике достигать желаемых результатов? Какими приемами они пользуются для получения неконтролируемых доходов и какие формы приобретает их деятельность? На эти вопросы возможно ответить, рассмотрев приведенную выше классификацию. Оговори-мся, что такое деление теневой экономики не является окончательным и может быть подвергнуто корректировке в зависимости от применяемых классификаторов.

Если осуществлять анализ криминогенной, запретной и противозаконной форм теневой экономики, то необходимо констатировать их заведомую противоправность, так как при их осуществлении либо имеет место правонарушение, либо создается реальная угроза его совершения. Разграничение этих проявлений теневой деятельности осуществляется по степени и характеру общественной опасности, а также видам юридической ответственности за их осуществление. Содержание теневых операций, реализуемых в этих формах, сводится в основном к осуществлению противозаконных видов деятельности (торговля оружием, проституция, наркобизнес), а также законодательно не запрещенных действий, но без необходимой для этого формализации хозяйствующих субъектов или направлений их деятельности. В настоящее время согласно статьям 148, 148³ и 148⁴ УК Украины занятие запрещенными видами пред-принимательской деятельности, нарушение порядка ее осуществления, а также фиктивное предпринимательство являются уголовно наказуемыми деяниями.

Противоправными являются операции и в сфере скрытой теневой экономи-ки. Наиболее распространенной из них является занижение цен реализуемых ценнос-тей в официальных документах при наличии так называемого «наличного отката», что приводит к уменьшению доходов государства от государственной пошлины и сборов в Государственный пенсионный фонд Украины. При таких операциях их уча-стники умышленно стремятся к искажению содержания предпринимаемых действий и учета их результатов. Немаловажным в этом направлении является стремление су-бъектов хозяйствования уклониться от регистрации проводимых операций, а также к использованию при их осуществлении наличных денежных средств, что существенно затрудняет контроль за ними.

Именно в целях укрепления кассовой дисциплины, затруднения и выявления правонарушений при расчетах, более точного отражения результатов наличных рас-четных операций в Украине принят ряд нормативных актов, среди которых ведущее место принадлежит Закону Украины «О применении электронных контрольно-кассовых аппаратов и товарно-кассовых книг при расчетах с потребителями в сфере торговли, общественного питания и услуг» в редакции от 06.06.96 г. [2] и Указу Пре-зидента Украины «О применении штрафных санкций за нарушение норм по регули-рованию обращения наличности» № 436 от 11.03.95 г. [9].

Основная идея упомянутого Закона состоит в тотальной регистрации совер-шаемых с использованием наличной формы расчетов, сделок. Такой учет должен производиться через должным образом зарегистрированные электронные контрольно-кассовые аппараты или компьютерные системы, а в случаях, прямо предусмотренных этим Законом, – с использованием товарно-кассовой книги.

Применение электронных и иных средств учета и контроля существенно за-трудняет ведение теневых операций, увеличивает расходы по их администрирова-

нию. В совокупности с иными предусмотренными законодательством мерами противодействия теневой экономике, такими как установление лимита остатка наличных денежных средств в кассе на конец рабочего дня, требованием об обязательном включении в расчетные документы номеров идентификационных кодов физических лиц – плательщиков налогов и ограничением возможного количества операций, осуществляемых с использованием наличных денежных средств, регистрация расчетных операций создает жесткий режим контроля за ведением пред-принимательской деятельности.

Согласно мнению М.А. Павловского, наличность – это основа спекулятивных операций коммерческих банков, а значит и теневой экономики, организованной экономической преступности и коррупции [6, с. 227]. Согласно данным печати с 1995 г. в Украине наблюдается стойкая тенденция к разрастанию корыстной финансово-экономической преступности при увеличении числа выявленных правоохранительными органами должностных злоупотреблений в финансовой сфере, преступных операций с валютными ценностями, фактов изготовления и сбыта поддельных денег. По данным официальной статистики вне банковской системы Украины находится более 40% всей денежной массы [3, с. 37].

Теневые доходы, получаемые в результате нелегальных операций по производству, реализации и потреблению товаров (работ, услуг), как правило, приводят к накоплению значительных размеров наличных денежных средств. Дальнейшее использование в Украине (а зачастую и за рубежом) доходов от теневых операций является проблематичным вследствие необходимости их легализации. Заинтересованность любого цивилизованного государства в привлечении средств в свою экономику всегда находится в зависимости с доверием к источникам их происхождения. Поэтому субъекты теневого сектора экономики стремятся придать легальный статус своим доходам посредством применения различных схем, получивших наименование «отмывание грязных денег». Этой проблеме в последнее время уделяется достаточное внимание вследствие интернационализации и глобализации преступных сообществ, увеличения осуществляемых ими операций и влияния на экономическую и политическую стабильность в мире. Тенизация экономики – это не проблема какой-либо отдельно взятой страны, она носит всеобщий, международный характер. Украина, будучи полноправным субъектом международных отношений, принимает активное участие в создании условий, препятствующих расширению этого негативного явления.

Показательны в этом отношении достижения в создании международных режимов противодействия теневым доходам. Так, 17 февраля 1994 г. в Ашгабате было подписано Соглашение о сотрудничестве министерств внутренних дел СНГ в сфере борьбы с организованной преступностью, которое предусматривает конкретные способы взаимодействия правоохранительных органов и оговаривает условия их осуществления [4, с. 272-278].

Отметим, что основная направленность подобных актов состоит в противодействии легализации преступных доходов, полученных от торговли наркотиками и психотропными веществами, как наиболее опасных для мирового сообщества в целом и отдельных государств, в частности. В связи с этим обратим внимание на один из наиболее значимых, на наш взгляд, международных документов, обеспечивающих создание национальных и международного режимов воспрепятствования такой преступной деятельности. Это Конвенция Совета Европы об «отмывании», выявлении,

ізъятти и конфіскації доходів от протнвоправной діяльності [4, с. 115-139]. Етот акт опрелел дієрженіє правонарушеній по преступной легалізації незаконано полученних доходів и мери по конфіскації и вйдаче их стране протсхожденія. Положеніє етого акта в настайщее время как нікогда актуальні для України в связи с её требованіямі по возврату на ее територію средств незаконно обращенных в свою пользу экс-премьер министром П. Лазаренко. Это же касается и иных случаев бегства украинского капитала за границу, которое ухудшает финансовое положение государства и препятствует нормальному процессу формирования государственного и местных бюджетов, а также государственных целевых фондов.

Список літератури: 1. *Борисов А.Б.* Большой экономический словарь. – М.: Книжный мир, 1999. – 895 с. 2. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 33. – Ст. 155. 3. *Бучко М.* Корислива фінансово-економічна злочинність як протидія демократичним перетворенням // Право України. – 2000. – № 3. – С. 37 – 40. 4. «Грязные деньги» и закон. Правовые основы борьбы с легализацией преступных доходов / Под общ. ред. *Е.А. Абрамова.* – М.: Инфра – М, 1994. – 296 с. 5. *Павловський М.А.* Витоки корупції та організованої злочинності – у хибній ідеології реформ // Віче. – 1997. – № 9. – С. 4-14. 6. *Павловський М.А.* Макроекономіка перехідного періоду. Український аспект. – К.: Техніка, 1999. – 334 с. 7. *Радченко В.* Защита личности, общества, государства // Милиция Украины. – 1997. – № 2. – С. 4. 8. *Турчинов О.В.* Тіньова економіка і тіньова політика // Політ. думка. – 1996. – № 3-4. – С. 75-85. 9. Урядовий кур'єр. – 1995. – № 87-88. – С. 10; 1999. – № 89. – С. 2.

Надійшла до редакції 10.10.2000 р.

УДК 349.3

С.М.Прилипко, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗМІСТУ КОНВЕНЦІЇ МІЖНАРОДНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРАЦІ №102 ПРО МІНІМАЛЬНІ НОРМИ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Найбільшу кількість нормативних положень, які стосуються праці й питань соціального забезпечення, становлять статут та акти МОП – організації, яка була спеціально створена для вирішення завдань, пов'язаних із працею й соціальним забезпеченням. У разі ратифікації конвенції МОП держава зобов'язана прийняти законодавчі та інші акти для втілення її в життя і регулярно надсилати до МОП доповіді про заходи щодо ефективного застосування ратифікованої конвенції [2, с. 257-259].

Генеральною угодою між Кабінетом Міністрів України й Українським союзом промисловців і підприємств та профспілковими об'єднаннями України на 1997-1998 рр. в розділі 7 поряд з іншими зобов'язаннями було передбачено, що у сфері соціального забезпечення Кабінет Міністрів розгляне питання про внесення пропозицій до Верховної Ради України стосовно ратифікації Конвенції МОП № 102 про мінімальні норми соціального забезпечення. У зв'язку з цим виникає необхідність дослідження змісту зазначеного документа і розробки пропозицій щодо вдосконалення національного законодавства [1, с. 240].

Конвенція №102 була прийнята Міжнародною Організацією Праці 28 червня

1952 р. Вона визначає дев'ять видів допомог (галузей) соціального забезпечення, а саме: медичну; по тимчасовій непрацездатності; по безробіттю; сім'ям з дітьми (сімейні допомоги); пенсії по старості; у зв'язку з трудовим каліцтвом чи професійним захворюванням; по інвалідності; у разі втрати годувальника; по вагітності та пологах.

Усі види допомог (крім медичної) виплачуються в грошовій формі, при цьому пенсії у зв'язку з трудовим каліцтвом чи професійним захворюванням, а також допомога по безробіттю надаються поряд з медичною допомогою; сімейні допомоги можуть містити в собі різні компоненти.

Держави, які ратифікували цю Конвенцію, приймають на себе зобов'язання включити її положення до законодавчих актів і мати як мінімум три види допомог (пенсій) з наступних перерахованих: допомогу по безробіттю, пенсії по старості, у зв'язку з трудовим каліцтвом чи професійним захворюванням, по інвалідності, у разі втрати годувальника. Вони також зобов'язуються встановити норми мінімального охоплення певної частини населення соціальним забезпеченням, мінімальні розміри пенсії та матеріальної допомоги (у тому числі медичної).

Конвенція містить вимогу про забезпечення, рівності між громадянами країни і постійно проживаючими в ній іноземцями; визначає випадки, при яких виплата пенсій та допомог може бути припинена, і декларує, що особи, які звернулися за призначенням пенсії чи допомоги, у випадку відмови мають право на оскарження рішення. Цей міжнародний документ у загальному виді встановлює рамки, у яких працюючі на підставі трудового договору (в системах, заснованих на страхуванні) повинні брати участь у фінансуванні системи соціального забезпечення шляхом сплати обов'язкових страхових внесків або спеціальних податків.

Відповідно до Конвенції держави несуть відповідальність: за адміністративне керування соціальним забезпеченням; за належне виконання бюджету фондів соціального страхування та соціального забезпечення і контроль за ними; за здійснення у певних випадках організаційних заходів щодо залучення осіб, які підлягають соціальному захисту, а також роботодавців до управління соціальним забезпеченням.

При визначенні мінімальних норм охоплення осіб, які підлягають соціальному забезпеченню, необхідно враховувати міжнародні норми Конвенція № 102:

– *для допомоги по тимчасовій непрацездатності, по безробіттю, сім'ям з дітьми* – не менш 50% від усіх установлених категорій працюючих на підставі трудового договору (за винятком допомоги по безробіттю); встановлена категорія зайнятого населення повинна складати не менше 20% від усіх жителів країни; або якщо допомоги призначаються за умови перевірки потреби, усі громадяни, які мають дохід, що не перевищує встановленого рівня;

– *для медичної допомоги* – всі особи, які мають право на допомогу по тимчасовій непрацездатності, а також їхні дружини й діти; або встановлені категорії, але не менше 50% від усіх жителів країни;

– *для пенсій у зв'язку з трудовим каліцтвом чи професійним захворюванням* – всі, хто має право на допомогу по тимчасовій непрацездатності, плюс пенсія в разі втрати годувальника на дружину й дітей.

– *для пенсій у разі втрати годувальника* – дружина й діти всіх осіб, які мають право на допомогу по тимчасовій непрацездатності; якщо пенсії призначаються тільки за умови перевірки потреби, дружина й діти, які є постійними мешканцями країни, мають право на такі виплати за умови, що їхній дохід не перевищує встановленого

рівня.

– для допомоги по вагітності й пологах – усі жінки, які працюють на умовах трудового договору, мають право на допомогу по тимчасовій непрацездатності, і для медичної допомоги, наданої жінкам у зв'язку з вагітністю і пологами дружинам працюючих на підставі трудового договору чи самостійно зайнятих, які мають право на допомогу по тимчасовій непрацездатності.

Держава, економічний потенціал якої (у тому числі й медичне обслуговування) не досягли достатнього рівня розвитку, при ратифікації Конвенції може заявити про тимчасові вилучення в нормах мінімального охоплення соціальним забезпеченням. Тимчасово можна здійснити охоплення хоча б 50% від усіх працюючих у промисловості на підприємствах, де зайнято не менше 20% працюючих, включаючи при цьому відповідний рівень охоплення дружин і дітей медичним обслуговуванням, допомогою по вагітності й пологах, пенсіями у випадку втрати годувальника й у зв'язку з трудовим каліцтвом чи професійним захворюванням.

При приведенні національного законодавства у відповідність до Конвенції № 102 необхідно враховувати положення щодо мінімальних норм для визначення розміру пенсій і допомог, передбачених для «пересічного одержувача» й у відсотках. Наприклад, у разі хвороби чи безробіття подружжя з двома дітьми повинні отримувати допомогу не менше 45% від попереднього заробітку чоловіка; у старості подружжя пенсійного віку – 40%; у разі трудового каліцтва чи професійного захворювання, що призвело до втрати працездатності, інвалідності подружжя з двома дітьми мають отримувати не менше 50%. Зазначені норми можуть застосовуватися в наступних варіантах:

а) якщо розмір пенсії чи допомоги обчислюється з попереднього заробітку їх одержувача, то їх розмір разом із сімейною допомогою не повинен бути менше зазначеного розміру у відсотках до попереднього заробітку. Для обчислення пенсії чи допомоги з попереднього заробітку мають бути встановлені зрозумілі правила обчислення. Може бути встановлена верхня межа розміру пенсії чи допомоги або заробітку, прийнятого для їх обчислення. Ця межа не може бути нижчою від заробітку кваліфікованого працівника (чоловіка), при цьому Конвенція бере заробіток, що «дорівнює 125% середньої заробітної плати всіх підлягаючих соціальному забезпеченню осіб»;

б) якщо пенсія чи допомога встановлюється у визначеному розмірі, то сума, виплачувана «пересічному одержувачеві», не повинна бути менше, ніж зазначена відсоткова частка від заробітної плати дорослого працівника (чоловіка). При цьому за основу береться некваліфікований працівник основної галузі економічної діяльності, де працює найбільша чисельність осіб, які підлягають забезпеченню пенсіями й допомогоюми. При великих розбіжностях у заробітках по районах дозволяється застосовувати верхні межі або визначати для різних районів різні норми виплат у визначених розмірах;

в) коли виплати стосуються державних службовців, які фінансуються з державного бюджету, розмір пенсії і допомоги може бути визначений з урахуванням матеріального становища одержувача.

Суттєве значення мають положення Конвенції щодо мінімальних норм медичної допомоги, яка охоплює: допомогу дільничного лікаря, включаючи відвідання хворого вдома; допомогу фахівців у лікарнях та інших медичних установах як госпі-

талізованим, так і амбулаторним хворим; відпуск необхідних лік; допомогу до, під час і після пологів, яка надається лікарем або дипломованою акушеркою; госпіталізацію в разі потреби.

При цьому стандартний мінімум медичної допомоги при страхуванні у зв'язку з трудовим каліцтвом чи професійним захворюванням є більш широким і включає послуги дантиста, забезпечення протезами, окулярами тощо.

Для одержання допомоги по тимчасовій непрацездатності, безробіттю, вагітності й пологах, медичної допомоги може застосовуватися така категорія, як кваліфікаційний стаж, що визнається необхідним для запобігання зловживань. Залежно від ситуації такий кваліфікаційний стаж може застосовуватися до чоловіка (при наданні матеріальної допомоги замість допомоги по вагітності й пологах) і годувальника (медична допомога).

Для одержання сімейних допомог потрібен кваліфікаційний стаж, який не перевищує трьох місяців сплати страхових внесків або роботи на підставі трудового договору, чи одного року проживання в країні.

Для права на повний розмір пенсії по старості необхідно мати стаж сплати страхових внесків або стаж роботи до 30 років або 20 років проживання в країні. (Знижений розмір пенсії визначається після принаймні 15 років сплати страхових внесків чи роботи). Якщо система страхових внесків охоплює всіх найманих працівників і самостійно зайнятих осіб, то застосовується альтернативна формула – середньорічна кількість страхових внесків (які сплачувались протягом певного періоду).

Ті чи інші пенсії і допомоги можуть не виплачуватися: протягом періоду проживання за кордоном; при перебуванні особи на суспільному утриманні в будь-якій установі (але будь-яка різниця перевищення розміру пенсії чи допомоги над вартістю утримання повинна виплачуватися утриманням); якщо особа одночасно має право на два види грошових допомог (крім сімейних допомог); якщо страховий випадок супроводжувався усвідомленими зловживаннями з боку заявника, а також коли заява була підроблена; якщо особа нехтує медичними чи реабілітаційними послугами, або встановленими правилами поведінки під час страхового випадку; допомога по безробіттю, якщо заявник знехтував послугами служб зайнятості чи втратив роботу внаслідок трудового конфлікту або без виправданої причини залишив роботу за власним бажанням; якщо вдова, яка одержує пенсію у разі втрати годувальника, живе з іншим чоловіком як дружина.

Заявник має право оскаржити відмову в наданні пенсії чи допомоги, їх рівень чи якість, однак, якщо медична допомога надається державною установою, скарги повинні направлятися у відповідний компетентний орган.

Виплата пенсій, допомоги та адміністративні витрати мають покриватися солідарно – працівником і роботодавцем таким чином, щоб: не погіршувати матеріальне становище осіб з низькими доходами; належним чином враховувати економічне становище країни і певних осіб, які підлягають соціальному забезпеченню; при забезпеченні, організованому на принципах страхування (за винятком сімейних допомог і, звичайно, у випадку трудового каліцтва чи професійного захворювання), загальний внесок працівника не повинен перевищувати 50% від усієї суми страхового внеску.

Положення Конвенції МОП № 102 не стосуються моряків і рибалок, які ма-

ють свої власні конвенції по соціальному забезпеченню: Конвенція 1946 р. про соціальне забезпечення моряків № 70 і Конвенція 1987 р. про соціальне забезпечення моряків [3].

Список літератури: 1. Вакулєнко В.М. Кодекс законів про працю з постатейними матеріалами. – К.: ЮРИНКОМ, 1997. – 1040 с. 2. Киселев І.Я. Сравнительное и международное трудовое право. – М.: Дело, 1999. – 726 с. 3. Конвенції та рекомендації, ухвалені міжнародною організацією праці. Міжнародне бюро праці. – Женева, 1999. – С. 555-578; С. 378-381.

Надійшла до редакції 10.10.2000 р.

УДК 343.211

В.О. Навроцький, канд. юрид. наук, доцент
*Львівський національний Університет
ім. І. Франка, м. Львів*

ВИДИ ТА СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ

Українські й зарубіжні вчені практично одностайні в розумінні того, що є принципами в праві, зазначаючи, що це не результат суб'єктивного погляду законодавця чи теоретиків, а прояв об'єктивного в правовому регулюванні суспільних відносин. Однак, коли справа доходить до встановлення конкретного переліку положень, які є загальними принципами права чи принципами певної галузі (зокрема, принципами кримінального права), то майже кожен учений пропонує свій власний перелік. Переліки принципів відрізняються від інших, а саме: числом ідей, що їх пропонується вважати основними чи керівними, видами положень, які визнаються принципами; послідовністю їх викладення - місцем кожного з них у відповідному переліку; наявністю чи відсутністю вирішення основних і «похідних» принципів; видами принципів, які належать до тієї чи іншої групи, тощо. Причому, як уже зазначалося, часто не просто (чи й неможливо) з'ясувати, яку саме групу принципів викладає й аналізує той чи інший учений. Стосовно висвітлення принципів кримінально-правової кваліфікації зазначені явища не мають місця просто в силу того, що відповідна проблема недостатньо висвітлена в літературі.

Серед теоретиків поширена думка, що наявність різноманітних поглядів на принципи права є проявом суб'єктивізму, а він при вирішенні проблеми принципів права долається досить важко [2, с. 238; 3, с. 148]. У зв'язку з цим слід зауважити, що труднощі у вирішенні будь-якого наукового питання аж ніяк не можуть бути підставою для відмови від певної уваги до нього. Швидше навпаки, саме наявність перепон повинна привертати дослідників до їх подолання. Крім того, те, що будь-яке питання з огляду на суб'єктивну оцінку окремих учених в теорії вирішується по-різному, ще не означає невдалого його розв'язання. Адже різнополярність поглядів сприяє пошуку істини, тому що серед багатьох думок можна розгледіти паростки саме правильної позиції.

Переходячи від цих загальних зауважень до розглядуваної проблеми, слід наголосити на можливості подолання суб'єктивізму при її вирішенні. Визнання незаперечного положення, що в принципах закладені й об'єктивні засади, дає можливість

їх встановлення, а тим самим є і передумовою до виявлення об'єктивних підстав, джерел, на яких базуються (від яких походять) принципи кримінально-правової кваліфікації. У такий спосіб можна, по-перше, довести, чому ті чи інші ідеї визнаються принципами, а не просто рядовими положеннями, а по-друге обґрунтувати, що в основі відповідної позиції лежать не просто здогадки автора, його інтуїція.

Можливість і необхідність віднесення тих чи інших положень до принципів кримінально-правової кваліфікації має бути підтверджена сукупністю аргументів. Критерієм їх правильності є логічна узгодженість і несуперечливість доказів, які використовуються для обґрунтування визнання певних ідей принципами, їх відповідність усій системі філософських, загальноправових, кримінально-правових положень, які стосуються аналізованої проблеми. Якщо ж правильними будуть вихідні положення, методи дослідження, то таким же повинен бути і кінцевий результат (у нашому випадку - перелік принципів кримінально-правової кваліфікації).

Аналіз положень про співвідношення принципів кримінально-правової кваліфікації з іншими кримінально-правовими принципами, про джерела формулювання аналізованих принципів, їх ознак [1, с.287-308, 317-323] дозволяє не лише вказати, які ідеї служать підставою для визнання принципів саме такими, а й обґрунтувати, чому це зроблено саме так. Назвати, які положення є принципами кримінально-правової кваліфікації можна, базуючись на аналізі норм Конституції України, кримінально-правових положень Загальної та Особливої частин, міжнародно-правових актів, схвалених нашою державою, виходячи з теоретичних постулатів та позицій, яких дотримується правозастосовча практика, загальноновизнаних правових аксіом.

Так, теза про те, що *головним принципом кримінально-правової кваліфікації є принцип законності*, впливає з наступних положень:

– філософські категорії «зміст і форма», «абстрактне і конкретне», якими виражається співвідношення принципів кримінально-правової кваліфікації та інших видів кримінально-правових принципів, дають підстави стверджувати, що кваліфікація як вид застосування закону є формою його вияву, проявом конкретного в правовому регулюванні суспільних відносин. Звідси впливає, що здійснюватися вона повинна лише на підставі закону і в точній відповідності до нього;

– норми Конституції закріплюють положення, що вся діяльність державних органів, які застосовують закон (а отже, і в частині кримінально-правової кваліфікації), здійснюється, виходячи із засад неухильного дотримання законності;

– міжнародно-правові акти, підписані чи ратифіковані від імені України, які нині визнаються частиною національного законодавства нашої держави, засновуються на визнанні того, що будь-яка правозастосовча діяльність має здійснюватися відповідно до принципу законності при застосуванні як цих актів, так і внутрішнього законодавства;

– визнання того, що Україна є правовою державою (чи, принаймні, йде шляхом створення такої) передбачає, що вся правозастосувальна діяльність здійснюється згідно з принципом законності. Саме закон є вищим критерієм правильності рішень, які приймаються у перебігу правозастосування. Застосування права не лише здійснюється на підставі закону, а й регламентоване ним. Урешті-решт, як загальні положення, відповідно до яких здійснюється кримінально-правова кваліфікація - її принципи, так і конкретні правила кваліфікації впливають з окремих правових норм чи їх сукупності. При виникненні суперечностей між тими чи іншими принципами пріоритет

певним із них надається з огляду саме на норми закону.

Принцип офіційності кримінально-правової кваліфікації має за підґрунтя такі положення:

– кримінально-правова кваліфікація є результатом взаємодії необхідності й випадковості в кримінально-правовому регулюванні суспільних відносин. При цьому кваліфікація - це не наслідок випадкового збігу обставин, а необхідний результат застосування закону. Застосування ж норм чинного законодавства - прерогатива спеціально на те уповноважених державних органів. Тому й кваліфікація виступає як форма державно-владної діяльності, як діяльність офіційна;

– чинне процесуальне законодавство окреслює коло органів, які дають кримінально-правову оцінку діяння особи від імені держави, встановлює їх повноваження, передбачає порядок закріплення результатів кримінально-правової кваліфікації в процесуальних документах. Із відповідних норм випливає, що лише така офіційна кваліфікація має правове значення. Тому названий принцип прямо впливає з головного принципу кримінально-правової кваліфікації - принципу законності;

– існуюча практика застосування кримінального закону полягає в тому, що кваліфікація, здійснена в неофіційному порядку, не тягне за собою правових наслідків. Вона лише сприяє виробленню відповідної позиції в працівників компетентних органів.

Принцип об'єктивності кримінально-правової кваліфікації вирізняється з урахуванням співвідношення об'єктивного й суб'єктивного в підставах кваліфікації та безпосередньо при її проведенні. Зокрема:

– оцінка суспільно-небезпечного діяння має здійснюватися, виходячи не з бажань та інтересів окремих осіб, їхньої емоційної оцінки вчиненого, а відповідно до волі законодавця, інтересів суспільства. Тому будь-які прояви суб'єктивізму при кримінально-правовій кваліфікації не повинні мати місця;

– законність кваліфікації передбачає, що при її проведенні слід виходити з установлених у процесуальному порядку обставин справи, а не з догадок, припущень, уподобань особи, яка застосовує закон. Водночас необхідно керуватися кримінальним законом, актами його офіційного тлумачення, а не суб'єктивною оцінкою вчиненого й своїм розумінням закону;

– вибір кримінально-правової норми (норм), яка передбачає вчинене, підпорядковується як формалізованим, так і неписаним правилам, реально існуючим і зафіксованим у тій чи іншій формі до моменту здійснення кримінально-правової кваліфікації певного діяння.

Вирізняється *принцип повноти кримінально-правової кваліфікації*, оскільки:

– у кваліфікації знаходить свій прояв діалектика необхідності й випадковості. Кваліфікація, будучи необхідним явищем, повинна відбивати необхідність кримінально-правової оцінки вчиненого діяння в повному обсязі. Якщо ж піддати оцінці лише частину діяння (діянь) вчиненого особою, оцінити його з позицій не всіх існуючих кримінально-правових норм, а лише окремих із них, то необхідність не отримає свого прояву у кваліфікації;

– необхідність забезпечення повноти кваліфікації впливає також із принципу законності. Він може вважатися реалізованим, коли закон застосований в повному обсязі, усі норми, які поширюються на дане діяння, враховані при оцінці відповідної поведінки особи;

– системний характер права передбачає, що при кваліфікації мають знайти свій розвиток інші правові принципи. Закріплення в кримінально-процесуальному законодавстві принципу всебічності, повноти й об'єктивності дослідження обставин справи (ст.22 КПК України) передбачає, що й кваліфікація буде здійснюватися на тих же засадах. Адже, якщо не забезпечувати повноту кваліфікації, втрачає зміст повнота встановлення фактичних обставин справи.

Принцип точності кримінально-правової кваліфікації базується на таких положеннях:

– необхідність кримінально-правової кваліфікації діянь, які стали відомі правоохоронним органам, передбачає, що остання повинна бути проведена відповідно до закону. Наявність у чинному КК багатьох норм означає, що необхідність можна вважати реалізованою лише за умови, що з усіх них вибрана саме та, яка передбачає вчинене діяння;

– головний принцип кримінально-правової кваліфікації - принцип законності - включає в себе обов'язок відповідних органів застосовувати закон у точній відповідності з його змістом, виходити з того, що злочином може визнаватися лише діяння, прямо передбачене кримінальним законом. Тобто особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор, суддя можуть інкримінувати винному не будь-яку норму з числа наявних у чинному законодавстві, а лише ту, яка прямо передбачає вчинене діяння;

– розвиток кримінального законодавства шляхом як створення узагальнюючих норм, так і диференціації кримінальної відповідальності в окремих нормах призводить до наявності багатьох норм, які передбачають учинене діяння. При цьому жодна з них не дублюється. Тому кваліфікація передбачає вибір з усіх існуючих норм однієї конкретної норми, а при сукупності злочинів – кількох;

– точність кваліфікації спрямована на те, щоб забезпечити реалізацію пов'язаних із правильною кримінально-правовою кваліфікацією діяння законних інтересів як держави, так і окремих осіб.

Підставою для вирізнення як самостійного *принципу індивідуальності кримінально-правової кваліфікації* є:

– співвідношення законодавства і його застосування (кваліфікації) як сутності і явища, абстрактного і конкретного. Кваліфікація, будучи явищем, проявом конкретного, характеризується такими рисами, які дають можливість відрізнити його від інших явищ та іншого конкретного. Тому кваліфікації притаманна індивідуалізація; в ній знаходять свій прояв ознаки, специфічні саме для даного посягання. Якщо в перебігу кваліфікації не сформульована індивідуальна правова оцінка кожного діяння окремо, не диференційована роль кожної особи у вчиненні злочину, то є підстави вважати, що явище правової оцінки не відбулося;

– необхідність індивідуалізації кримінально-правової кваліфікації базується (як і всі інші її принципи) на принципі законності. Кримінальний і кримінально-процесуальний закони передбачають окрему правову оцінку діянь кожної особи й кожного діяння. Законом визначені межі індивідуалізації при кримінально-правовій кваліфікації вчиненого: вони визначаються тим, наскільки диференційована відповідальність;

– принцип індивідуалізації кваліфікації ґрунтується також на такому принципі кримінального права, як справедливість. Одним з аспектів справедливості в кримінальному праві є притягнення до відповідальності за власні дії, з урахуванням

характеру дій, учинених кожною особою окремо. Це, в свою чергу, передбачає окрему кваліфікацію дій кожної особи;

– розглядуваний принцип кваліфікації безпосередньо виходить із конституційного положення про те, що «юридична відповідальність кожної особи має індивідуальний характер» (ч.2 ст.61 Конституції України).

Вирішення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються, вирізняється як *принцип кримінально-правової кваліфікації*, оскільки:

– неясність, суперечливість чинного законодавства не повинні погіршувати становище особи, щодо якої застосовується закон;

– ситуація, при якій виникає сумнів, яка кримінально-правова норма підлягає застосуванню, свідчить про конфлікт між інтересами держави і особи. Відповідно ж до загальновизнаних гуманістичних положень, у такому випадку пріоритет надається правам окремого громадянина;

– презумпція невинуватості означає, що обов'язок довести, що особа підлягає відповідальності за певною кримінально-правовою нормою, покладається на уповноважені на те державні органи. Якщо ж в силу дефектів законодавства чи з інших причин останні не можуть однозначно обґрунтувати необхідність застосування більш суворої з кількох норм, які передбачають вчинене, то діяння повинно кваліфікуватися за іншою нормою (звичайно, за умови, що доведена можливість кваліфікації вчиненого за такою нормою).

Принцип недопустимості подвійного інкримінування (недопустимості кваліфікації за певною нормою, якщо діяння вже охоплене іншою нормою з числа поставлених у вину цій же особі) при кримінально-правовій кваліфікації має підґрунтя на таких положеннях:

– кваліфікація є явищем стосовно норм чинного законодавства - сутності. Оскільки сутність у предметі лише одна (хоча вона може проявлятися в багатьох явищах), то очевидно, що одному явищу може відповідати тільки одна норма. Тим самим кваліфікація діяння за певною нормою виключає застосування щодо цього ж діяння іншої норми, якщо вчинене повністю отримало кримінально-правову оцінку;

– цей принцип кримінально-правової кваліфікації базується на конституційному положенні, згідно з яким «ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення» (ч.1 ст.61 Конституції України);

– в основі даного принципу лежить правова аксіома *non bis in idem*, відома протягом усього періоду існування й розвитку юриспруденції.

Принцип стабільності кримінально-правової кваліфікації виводиться з огляду на те, що:

– норми чинного законодавства і кваліфікація співвідносяться як можливість і дійсність. Дійсність може змінюватися лише за умови зміни можливості, яка лежить в основі даної дійсності. Отже, поки не змінено чинне законодавство, норми якого є підставою кваліфікації, поки визнаються незмінними фактичні обставини справи, не встановлені помилки чи зловживання в перебігу кваліфікації, вона сама також повинна бути незмінною, стабільною;

– головний принцип кваліфікації (принцип законності) передбачає, що на основі норм закону повинна відбуватися не лише кримінально-правова оцінка діяння, але й зміна кваліфікації. Виходячи із прагнення забезпечити стабільність зафіксова-

них у процесуальних документах висновків про оцінку діяння, чинне законодавство передбачає певну процедуру зміни кваліфікації, ускладнюючи й затруднюючи її з переходом до пізніших стадій кримінального процесу;

– гуманізм права, прагнення забезпечити повну реалізацію законних прав та інтересів учасників процесу проявляється при кваліфікації в тому, що зміна останньої, що веде до погіршення становища особи, діяння якої підлягають оцінці, можлива лише за умови повторення необхідних процесуальних дій, повернення справи на попередню стадію кримінального процесу.

Таким чином, проведений аналіз дає підставу для висновку про необхідність вирізнення названих у даній статті принципів кримінально-правової кваліфікації. З урахуванням визначеного вище співвідношення між собою окремих принципів кримінально-правової кваліфікації (зокрема, визнання законності головним принципом), може бути сформовано своєрідне «дерево принципів». Його коріння - положення, які є джерелами, лежать в основі принципів кримінально-правової кваліфікації, стовбур - головний з них, а гілки - окремі принципи.

Класифікація принципів кримінально-правової кваліфікації, як і будь-яка класифікація, сприяє проникненню в глибинну сутність аналізованого явища, предмета, процесу. Вона показує і відмінність між окремими елементами, які піддаються поділу, і взаємозв'язок між ними. Така класифікація дозволяє перевірити правильність вирізнення окремих принципів як самостійних.

Чи не найважливіше при класифікації - це встановлення критерію, за яким вона провадиться. Класифікаційний критерій має охоплювати всі принципи без винятку, давати можливість поділити їх без залишку. Принципи кримінально-правової кваліфікації можуть бути класифіковані за різними критеріями. Однак, оскільки кримінально-правова класифікація не є самоціллю, такий критерій повинен бути важливим і відбивати докорінні питання такої кваліфікації.

Насамперед аналізовані принципи за їх значенням поділяються на головний принцип - принцип законності кримінально-правової кваліфікації, та інші принципи, похідні від нього. Крім того, принципи цієї кваліфікації можуть бути поділені і на види з урахуванням того, чий правовий статус вони визначають. При цьому до принципів, що визначають зміст діяльності органів, які здійснюють таку кваліфікацію, належать передусім принципи офіційності, об'єктивності, повноти, точності кримінально-правової кваліфікації. Принципи ж стабільності, індивідуальності, вирішення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються, недопустимості подвійного інкримінування головним чином визначають права й обов'язки особи, дії якої кваліфікуються. Принцип же законності рівною мірою належить до обох названих груп принципів кримінально-правової кваліфікації.

Список літератури: 1. *Навроцький В.О.* Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. – К.: Атіка. – 1999. – 464 с. 2. *Теория государства и права.* – М.: ИНФРА-М-НОРМА. – 1997. – 570 с. 3. *Явич Л.С.* Право развитого социалистического общества. Сущность и принципы. – М.: Юридическая литература. – 1978. – 225 с.

Надійшла до редакції 16.05.2000 р.

О МЕСТЕ ПРИЧИННОЙ СВЯЗИ В СИСТЕМЕ ПРИЗНАКОВ ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЫ СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Есть основания полагать, что в науке уголовного права стилистически и логически неточно трактуется объективная сторона преступления с материальным составом. В любом учебнике можно прочесть, что признаками, характеризующими объективную сторону, являются: а) общественно-опасное деяние; б) общественно-опасное последствие; в) причинная связь между деянием и наступившим последствием [24, с. 106; 33, с.81; 29, с.81, 93; 23, с. 78-79]. Такое представление о месте причинной связи среди признаков объективной стороны ведет свое начало еще от работ А.Н. Трайнина, который ставил причинную связь в один ряд с действием и его результатом. Он считал: «Необходимо ...с полной отчетливостью установить, что причинная связь образует наряду с действием и его результатом необходимый элемент любого состава преступления» [27, с.204]. Как видим, при таком подходе причинная связь выделяется в качестве самостоятельного, отдельного признака объективной стороны преступления *наряду* с деянием и последствием. Из такого понимания вытекает, что, доказывая наличие объективной стороны, мы должны установить факт деяния, факт последствия, а потом доказать, что между ними имеется причинная связь. Если же это доказано не будет, то следует констатировать отсутствие объективной стороны преступления «ввиду отсутствия такого обязательного ее признака, как причинная связь» [2, с. 39]. Можно привести много примеров утверждений о том, что лицо не может нести ответственность за свое деяние, если «причинная связь между действием (бездействием) и наступившими последствиями отсутствует» [10, с.158; 17, с.49 и др.]. Но может ли какой-либо вред именоваться последствием, если он не порожден тем самым деянием, которое вменяется лицу, не находится с ним в причинной связи?

Обратимся к словарям. Последствие в толковом словаре русского языка определяется как «то, что возникает, появляется в результате, вследствие чего-либо» [21, с. 317]. В философском сказано: «Следствие – философская категория, выражающая результат действия причины», далее разъясняется, что отыскание причинно-следственных связей «начинается с конца», т.е. с *предположения* о том, что некий предмет является следствием интересующего нас явления, затем производится «реконструкция» процесса порождения данного «предмета» [25, с. 71]. Вполне уместно продолжить эту мысль: если такая «реконструкция» позволит признать наличие причинной связи, то можно считать предположение верным и с полным основанием назвать данный «предмет» следствием.

Словари толкуют следствие и последствие как синонимы. «Последствие – следствие чего-нибудь», - читаем у С.И. Ожегова. А следствие он определяет как «то, что следует, вытекает из чего-нибудь, результат чего-нибудь...» [16, с.566, 727]. В словаре синонимов «следствие, последствие, результат» расположены в одной статье и разъясняются как «то, что вызывается чем-л., вытекает, следует из чего-л.» [22, с.434]. Но не исключено, что каждое из этих слов имеет свой тонкий смысл. По нашим наблюдениям о последствии чаще говорят, когда имеют в виду нежелательный,

отрицательный, вредный характер данного следствия. При таком понимании «следствие» является более широким понятием по отношению к «последствию»: последствие – это негативный вариант следствия.

Однако суть обоих терминов заключается в том, что *последствием, следствием чего бы то ни было называют именно то, что из него же и вытекает, его же результатом и является*. Философы много пишут об этом. Часто цитируется высказывание Гегеля о том, что говорить о причине можно лишь постольку, поскольку она порождает следствие, а о следствии – лишь в силу того, что оно вызвано конкретной причиной. Можно привести слова и других всемирно известных философов прошлого. Вот что сказал по этому поводу Л.-М. Дешан: «Причина и следствие – суть два коррелята, обладающие существованием только одного через другое» [Цит. по 8, с.235]. В. Дильтей призывал не забывать древнюю мудрость: «Causa adequat effectum» - «причина уравнивается результатом» [6 с.129]. Современные философы полностью разделяют идеи своих предшественников. Они всячески подчеркивают, что причина и следствие тогда только и могут быть названы таковыми, когда между ними имеется причинная связь, что не может быть следствия без причины, равно как и причины без следствия. Последнее приобретает смысл лишь в соотношении с конкретной причиной (также и о причине можно говорить лишь постольку, поскольку мы интересуемся определенным следствием) [13, с.44; 37, с. 10 и др.]. А если это так, то выражение типа «данное последствие не находится в причинной связи с данным деянием» просто не имеет права на существование. Это равносильно тому, чтобы сказать, что «данная причина не вызвала данное следствие». Некорректность такого высказывания очевидна. Без сомнения, в таком контексте ни слово «причина», ни слово «следствие» неуместны. Если вред не находится в причинной связи с деянием, его нельзя называть последствием, равно, как и к деянию будет неприменим термин «причина».

Заметим, что то или иное обстоятельство, причину которого ищут либо устанавливают его связь с некой предполагаемой причиной, до того, как эта связь зафиксирована, вполне можно именовать *событием*. Философы нередко обсуждают эту проблему. Так, П. Супперс, обращает внимание на то, что существует старая научная традиция использовать термин «событие» безотносительно к породившей его причине, поскольку «понятие события не включает в себя понятия причины» [26, с.100]. Понятием «событие» для обозначения еще не доказанного следствия пользуются и другие философы, в частности В.М. Резников [19, с. 31]. Нет препятствий к тому, чтобы то же самое именовать *фактом*, как это делает Б. С. Украинцев [34, с.25]. Слово «факт» можно применять и к предполагаемой причине. Интересно отметить, что, по мнению специалистов, специфика этого слова заключается в том, что оно используется для обозначения уже свершившихся, но никак не для возможных, будущих событий [1, с. 347].

Повторим, что называть некое событие последствием до того, как установлена причинная связь его с деянием, преждевременно, а потому нелогично. Однако на это можно возразить, что любой вред все равно является последствием чего-либо. Ведь беспричинных явлений, как известно, не бывает. Почему бы тогда не назвать этот вред последствием еще до того, как решен вопрос о причинной связи? Приведем аргументы в пользу недостаточной обоснованности подобных суждений.

Бесспорно, любое явление, любой процесс происходит из какого-то другого

явления, процесса. В этом смысле, о чем бы мы ни говорили, оно обязательно является следствием чего-либо. Но значит ли это, что в любой ситуации, вне связи с конкретным деянием, вернее еще до анализа этой связи, можно говорить о вреде как о последствии? Видимо, нет. Иначе, например, к любому человеку в любой обстановке можно обращаться: «уважаемый читатель» только потому, что читателем является каждый. Подобные обращения, характеристики имеют смысл только в контексте определенной системы, в которой в данный момент рассматривается человек. Аналогично можно вести речь о следствии лишь применительно к конкретной системе. Действительно, любое событие является следствием чего-либо другого. Но прежде чем назвать данное событие последствием, мы должны это «что-либо» выявить и установить, действительно ли оно является причиной свершившегося.

Правы философы, когда говорят, что понимание причинной связи требует соответствия системному стилю мышления. Многочисленные суждения, высказанные по этому поводу, можно кратко изложить следующим образом. Мир бесконечно многообразен, его предметы и явления входят в различные системы связей. При вычленении причинно-следственной связи субъект всегда обособляет какую-то конкретную область и рассматривает ее как внутренне координированную систему. Событие только тогда и может получить определенную характеристику, когда оно рассматривается в качестве элемента той или иной системы, а не «вообще». Абстрактно, безотносительно к конкретной предметной сфере вопрос о причине и следствии не может быть решен. Ученые заостряют внимание на том, что причина и следствие фиксируются как локальные и конкретные агенты в *узкообозначенном контексте* [9, с.106; 18, с.3; 5, с.146; 36, с.214]. Поэтому слово «следствие», как и «причина», всегда употребляется в связи с вполне определенной ситуацией. Философы настойчиво советуют исследователям «иметь в виду системность не только материальных вещей и явлений, но и логических форм [15, с.87]. Если следовать этой полезной рекомендации, то, конечно, нельзя назвать следствием такое событие, относительно которого установлено, что оно *не находится в причинной связи* с явлением, в котором ранее предполагалась его причина.

У этой проблемы есть и другая сторона. Анализируя литературу по логике и языковедению, мы убедились, что, называя следствием некое событие, *вопрос о причине которого еще предстоит решать*, исследователь как бы опережает события и тем самым допускает не просто стилистическую погрешность, а именно то, что называют *логической ошибкой* – ошибкой, которая заключается в неправильном изложении мысли [34, с.8]. Заметим, что в быту обороты речи с «забеганием вперед» допускаются редко и воспринимаются в качестве каламбура, игры слов. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить комичную фразу из кинофильма «Полосатый рейс» о том, что «тигры питаются человеческими жертвами». В науке же, которая оперирует сложными, емкими категориями, это явление наблюдается чаще, поскольку не так бросается в глаза. Специалисты по логике хорошо знают, насколько распространена в научной среде ошибка «забегания вперед», а потому настойчиво предупреждают от нее. Для разъяснения подобных ошибок они как раз и рекомендуют проводить «житейские параллели». Аргументируя свою позицию, исследователи очень к месту приводят слова Юма: «Природа вселила в нас инстинкт, который влечет нашу мысль в направлении, соответствующему порядку, установленному ею среди внешних объектов». Эту цитату комментируют как иллюстрацию «совпадения хо-

да природы с последовательностью идей» [Цит. по 3, с. 109, 110].

Философы заостряют внимание на том, что в любом предложении в свернутом виде присутствуют все элементы диалектики, и объясняют это тем, что исторически *суждение* (связь понятий) выработалось как отражение диалектики объективного мира. Поэтому само мышление подчиняется диалектическим закономерностям, которые пронизывают не только содержание, но и форму мысли, поскольку именно так осуществляются сами процессы бытия. Диалектически мыслить и выражать эту мысль – значит следовать логике движения исследуемого явления. Законы логики и есть адекватно выраженная форма реконструкции действительности. Поскольку процесс формирования мысли стихийно отражает процесс становления события, то и изложение мысли должно этому соответствовать. Нарушение данного требования ведет к так называемой «ошибке связей», которая проявляется в неправильном, неадекватном обозначении отношений между предметами мысли [7, с. 22, 34]. Ошибка «забегания вперед» есть одна из разновидностей ошибки связей.

Вышеизложенное, по сути, есть разъяснение требования *системности, цельности, последовательности, непротиворечивости* в оформлении суждения, которое, по нашему мнению, зачастую и нарушается в уголовном праве при характеристике объективной стороны состава преступления.

Достаточно очевидно, что в уголовном праве применительно к анализу объективной стороны «деяние» и «последствие» рассматриваются в одной системе как события, лежащие в одной плоскости. Думается, именно к этому призывают исследователи, когда рекомендуют до начала процесса установления причинной связи мысленно изолировать деяние и последствие (повторим, что в этом случае вред называть «последствием» преждевременно, это все равно, что сразу же деяние называть «причиной»). Такая изоляция и означает, что на данном этапе мы пытаемся рассматривать их в одной системе. Если причинная связь доказана не будет, это означает, что посылка ошибочна, рассматриваемые признаки вовсе не принадлежат одной системе, вред не является последствием данного деяния, а является результатом совсем другой причины. В анализируемой же системе называть его последствием нельзя. И наоборот, утверждение о том, что некое событие является результатом, следствием того или иного деяния, равнозначно утверждению о наличии причинной связи между ними. Но это обстоятельство достаточно часто специалистами по уголовному праву не учитывается.

Как уже говорилось, в самых разных источниках, в том числе и в учебниках, можно прочитать, что к объективной стороне состава преступления относятся: «общественно опасное действие (бездействие), *его результат* (курсив автора – Н.Я.), причинная связь между ними...» [28, с. 145]. Как видим, здесь слово «последствие» заменено на «результат», и не какой-то абстрактный (такового и быть-то не может), а результат того самого деяния, которое фигурирует в объективной стороне. Совершенно очевидно, что результат – это именно то, что порождено деянием (так трактуется последствие и в цитируемом учебнике). Отдельно указывать здесь на причинную связь не просто нет необходимости; это действительно противоречит законам логики. Аналогичный упрек можно предъявить и к суждению об объективной стороне как о действиях, их последствиях и причинной связи между действиями и последствиями, высказанное на страницах журнала «Российская юстиция» [20, с. 30]. Столь же уязвима в логическом плане и такая фраза из учебника: «...Наряду с дейст-

нием или бездействием, *вызвавшим* (курсив автора – Н.Я.) общественно опасное последствие, требуется обязательное наличие причинной связи между деянием виновного и наступившим опасным последствием» [14, с.63]. Очень заметна и алогичность суждения, в котором предписывается «преступные последствия, наступившие в результате действия или бездействия субъекта» признавать имеющими «правовое значение» лишь при условии, что они «связаны с совершенным деянием» [31, с.125]. С учетом того, что речь здесь идет о заведомо *преступных* последствиях, наступивших именно *в результате* действия или бездействия субъекта, это высказывание, пожалуй, противоречит не только законам логики, но, по сути и уголовному закону. То же самое можно сказать и по поводу следующего: «При отсутствии причинной связи уголовная ответственность за *причиненный* (курсив автора – Н.Я.) вред исключается» [30, с.133, 134]. Лексически подобные фразы выстроены неудачно. Остается непонятным, почему же все-таки лицо, «*причинившее*», «*вызвавшее*» вред, не будет подлежать уголовной ответственности. Можно только догадываться: в этих случаях имеется в виду, что вред порожден какими-то другими причинами, а не действиями обвиняемого. Как представляется, приведенные речевые обороты являются прямым продолжением суждений о том, что *кроме* деяния и последствия нужно устанавливать еще и причинную связь между ними.

В связи с вышеизложенным считаем, что рассматривать причинную связь как самостоятельный признак объективной стороны, выводить ее за рамки последствия нелогично. Установление причинной связи фактически означает доказывание того, что рассматриваемый вред является последствием данного деяния. Поэтому если фраза «данное последствие не находится в причинной связи с деянием» являет собою нонсенс, то формулировка «данный вред (факт, событие) *не находится в причинной связи с деянием, а потому его последствием не является*» логического противоречия лишена.

Следует заметить, что в уголовно-правовой литературе встречаются высказывания, позволяющие думать, что их авторы рассуждают аналогичным образом. Так, Б.С. Волков, анализируя проблему предвидения последствий, отмечает как противоречивую позицию тех криминалистов, которые, «отрицая причинную связь при бездействии, допускают возможность предвидения лицом, обязанным действовать, последствий своего бездействия». Он справедливо считает «неправомерной» саму постановку вопроса о предвидении *последствий* при отсутствии причинной связи и небезосновательно утверждает, что «вне причинной связи последствие не существует» [4, с.29]. Б.С. Волков не распространяет свое суждение на конструкцию объективной стороны состава преступления, но это, видимо, и не входило в его задачу, поскольку его работа в первую очередь посвящена проблемам субъективной стороны.

Заметим, что в уголовно-правовой литературе определение последствия именно как вреда, *причиненного* деянием, распространено достаточно широко и вполне отвечает существу данного вопроса. «Последствие – предусмотренный уголовно-правовой нормой материальный или нематериальный вред, *причиненный* (курсив автора – Н.Я.) преступным действием (бездействием)...», – пишет В.Н. Кудрявцев [11, с.137]. Аналогичные формулировки предлагают и другие ученые [32, с. 118].

Такие определения дают веские основания рассматривать причинную связь в качестве конститутивного признака последствия. По сути, любой отдельно взятый признак каждого элемента состава преступления может быть охарактеризован лишь

через формулировку его собственных неотъемлемых признаков, как, например, в качестве атрибутивного признака деяния выступает его волимость. В.Н. Кудрявцев называет такие признаки «зависимыми». И тем не менее причинную связь все же выделяют в качестве самостоятельного признака объективной стороны. Делает это и В.Н. Кудрявцев. Между тем в его работах можно встретить суждения, которые вполне позволяют считать, что и он, в принципе, является сторонником того, чтобы причинную связь относить к характеристике самого последствия. Думается, именно это означают слова: «...Мы не называем причинную связь признаком состава, ибо она неизбежно вытекает из такого признака, как наличие вредных последствий, и, стало быть, является зависимым признаком» [12, с.145]. Хотя, по нашему представлению, не причинная связь вытекает из наличия последствий, а наоборот – наличие причинной связи позволяет назвать некое событие последствием, тем не менее в этой фразе четко прослеживается мысль о том, что причинная связь и последствие неотделимы друг от друга. Тем не менее В.Н. Кудрявцев, очевидно, не считает необходимым разрушать устоявшуюся в уголовном праве традицию рассматривать причинную связь как самостоятельный признак объективной стороны преступления, выводя ее за рамки последствия. Нам же такой прием представляется алогичным, поэтому уступать традиции не считаем возможным, тем более, что радикальных изменений в плане анализа объективной стороны новый подход за собой не повлек бы. Просто установление причинной связи одновременно означало бы и признание того, что интересующее нас событие является последствием данного деяния.

Если принять изложенную точку зрения, то следует констатировать, что *объективная сторона преступления с материальным составом описывается с помощью двух обязательных признаков – деяния и последствия; причинная же связь выступает как признак последствия. И пока она не установлена, именовать некий вред последствием – некорректно.*

Список литературы: 1. Аскин Я.Ф. Детерминизм, развитие, время // *Философские основания естественных наук.* / Отв. ред. *Дышлевый П.С.* – М.: Наука, 1976. – С. 341-357. 2. *Бажанов М.И.* Уголовное право Украины: Общая часть. - Днепропетровск: Пороги, 1992. – 167 с. 3. *Васильев В.В.* Кант, Юм и проблемы дедукции категорий // *Вопр. философии.* – 1995. – № 4. – С. 107-115. 4. *Волков Б.С.* Проблема воли и уголовная ответственность. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1965. – 135 с. 5. *Герасимов И.Г.* Анализ и синтез в формальной логике и диалектике // *Формы мышления. Диалектика и логика* / Под ред. *Б.М. Кедрова.* – М.: Изд-во АН СССР, 1962. – С. 142-172. 6. *Дильтей В.* Категории жизни // *Вопр. философии.* – 1995. – № 10. – С. 129-150. 7. *Ерастов Н.П.* Сочетание требований логики и психологии в лекции. – М.: Знание, 1980. – 64 с. 8. *История диалектики XIV-XVIII вв.* / Под ред. *Т.И. Ойзермана.* – М.: Мысль, 1974. – 356с. 9. *Козлова М.С.* Дилеммы: Опыт философского анализа // *Вопр. философии.* – 1996. – №6. – С. 104-112. 10. *Коржанский М.И.* Уголовное право Украины: Ч. загална: Курс лекцій. – К.: Наук. думка та укр. видав. гр., 1996. – 336 с. 11. *Кудрявцев В.Н.* Объективная сторона преступления. – М.: Госюриздат, 1960. – 244 с. 12. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. – М.: Юристъ, 1999. – 304 с. 13. *Кузнецов Э.В.* Причинность в философии и праве // *Философские проблемы государственности и права* / Науч. ред. *Д.А. Керимов, Л.С. Явич.* – Л.: Изд-во ЛГУ, 1970 – С.44-50. 14. *Курманов К.М.* Уголовное право Кыргызской республики: Общ. ч.: Учебник для выс. и сред. учеб. завед. – Бишкек: Алга, 1995 – 284 с. 15. *Новинский И.И.* Понятие связи в марксистской философии. – М.: Высш. шк., 1961. – 200 с. 16. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. *Н.Ю. Шведовой.* – М.: Рус. яз., 1991. – 917 с. 17. *Огабаров Е.А.* Словарь основных понятий и терминов Общей части уголовного права. – Караганда: Высш. шк. гос. следств. комитета, 1996. – 67 с. 18. *Остапенко С.В.* Связь и причинность: Гносеологическая природа их взаимодействия // *Философские проблемы современного естествознания*, 1988. – Вып. 67. – К.: Выща шк., С. 3-8. 19. *Резников В.М.* Философский анализ экспликаций категории «причина»: их теоретическая и методологическая значимость: Дис...канд. филос. наук., Новосибирск, 1997. – 171 с. 20. *Савкин А.* Деятельное раскаяние – свобода от ответственности // *Рос. юстиция.* – 1997. – № 12. – С. 35-37. 21. Словарь рус-

ского языка: В 4-х т. / Гл. ред. *А.П. Евгеньева*. – М.: Рус. яз., 1985-1988. – Т. 3. – 1987. – 752 с. 22. Словарь синонимов русского языка: В 2-х т. – Л.: Наука, 1971. – Т. 2. – 856 с. 23. *Смирнова Н.Н.* Уголовное право: Учебник. – СПб: Изд-во Михайлова В.А., 1998. – 675 с. 24. Советское уголовное право: Общ. ч. / Под ред. *Г.А. Кригера, Н.Ф. Кузнецовой, Ю.М. Ткачевского*. – М.: Изд-во МГУ, 1988. – 368 с. 25. Современная философия: Словарь и хрестоматия / Отв ред. *Коханов-ский В.П.* – Ростов-на-Дону: Феникс, 1997. – 511 с. 26. *Супперс П.* Вероятностная теория причинности // *Вопр. философии*. – 1972. – № 4. – С. 90-102. 27. *Траинин А.Н.* Состав преступления по советскому уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1951. – 385 с. 28. Уголовное право: Общ. ч.: Учебник для вузов / Отв. ред. *И.Я. Козаченко, З.А. Незамова*. – М.: ИНФРА-НОРМА, 1997. – 516 с. 29. Уголовное право России: Общ. ч.: Учебник / Под ред. *А.И. Рарога*. – М.: ИМПЭ, 1997. – 320 с. 30. Уголовное право России: Учебник для вузов: В 2-х т. / Отв ред. *А.Н. Игнатов, Ю.А. Красиков*. – М.: НОРМА-ИНФРА, 1998. – Т. 1. – 639 с. 31. Уголовное право Российской Федерации: Общ. ч. / Под ред. *А.И. Марцева*. – Омск: Омск. юрид. ин-т, 1998. – 366 с. 32. Уголовное право Украинской ССР на современном этапе: Общ. ч. / Отв. ред. *Ф.Г. Бурчак*. – К.: Наук. думка, 1985. – 447 с. 33. Уголовное право УССР: Общ. ч. / Под ред. *В.В. Сташиса и А.Ш. Якутова*. – К.: Выща шк., 1984. – 383 с. 34. *Уемов А.И.* Логические ошибки. Как они мешают правильно мыслить. – М.: Политиздат, 1958. – 119 с. 35. *Украинцев Б.С.* Самоуправляемые системы и причинность. – М.: Мысль, 1972. – 254 с. 36. Філософія: Підручник для вузів / За ред. *Г.А. Заїченко та ін.* – К.: Вища шк., 1995. – 434 с. 37. *Шаисламов Ш.А.* Проблемы взаимосвязи философских категорий и общенаучных понятий: Автореф. дис.... канд. филос. наук. – Ташкент, 1980. – 21 с.

Надійшла до редакції 10.10.2000 р.

УДК 343.8

А.Ф. Степанюк, *канд. юрид. наук, доцент*
Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Правоотношения, возникающие в сфере исполнения наказаний, в настоящее время урегулированы Исправительно-трудовым кодексом Украины и Положением о порядке и условиях исполнения уголовных наказаний, не связанных с мерами исправительно-трудового воздействия на осужденных. Объединяет эти нормативно-правовые акты то, что предписания, содержащиеся в них, направлены на упорядочение общественных отношений, связанных с уголовной ответственностью и исполнением наказания как меры государственного принуждения. Вместе с тем ИТК представляет собой совокупность юридических норм, регулирующих не только порядок и условия исполнения и отбывания наказаний, но и применение к осужденным мер исправительно-трудового воздействия. Сочетание исполнения наказаний с исправительно-трудовым воздействием на осужденных породило такую разновидность правоотношений, как исправительно-трудовые правоотношения. «Основная специфическая особенность исправительно-трудовых правоотношений - они возникают в процессе исправительно-трудового воздействия на осужденных и лишь в сфере тех общественных отношений, которые относятся к самой организации процесса исправительно-трудового воздействия на осужденных, к применению средств исправительно-трудового воздействия на них» [5, с.8]. Таким образом, отличительной особенностью, характеризующей содержание исправительно-трудовых правоотношений, является дополнительная обязанность осужденных подвергаться исправительно-трудовому воздействию, что закреплено в ст. 4 ИТК Украины. Из этого следует, что

о возникновении исправительно-трудовых правоотношений при исполнении наказаний, не связанных с мерами исправительно-трудового воздействия на осужденных, говорить не приходится.

С момента кодификации уголовного и исправительно-трудового законодательства, осуществленной в 60-70-е годы, взгляды на то, к какой разновидности правоотношений принадлежат отношения, складывающиеся по поводу исполнения и отбывания наказаний, не связанных с исправительно-трудовым воздействием на осужденных, претерпели значительную трансформацию. Так, в 60-е годы их относили к уголовно-правовым отношениям [5, с.7], к административно-правовым (при исполнении высылки, лишении права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, штрафа) или же к военно-административным (при лишении воинского звания, отбывании наказания в дисциплинарном батальоне), а то и к гражданско-правовым (при конфискации имущества) [2, с. 118, 119]. К началу же 80-х годов правоотношения, возникающие при исполнении наказаний, не связанных с мерами исправительно-трудового воздействия, были определены как уголовно-исполнительные. Представляется, что именно уголовно-исполнительные правоотношения могут быть предметом правового регулирования будущего уголовно-исполнительного права.

С учетом изложенного считаем необходимым обратить внимание на то, что в зависимости от упорядоченности нормами права тех или иных общественных отношений в теории государства и права различают правоотношения в широком и узком смысле слова. Это означает, что сегодня, когда еще нет уголовно-исполнительного законодательства, уголовно-исполнительные правоотношения в определенном смысле существуют в широком понимании правоотношений как объективно возникающей до закона особой формы социального взаимодействия, субъекты которого обладают взаимными, корреспондирующими правами и обязанностями, реализуя их в особом порядке, не запрещенном государством [3, с.225]. После упорядочения деятельности органов и учреждений исполнения наказаний Уголовно-исполнительным кодексом уголовно-исполнительные правоотношения, возникающие при исполнении всех наказаний как существующая связь между субъектом исполнения и субъектом отбывания наказания, можно уже будет рассматривать как правоотношения в узком смысле слова, под которыми понимается «разновидность социального отношения, урегулированного юридической нормой, участники которого обладают взаимными, корреспондирующими правами и обязанностями и реализуют их в целях удовлетворения своих потребностей и интересов в особом порядке, гарантированном и охраняемом государством в лице его органов» [3, с. 225].

Можно сказать, что стартовой площадкой для создания собственно уголовно-исполнительных правоотношений будет законодательная организация уголовно-исполнительной деятельности органов и учреждений исполнения наказаний. До формирования уголовно-исполнительного законодательства уголовно-исполнительные правоотношения как правоотношения в широком смысле существуют лишь в качестве одной из сторон уголовно-правовых отношений. Только с созданием уголовно-исполнительного законодательства можно будет наглядно увидеть действие составляющих его юридических норм, убедиться в существовании концентрированных уголовно-исполнительных правоотношений, поскольку «действие юридической нормы и есть правоотношение» [3, с.226].

Формирование уголовно-исполнительного права должно быть сведено прежде всего к развернутому отражению в юридических нормах фактических уголовно-исполнительных правоотношений. Таким образом, эта отрасль права будет обусловлена правовой действительностью исполнения наказаний.

Уголовно-исполнительное право будет вносить в практику исполнения наказаний дополнительные (по сравнению с исправительно-трудовым) нормативные начала. В свою очередь, уголовно-исполнительные правоотношения придадут модели правового регулирования предметность, материальность, реальность, наполнив ее через субъективные права и обязанности сторон исполнения и отбывания наказания юридическим содержанием.

Отличие уголовно-исполнительного права от исправительно-трудового должно проявиться в специфике предмета их правового регулирования. Если в исправительно-трудовом праве в последний наряду с отношениями, складывающимися в процессе и относительно исполнения (отбывания) наказаний, включаются и отношения по поводу реализации мер исправительно-трудового воздействия, то предмет правового регулирования в уголовно-исполнительном праве – это исключительно уголовно-исполнительная деятельность администрации органов и учреждений исполнения наказаний. В п. 14 ст. 92 Конституции Украины сказано, что исключительно законами Украины определяется деятельность органов и учреждений исполнения наказаний.

Объективно требуя правового упорядочения, деятельность органов и учреждений исполнения наказаний выступает, таким образом, предметом правового регулирования. Что же регулируется правом? Некоторые ученые к нему относят «те разновидности общественных отношений, действий индивидов, коллективов людей, которые: а) объективно могут быть урегулированы правом и б) в данных условиях требуют юридического воздействия. Значит, не все действия, отношения социальных субъектов могут становиться объектом правового воздействия, а лишь определенная их часть, а именно те из них, которые имеют нормативный характер, то есть типичны для данных условий, повторяемы, отличаются массовым (потенциальным или реальным) проявлением, поддаются государственно-правовому контролю, могут быть переведены на язык права, то есть формализованы» [3, с.147].

Соответствует ли этим условиям характерная для исправительно-трудового права правовая организация процессов исправления и перевоспитания осужденных, т.е. изменение их сознания? Совершенно очевидно, что ответ будет отрицательным по всем пунктам, поскольку изменение их взглядов, убеждений, привычек, навыков, переделка личности, изменение антиобщественной позиции скорее исключение, нежели правило. Поэтому исправление и перевоспитание осужденных не является типичным и массовым явлением. Оказались бесплодными попытки, предпринятые представителями науки исправительно-трудового права, исправительно-трудовой психологии и исправительно-трудовой педагогики, разработать и внедрить в практику применения мер государственного принуждения методы, позволяющие определить и проконтролировать степень изменения сознания осужденных в результате исправительно-трудового воздействия, равно как и тщетными оказались усилия формализовать процесс исправления и перевоспитания путем внедрения 1000-балльной шкалы оценок их поведения. В связи с этим считаем, что результативность правового налаживания уголовно-исполнительных правоотношений, возникающих при испол-

нении наказаний, в перспективе должна быть выше эффективности правового упорядочения соответствующих отношений нормами исправительно-трудового законодательства. Этот вывод напрашивается из-за низкой действенности достижения целей, поставленных законодателем при утверждении в 1970 г. Исправительно-трудового кодекса. Ведь в ст. 1 ИТК предполагалось, что задача исправления и перевоспитания осужденных должна быть сведена к тому, чтобы в процессе исполнения наказаний было достигнуто нравственное исправление осужденных, устранены антиобщественные взгляды и привычки, а новые взгляды, убеждения и привычки укоренились в их сознании [9, с.92,93]. Тем самым результативность правового регулирования общественных отношений, возникающих при исполнении наказаний, была поставлена в зависимость от изменений в сознании осужденных, привития им определенных взглядов и убеждений.

Как представляется, уголовно-исполнительное право в отличие от исправительно-трудового, не может определять степень изменения сознания осужденных. «Регулирующее воздействие права на общественные отношения состоит прежде всего, в установлении прав и обязанностей, охраняемых, поддерживаемых возможностью применения государственного принуждения» [7, с.21].

Уголовно-исполнительные правоотношения должны представлять собой заданную уголовно-исполнительным законодательством программу деятельности администрации органов и учреждений исполнения наказаний и модель поведения осужденных. Можно сказать, что уголовно-исполнительная деятельность направлена на достижение результата в виде уголовно-исполнительных правоотношений как разновидности социального взаимодействия субъектов процесса исполнения-отбывания наказаний. «Любая юридически значимая деятельность никогда не осуществляется исключительно ради самой себя, напротив, только для достижения того или иного результата. Результат, предполагаемый нормой, и есть ее объект» [6, с.122].

Эффективность правового регулирования отношений, возникающих в сфере исполнения наказаний, можно выяснить по степени преобразования объекта уголовно-исполнительной деятельности, которым является двуединый процесс исполнения-отбывания наказания. Деятельность администрации органов и учреждений исполнения наказаний и отбывание наказания осужденными выступают объектом уголовно-исполнительного правоотношения, поскольку «объект правоотношения - то, по поводу чего существует правоотношение, то, на что направлены субъективные права и юридические обязанности сторон» [3, с.239].

Однако уголовно-исполнительные правоотношения нельзя рассматривать как застывший перечень прав и обязанностей субъекта исполнения и субъекта отбывания наказания, поскольку правоотношение - это прежде всего «связь между субъектами, которые имеют соответствующие субъективные права и юридические обязанности» [1, с.66]. Эти правоотношения представляют собой установленную нормами уголовно-исполнительного права форму связи между субъектом исполнения и субъектом отбывания наказания. Регулируя деятельность органов и учреждений исполнения наказаний, уголовно-исполнительное законодательство должно содержать нормы, которые адресуются субъекту исполнения и субъекту отбывания наказания, наделяя их правами и юридическими обязанностями и ограничивая в выборе вариантов возможного и должного поведения. Из этого можно сделать вывод, что действительным

содержанием уголовно-исполнительного правоотношения не может быть ничто иное, как взаимодействие его субъектов, права и обязанности которых и осуществляются в процессе такого взаимодействия.

В правоотношениях субъект исполнения и субъект отбывания наказания должны иметь права и обязанности, соответствующие их компетенции и правовому статусу. Не исключая наличия соответствующих прав и обязанностей у администрации органов и учреждений исполнения наказаний и осужденных, уголовно-исполнительные правоотношения тем не менее будут существовать между неравноправными субъектами как властеотношения, в которых субъект исполнения наказания располагает правом властного веления, а субъект отбывания наказания обязан подчиняться этим требованиям. Уголовно-исполнительные правоотношения должны представлять собой реальное воплощение норм, определяющих правовой статус субъектов этих правоотношений в уголовно-исполнительной деятельности, урегулированной нормами уголовно-исполнительного законодательства.

При этом следует обратить внимание на то, что нормы, определяющие собственно правовое положение осужденных, напрямую, непосредственно в уголовно-исполнительных правоотношениях не реализуются. Это значит, что их правовой статус не тождествен содержанию уголовно-исполнительных правоотношений. Нормы, определяющие правовое положение осужденных, способны создавать предпосылки реализации других норм уголовно-исполнительного права в уголовно-исполнительных правоотношениях. Сами же нормы, устанавливающие компетенцию администрации органов и учреждений исполнения наказаний и закрепляющие правовой статус осужденных, могут быть реализованы посредством норм, регулирующих уголовно-исполнительную деятельность. Таким образом, уголовно-исполнительные правоотношения позволят соотнести правовые нормы с их реальным воплощением в действительности. Они предоставят возможность установить, насколько адекватно будут отражены в нормах уголовно-исполнительного права объективные закономерности реализации кары в деятельности органов и учреждений исполнения наказаний. Уголовно-исполнительные правоотношения будут представлять собой ту форму, в которой только и может осуществляться взаимодействие субъекта исполнения и субъекта отбывания наказания; вне правовой формы уголовно-исполнительные правоотношения в узком смысле их понимания существовать не могут.

Между нормами уголовно-исполнительного права и уголовно-исполнительными правоотношениями может существовать связь, которая должна привести к реализации норм, к превращению возможности в действительность. И пока нормы уголовно-исполнительного права не будут воплощены в реальной уголовно-исполнительной деятельности, они будут существовать как абстрактная возможность, которая зиждется на отражении выделенных законодателем отдельных моментов процесса исполнения-отбывания наказания. Реализацию норм уголовно-исполнительного права, их воплощение в уголовно-исполнительных правоотношениях можно характеризовать как восхождение от абстрактного к конкретному, поскольку в «конкретном правоотношении реализуется абстрактная норма. Соотношение абстрактного и конкретного дает возможность раскрыть реальные процессы превращения нормы из должного в сущее» [11, с.77].

Нормы уголовно-исполнительного права должны представлять собой предписания администрации органов и учреждений исполнения наказаний и образцы пове-

дения осужденных, основывающиеся на глубоком обобщенном познании сущности исполнения наказаний, а уголовно-исполнительные правоотношения - это конкретное проявление применения государственного принуждения, выражающего содержание наказания. Эти нормы, регулируя деятельность администрации органов и учреждений исполнения наказаний и ставя в определенные рамки поведение осужденных, должны наделять субъектов исполнения и отбывания наказания определенными правами и возлагать на них определенные обязанности, устанавливая тем самым круг субъектов уголовно-исполнительных правоотношений. Признание осужденных и администрации органов и учреждений исполнения наказаний субъектом права и субъектом уголовно-исполнительных правоотношений неразрывно связано с признанием в теории уголовно-исполнительного права соответственно уголовно-исполнительной деятельности администрации органов и учреждений исполнения наказаний и поведения осужденных, характеризующегося как отбывание наказания, объектом уголовно-исполнительного правоотношения. «Субъект и объект всегда находятся в таком соотношении, где на одном полюсе выступает субъект, а на другом - объект. Основой и содержанием этого соотношения является действие, целесообразная, осознанная и активная предметно-практическая и познавательная деятельность субъекта - условие, благодаря которому те или иные конкретные явления, факты, предметы объективной реальности выступают по отношению к субъекту как объект, данный субъекту в различных формах его деятельности» [4, с.77]. Непосредственным предметом правового регулирования в уголовно-исполнительном праве должна выступать уголовно-исполнительная деятельность администрации органов и учреждений исполнения наказаний и поведение осужденных, из чего следует, что «содержание правового регулирования зависит от положения взаимодействующих в отношении сторон и объектов, по поводу которых возникает это взаимодействие» [3, с.148]. Содержание уголовно-исполнительных правоотношений обусловлено применением к осужденным мер государственного принуждения, уголовно-правовых санкций, что порождает неразрывно связанные юридические права и обязанности субъекта исполнения и субъекта отбывания наказания.

В качестве объекта уголовно-исполнительных правоотношений, с одной стороны, подлежит рассматривать уголовно-исполнительную деятельность администрации органов и учреждений исполнения наказаний, а с другой - поведение осужденных в рамках установленных для них правоограничений, т.е. отбывание наказания. В основе такого подхода лежит идея о «раздвоенном» объекте, выдвинутая еще в 1965 г. В.Г. Смирновым, считавшим, что объект уголовно-правового отношения состоит из действий осужденного и действий государственных органов [8, с.164]. Необходимо сказать, что этот взгляд на объект правоотношения сегодня имеет своих сторонников, несмотря на то, что позиция автора этой идеи подвергалась критике. В частности, Н.А. Огурцов считал, что в этом случае субъекты правоотношения противопоставляются своим же действиям, своему же поведению, сами себе, «что такая конструкция означает на деле ликвидацию состава уголовного правоотношения, поскольку в каждом из них, как и в любом другом правоотношении, может существовать всегда только один, единый и неделимый объект правоотношения» [4, с.62]. Нетрудно заметить, что такая критика страдает некоторой односторонностью, поскольку Н.А. Огурцов не увидел, что действие одного субъекта в уголовно-правовом отношении противопоставляется действиям другого. Это особенно очевидно в двуеди-

ном процессе исполнения-отбывания наказания, представляющем собой неразрывное единство, где нет исполнения наказания без его отбывания и наоборот.

Исполнение наказания - это регламентированная уголовно-исполнительным законодательством и облеченная в форму уголовно-исполнительных правоотношений исполнительная деятельность администрации органов и учреждений исполнения наказаний при участии их персонала, а также иных государственных органов, общественных организаций, должностных лиц и граждан, содержанием которой является реализация кары. Уголовно-исполнительные правоотношения возникают в рамках уголовной ответственности исключительно между должностными лицами органов и учреждений исполнения наказаний, в компетенции которых находится реализация государственного принуждения, и лицами, отбывающими наказание. Иначе говоря, уголовно-исполнительными правоотношениями являются только правоотношения между администрацией органов и учреждений исполнения наказаний и осужденными. Какие-либо другие должностные лица, граждане, органы, организации или учреждения, не уполномоченные исполнять наказание, а также лица, не обязанные его отбывать (например, те, за кем после освобождения из мест лишения свободы установлен административный надзор), не могут быть субъектами уголовно-исполнительных правоотношений.

Данное условие не позволяет произвольно определять круг субъектов уголовно-исполнительных правоотношений. В связи с этим, по нашему мнению, не может быть приемлема позиция В.М. Трубникова, В.П. Филонова и А.И. Фролова, считающих, что «субъектами уголовно-исполнительных правоотношений могут быть суд, прокуратура, местные органы государственной власти, общественные организации, коллективы трудящихся и т.д.» [10, с.161]. Поскольку субъектами уголовно-исполнительных правоотношений не могут быть те органы, организации или коллективы, в чьи функции не входит исполнение наказания, данное обстоятельство необходимо учесть при разработке уголовно-исполнительного законодательства. Права и обязанности субъектов уголовно-исполнительных правоотношений будут установлены нормами уголовно-исполнительного права, которые и урегулируют процедуру ограничений или лишений прав и свобод осужденных, являющейся выражением функции ограничения правового статуса граждан при реализации государственного принуждения к лицам, отбывающим наказание.

Список литературы: 1. *Алексеев С.С.* Право: азбука - теория - философия: Опыт комплексного исследования. - М.: Статут, 1999. - 712 с. 2. *Наташев А.Е., Стручков Н.А.* Основы теории исправительно-трудового права. - М.: Юрид.лит., 1967. - 190 с. 3. *Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева.* - М.: Юристъ, 1999. - 520 с. 4. *Огурцов Н.А.* Правоотношения и ответственность в советском уголовном праве. - Рязань: Рязанск. высш. шк. МВД СССР, 1976. - 206 с. 5. *Пинчук В.И.* Исправительно-трудовые правоотношения. - М.: ВШ МВД СССР, 1968. - 43 с. 6. *Прохоров В.С., Кропачев Н.М., Тарбагаев А.Н.* Механизм уголовно-правового регулирования: норма, правоотношение, ответственность. - Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1989. - 208 с. 7. *Серезина В.В.* Государственное принуждение по советскому праву. - Воронеж: Изд-во Воронежск. ун-та, 1991. - 120 с. 8. *Смирнов В.Г.* Функции советского уголовного права. - Л.: Изд-во ЛГУ, 1965. 9. *Советское исправительно-трудовое право: Учебник / Под ред. Н.А. Стручкова, Ю.М. Ткачевского.* - М.: Юрид. лит., 1983. - 352 с. 10. *Трубников В.М., Филонов В.П., Фролов А.И.* Уголовно-исполнительное право Украины: Учебник. - Донецк: Изд-во Донецк. ин-та вн. дел, 1999. - 640 с. 11. *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. - М.: Юрид. лит., 1974. - 351 с.

Надійшла до редакції 03.11.2000 р.

ЕКОНОМІЧНА БЕЗПЕКА ДЕРЖАВИ ТА ШЛЯХИ ЇЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Економічна безпека держави забезпечує якісну характеристику існування економічної системи країни. Своїм станом вона характеризує її здатність узгоджувати, підтримувати й реалізовувати інтереси держави, суспільства й особи у сфері економічних відносин. Категорія економічної безпеки держави відзначається сукупністю кількісних і якісних ознак відповідних значень діючих економічних, соціально-демографічних, технологічних відносин. Вона, з одного боку, відбиває реальний стан економічної життєздатності держави, з другого – характеризує взаємозв'язок між економічною теорією й економічною політикою держави.

Стан економічної безпеки держави характеризують: загальний рівень економіки країни; наявність і рівень загроз державі, суспільству й особі; ефективність економічної політики держави й державного регулювання економіки; повноту реалізації функцій держави. Із цього випливають, принаймні, два концептуальні висновки:

а) економічна безпека країни повинна забезпечуватися перш за все ефективністю самої економіки, тобто поруч з державними засобами захисту вона має захищати себе сама високою продуктивністю праці суб'єктів мікроекономіки, якістю продукції, конкурентоспроможністю тощо [1, с. 39];

б) забезпечення економічної безпеки держави не може здійснюватися суто ринковими механізмами саморегуляції, бо вони ефективно працюють на мікрорівні тільки при наявності раціональної структури економіки, яка сама по собі не створюється. Тому економічна безпека держави повинна формуватися й підтримуватися всією системою механізмів саморегулювання і регулювання, тобто за допомогою державних органів та інститутів ринку [11, с. 7].

Якщо розглядати економічну безпеку держави як системну категорію, тобто як сукупність елементів, що утворюють певну цілісність, то можна погодитися з думкою тих учених, які вважають, що головна системна вимога економічної безпеки держави полягає в забезпеченні розвитку економіки країни, і як мінімум – в утворенні передумов для її виживання [13, с. 16].

В умовах загальної кризи, яку переживає Україна, за всіма головними показниками та критеріями стану суспільства досягнуті або перевищені критичні значення параметрів національної безпеки [4, с. 54, 55]. Тому розробка будь-якої програми першочергових або довгострокових заходів по забезпеченню економічної безпеки держави та практичні дії в цьому напрямку мають спиратися на чітке усвідомлення сучасних загроз.

У цьому плані фахівці справедливо зазначають, що шлях побудови економічної безпеки держави полягає в єдності оцінок ступеня вразливості економіки і можливості матеріалізації загрози. Якщо вразливість розуміти як залежність економіки від погіршення певних чинників з наступним підвищенням витрат по пристосуванню

до нових умов, то при комбінації такої залежності з реальною загрозою виникають умови до порушення економічної безпеки держави [12, с. 19].

Залежно від цілей і глибини аналізу проблем економічної безпеки держави застосовується відповідний масштаб вибірки загроз. Для узагальнюючих рівнів дослідження доцільно об'єднати найголовніші загрози в певні загальні масиви.

1. Загрози, що виникають внаслідок протиріч між новими ринковими відносинами, що починають формуватися на засадах економічних механізмів регулювання господарчої системи, і залишками суто адміністративного управління економікою. Сучасна система управління набула рис адміністративно-управлінського гібриду, який не має нічого спільного з ринковими реформами. В умовах надзвичайної зарегламентованості підприємницької діяльності, державної монополізації окремих секторів економіки, деформованої податкової політики виживають здебільшого лише тіньові структури, а інших економіко-правове середовище виштовхує з економічної орбіти.

Сьогодні найпоширенішими є три основні методи оцінки обсягу тіньової економіки в Україні:

1) метод оцінки споживання електроенергії полягає в підрахунку реального внутрішнього валового продукту (ВВП) (або обсягу промислового виробництва) за певний час та змін у споживанні електроенергії;

2) монетарний метод припускає, що обсяг тіньової економіки залежить від суми обігу готівки поза банками й оцінюється на підставі аналізу змін головних грошових агрегатів: а) готівка в обігу порівняно з грошовою масою; б) сума депозитів порівняно з грошовою масою; в) готівка на руках порівняно з сумою депозитів; г) швидкість обігу грошей у неофіційному секторі. Більша швидкість обігу означає вищу частку тіньової економіки. За цим методом обсяг тіньової економіки оцінюється від 158% до 186% офіційного внутрішнього валового продукту (ВВП) [14, с. 141];

3) метод оцінки готівки в обігу та податкових платежів. Вважається, що обсяг тіньової економіки прямо пропорційний сумі готівки на руках і обернено пропорційний розмірам оподаткування. За цим методом частка тіньової економіки становить близько 80% офіційного внутрішнього валового продукту (ВВП) [14, с. 141].

Як частина економічного базису, тіньова економіка знаходиться у діалектичному взаємозв'язку з відносинами надбудови. Якщо легальна економіка використовується нею як джерело й резерв ресурсів, ринок збуту й офіційне прикриття, то соціальна сфера стимулює тіньову економічну діяльність цілком нормальними потребами. Що стосується зворотного впливу, то він характеризує найбільш негативні риси тіньової економіки. Вона деструктує і без того деформовану суспільну свідомість, спрямовуючи свою діяльність на задоволення негативних людських потреб.

Більшість науковців слушно вважають, що трансформаційна криза в Україні перетворює тіньову економіку на віртуальну економічну реальність [6, с. 131-133; 7, с. 23], на окрему господарську систему, в якій відтворюється на власній основі сукупність висококриміналізованих соціально-економічних відносин, і яка має своїм неминучим наслідком організовану злочинність як реакцію на надвисокі доходи. Тіньова й легальна економіка взаємопроникають, взаєморегулюються і посилюють свою життєздатність, але водночас між ними існує конкуренція щодо підпорядкування владних структур. Останні в будь-якому випадку стають заручниками кланових інтересів швидкого збагачення і перерозподілу доходів, несумісних з інтересами соціаль-

ного прогресу суспільства в цілому.

Отже, сьогодні вже йдеться про якісно нові ознаки тіньової економіки, що дозволяють визначати її як певну загрозу економічній безпеці держави. Це інституціоналізація тіньового сектора; тіннізація економічного мислення, політична легалізація тіньових структур, трансформація економічної злочинності до рівня офіційної діяльності.

На всесвітньому економічному форумі 1997 р. було зазначено, що причини зростання тіньової економіки в Україні пов'язані, насамперед, з тягарем податкового регулювання у тому вигляді, який здійснюється на місцях. Загальний фінансовий тягар податків набагато перевищує обсяги їх реального збору. У Звіті про стан всесвітньої конкуренції 1997 р. надається оцінка податкового тягара з точки зору підприємств за шкалою від 1 до 7 (від повного перешкодження податковою системою конкуренції до її максимального сприяння). За цим показником Україна отримала найнижчу оцінку – 1,58, тоді як Росія – 1,8, Бразилія – 2,2, США – 3,5 [14, с. 32].

Дослідження вчених-економістів Гарвардського університету свідчать, що реальний податковий тягар суттєво впливає на розміри тіньової економіки, ніж офіційні податкові ставки. Збільшення значення цього показника на один пункт скорочує частку неофіційної економіки на 6,5 відсоткового пункту, що визначає і відповідну різницю величини національного доходу [14, с. 32].

Провідні вітчизняні й зарубіжні фахівці поділяють загальну думку про те, що зусилля треба спрямовувати не на знищення тіньової економіки, а на поступове залучення її суб'єктів до офіційного сектора.

2. З першого масиву впливає інша група загроз, що мають своїм джерелом невідповідність нормативно-правової бази щодо регулювання змісту й характеру “перехідних” відносин. Як відомо, в системі економічних відносин головне місце посідають відносини власності. В Україні на сьогодні реально пануючі форми власності не мають адекватних їм правових та інших механізмів реалізації, що посилює протиріччя в системі економічних інтересів. Наслідком є зростання антагонізму між владноможними всіляких приватних і державних структур і подальше поглиблення системної кризи.

Сфера відносин власності в ринкових умовах має за основу приватну власність як економічну реалізацію приватного інтересу – первинного і найпотужнішого в усій системі інтересів, носієм якого виступає конкретна особа, індивід. Тому забезпечення економічної безпеки останнього є найголовнішим завданням держави, вирішення якого потребує наявності особливого механізму, що забезпечив би реалізацію різноманітних форм права власності.

У цьому механізмі поєднується охорона права власності на конкретний об'єкт з регламентуванням переходу цього права від одного індивіда до іншого [8, с. 14]. Виникає необхідність у владному органі, що взяв би на себе підтримку безперервного функціонування цього механізму. З ускладненням економічної системи необхідність регламентування доповнюється необхідністю регулювання. Економісти монетаристської орієнтації радикального напрямку не визнають останньої обставини і навіть активно виступають проти неї. Вони оголошують державне втручання в господарське життя чи не найголовнішим джерелом економічних криз, але ми поділяємо точку зору їх опонентів і включаємо потребу в регулюванні економіки до числа чинників, що визначають роль держави в забезпеченні економічної безпеки її громадян

[2, с. 82-86]. Адже Конституція України прямо вказує, що держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання.

Головною особливістю приватної власності є той факт, що її суб'єкт набуває всю низку прав власності і самостійно вирішує всі питання її функціонування і розвитку. Приватна власність є основою самостійності й самодіяльності індивіда. Зазвичай в умовах переходу до ринку вона формується двома шляхами. Перший передбачає перетворення державної власності у приватну легітимним способом з формуванням при цьому широкого прошарку приватних власників як економічної основи ринкових перетворень, створенням конкурентного середовища й розвитком фондового ринку, залученням інвестицій у виробництво. Другий шлях — це легалізація тіньових капіталів, а також пряме або опосередковане привласнення державного майна представниками номенклатурно-бюрократичного апарату через недосконале чинне законодавство. У рамках цього шляху обидва варіанти уніфікуються: придбання об'єкта державної або муніципальної власності приватною особою здебільшого є формою легалізації тіньового капіталу, а, наприклад, оренда приміщень або обладнання держструктур передбачає, як правило, “додаткову плату” орендодавцеві. Тому переважно не приватний формальний власник розпоряджається нею сам, а той, хто його бюрократично чи мафіозно контролює. У зв'язку з цим провідні фахівці вважають, що така “надбудова” над приватним власником іманентна транзитивній економіці України і є характерною рисою нашого вітчизняного первісного нагромадження капіталу, а приватна як одна з форм власності не може набути класичного характеру [5, с. 53]. У таких випадках процес формування приватної власності належить керувати державі.

3. Третій блок загроз формується в рамках системи управління на базі протиріччя між проголошеними цілями економічних реформ і методами їх досягнення. Забезпечення економічної безпеки держави пов'язано зі взаємодією державного регулювання і ринкової саморегуляції, загальних і власних інтересів. На підставі цього, як правило, формується дивіантна поведінка (така, що відхиляється від норми), яка призводить до поширення економічного і правового свавілля.

4. Наступний масив загроз витікає з протиріч, пов'язаних з роздержавленням і приватизацією - важливими для перехідної економіки процесами. Значна частка приватного сектора утворюється на базі тіньового капіталу, тому звідси – наявність різниці доходів у суспільстві, зубожіння населення, занепад науки, освіти, соціальної сфери, поширення безробіття і виникнення соціального підґрунтя для поглиблення криміналізації суспільства. У рамках сучасного економічного механізму накопичення багатства здебільшого не пов'язано з працею і виробництвом, а спирається на спекулятивний перерозподіл доходів. Це зумовлює розрив між промисловим і фінансовим капіталом, напруженість між працею та капіталом, критично небезпечні перепади в доходах населення. Зростаючий розрив у доходах стає чинником поляризації і деградації всього суспільства. Велика різниця між рівнем життя багатих і бідних становить неабияку соціальну небезпеку. У світовій практиці вважається, що вона не повинна перевищувати 10-кратну величину. В Україні, на думку експертів, цей розрив перевищує 20-кратну позначку. На порозі бідності в нормальній країні не може проживати понад 10% населення. У нас цей показник (за різними оцінками) становить від 40 до 70% [15; 1997. – 8 квіт. – С. 7].

5. Протиріччя між офіційно проголошеним курсом соціально орієнтованих ринкових реформ і реальним становищем широких верств населення зумовили появу

нових внутрішніх загроз. Відмова від соціальної політики призвела до різкого падіння рівня соціальної захищеності й соціального забезпечення. Криза соціальної сфери сприяє появі загрози з боку соціально-економічних відносин у вигляді соціальної напруженості. Надходження до Державного бюджету коштів у першому півріччі 2000 р., якщо їх привести до порівняльних цін та їх структури, зменшилися проти першого півріччя попереднього року на 2,4%, що говорить про те, що соціальне становище й рівень життя населення не поліпшилися. Реальна заробітна плата знизилась на 13,1% [15; 2000. – 10 серп. – С. 8; 2000. – 22 серп. – С. 5]. Середній внутрішній валовий продукт (ВВП) на душу населення в Україні у 1999 р. становив близько 600 дол., а розрахунковий на 2000 р. – менше 520 дол. США. Це менше необхідного фізіологічного рівня, що, виходячи з піраміди потреб Маслоу, свідчить про те, що громадяни в таких умовах платити податки не можуть і не будуть [3; 2000. – 6 черв. – С. 5]. Державний бюджет у першому півріччі 2000 р. виконано з перевищенням прибутків над видатками на 670,4 млн. грн., однак, за даними прес-служби Рахункової палати, профіцит створено штучно, за рахунок недофінансування запланованих видатків [17; 2000. – 22 серп. – С. 8].

Усе це, в свою чергу, сприяє виникненню ще одного блоку загроз – на підставі протиріччя між проголошеними цілями й завданнями реформ і неспроможності слабкої держави їх вирішити. І як наслідок цього – постійне падіння авторитету держави, органів законодавчої й виконавчої влади, перетворення державного службовця в автономну силу, корумпованість державних структур, використання мафіозними структурами слабких місць держави та її апарату у своїх інтересах.

Науково обґрунтована стратегія реформування пов'язана не тільки з макроекономічними змінами. Вона повинна спиратися на базову, фундаментальну ідею. Практика світових ринкових перетворень показує, що основою становлення, розбудови й відтворення ринкових відносин є малий і середній бізнес, без якого неможливо побудувати конкурентне середовище, інфраструктуру ринку, підприємницьку діяльність з різноманітними формами господарювання.

Тому останнім часом поширюється чисельність фахівців– прихильників теорії створення середнього класу як підвалинної стратегії ринкових перебудов в Україні за умов трансформаційної кризи [9, с. 48; 10, с. 233]. Середній клас розглядається як вагомий стабілізуючий прошарок, який не тільки робить соціально-економічну систему стійкою і збалансованою, а й визначає природу й генезис політичної стабільності. Середній клас водночас виступає і соціально-економічним чинником економічної безпеки держави, який детермінований економічними відносинами власності і є головною передумовою балансу політичної системи. Категорія цього класу посідає чільне місце в різних аспектах суспільного життя: політичному, економічному, соціальному, культурному, ідеологічному.

Таким чином, за глибиною внутрішніх економічних і соціальних загроз економічній безпеці держави Україна вже знаходиться в зоні тотального ризику. Процес поглиблення трансформаційної кризи, зубожіння населення при збереженні неефективної соціальної політики може в найближчі часи призвести до соціального вибуху.

Аналіз стану криміналізації суспільних відносин дозволяє дійти висновку про необхідність радикальних змін у підходах до забезпечення безпеки держави, насамперед економічної. Оскільки економічні відносини є базисними, вони визначають своїм характером і рівнем розвитку всі інші суспільні відносини. Так само без еконо-

мічної безпеки країни неможливо забезпечити всі інші сфери, національну безпеку в цілому.

У період переходу до ринку державна стратегія економічної безпеки України повинна бути зорієнтована перш за все на підтримку достатнього рівня життя населення, забезпечення економічної безпеки і соціальної злагоди в суспільстві, формування стійкої системи національних інтересів і цінностей, а також мати певні часові межі.

Тому Президент України Л. Д. Кучма дав доручення Уряду невідкладно опрацювати Комплексну програму подолання бідності з визначенням ефективних заходів та інструментів державної політики доходів, розраховану на коротко-, середньо- та довготермінову перспективу [12; 2001. – 14 бер. – С. 5]. Це потребує вирішення низки питань організаційного, нормативно-правового, наукового, методологічного, аналітичного, інформаційного й експертного забезпечення діяльності в цій сфері. Ця Програма, на нашу думку, повинна стати визначальною на сучасному етапі розвитку, оскільки реалізація її завдань найбільшою мірою сприятиме забезпеченню економічної безпеки держави.

Список літератури: 1. *Архипов А., Городецкий А., Михайлов Б.* Экономическая безопасность: оценки, проблемы, способы обеспечения // *Вопр. экономики.* – 1994. - № 12. – С. 36-44. 2. *Гуревичев М. М.* Государственное регулирование в условиях рыночной экономики (исследование эволюции). – Х.: Основа, 1993. – 235 с. 3. *День:* Щоденна всеукраїнська газета. 4. *Забродский В. А., Кизим Н. А.* Собственность, экономическая безопасность и государство. – Х.: Бизнес-Информ, 1997. – 96 с. 5. *Задорожний Г. В.* Собственность и экономическая власть. – Х.: Основа, 1996. – 215 с. 6. *Задорожний Г. В., Иваненко П. О., Тютюнникова С. В.* Економічна безпека і тіньова економіка. – Харків: Ін-т бізнесу і менеджменту, 1999. – 208 с. 7. *Илларионов А.* Как был организован российский финансовый кризис // *Вопр. экономики.* – 1998. - № 11. – С. 19-27. 8. *Коуз Р.* Фирма, рынок и право. М.: Дело, - 1993. – 192 с. 9. *Кучерявенко П. Х., Максименко Я. А.* Разгосударствление собственности в переходной экономике Украины. – Х.: Консум, 1997. – 128 с. 10. *Мунтян В. І.* Економічна безпека України. – К.: КВЦ, 1999. – 463 с. 11. *Павловський М.* Засади національної безпеки України на перехідному етапі // *Голос України.* – 1997. – 3 квіт. 12. Підсумки соціально-економічного розвитку України у 2000 році та завдання на 2001 рік. Виступ Президента України Л. Д. Кучми на засіданні Національної Ради з узгодження діяльності загальнодержавних і регіональних органів та місцевого самоврядування // *Урядовий кур'єр.* – 2001. – 14 бер. 13. *Ревенко А.* Проблеми формування національної економічної безпеки України. – 1993. - № 11. – С. 15-21. 14. *Савин В.* Некоторые аспекты экономической безопасности России // *Междунар. бизнес России.* – 1995. - № 9. – С. 14-16. 15. Україна. Відновлення на засадах справедливості: Меморандум про економічний розвиток України. – К.: Світовий банк, 1999. – 230 с. 16. *Урядовий кур'єр.*

Надійшла до редакції 22.11.2000 р.

УДК 343.9

А.В. Лысодед, канд. юрид. наук
Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков

БОРЬБА С МОШЕННИЧЕСТВОМ: ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Несмотря на то, что мошенничество относится к числу наиболее древних общественно опасных деяний, наказание за него на Руси было установлено лишь во время проведения земско-губных реформ первой половины XVI в. Следствием последних явилось увеличение преступности «лихих» людей, распространение в общес-

тве проявлений обмана и хитрости [11, с.55]. В связи с этим в Судебнике Ивана Грозного 1550 г. закономерно появляются такие термины, как «мошенник»¹, «обманщик», «татины (лживые) речи», а мошеннику устанавливается та же казнь, что и татию [16, с.159]. Причем наказание татам устанавливалось достаточно суровое по тем временам: от битья кнутом до тюремного заключения или смертной казни. Однако, какие обманные деяния следует считать мошенническими, Судебник не устанавливал. «Есть основания предполагать, что обман мошенничества состоял в облегчении совершения татьбы, так что мошенничество было ловкой, но мелкой кражей. На это намекает и само название преступления», – указывал известный русский криминалист И.Я. Фойницкий [18, ч.1, с.25].

Примерно такие же наказания за мошенничество предусматривались и в «Правах, по которым судится малороссийский народ». Согласно этому памятнику украинского права «воров, мошенников, которые в день крадут различные вещи и, явно похищая, убегают, за первым пойманным на таком воровстве бить у столпа розгами или плетьюми; за другим – ухо резать; за третьим – нос урезать или на челе железом знак выжечь; а сверх того наказания, за вторым и третьим приводом у столпа, привязанных в публичном месте, бить розгами либо плетьюми», а тот, который снова на воровстве был пойман, должен быть повешен [10, с.430].

Как видим, мошенничество ставилось в один ряд с воровством или татьбой, что подтверждается и дальнейшим развитием законодательства того времени. Впервые понятие «мошенничество» было определено в Указе Екатерины II «О суде и наказании за воровство разных родов и о заведении рабочих домов во всех губерниях» 1781 г., который устанавливал ответственность за три вида татьбы: воровство-кражу, воровство-мошенничество и воровство-грабеж. Воровство-мошенничество становится самостоятельным преступлением, занимающим место между кражей и грабежом: «...Воровство-мошенничество есть, кто на торгу или в ином многолюдстве у кого из кармана что вымет, обманом или вымыслом, или внезапно у кого что отнимет, или унесет, или от платья полу отрежет, или позумент спорет, или шапку сорвет, или купив что, не сплатив денег, скроется, или обманом или вымыслом продаст или отдаст поддельное за настоящее, или весом обвесит, или мерою обмерит, или что подобное обманом или вымыслом себе присвоит ему не принадлежащее, без воли и согласия того, чье оно». Данным Указом было смягчено наказание за этот вид преступлений: мошенники в зависимости от суммы похищенного направлялись в рабочие дома, где они сначала сажались на хлеб и воду на срок от одного до трех дней, а потом были обязаны работать до тех пор, пока не рассчитаются за убыток, причиненный потерпевшему, и за содержание в рабочем доме в кратном размере [9, с.108, 109].

Такое понимание мошенничества, сходное с грабежом и кражей, с несущественными изменениями в редакции было перенесено и в Свод Законов Российской Империи, «где наряду с постановлениями о воровстве-мошенничестве предусматри-

¹ Термин «мошенничество» произошел от слова «мошна», т.е. сумка, кошель, мешочек с завязкой для хранения денег. Соответственно, под мошенничеством тогда понималось похищение такой мошны, а мошенником назывался «карманщик, тяглец, карманный вор; зерщик, обыгрывающий людей по базарам; ворышка, обманщик» [3, с.355]. По данным многочисленных исследований Судебник 1550 г. является первым источником, в котором появляется термин «мошенничество», хотя еще в ст. 47 Пространственной редакции Русской Правды (XI-XII вв.) упоминается о корыстном злоупотреблении доверием (невозвращении долга), которое каралось в уголовном порядке. Это положение, по мнению И.В. Лесняка, можно считать первой нормой, направленной на борьбу с мошенничеством [5, с.8].

валось множество случаев обмана, отчасти собранных под рубрикой «лживых поступков» и «подлогов», отчасти разбросанных в других местах XV тома» [19, с.129].

Попытка собрать имущественные обманы в одно преступление была предпринята в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. – первом кодифицированном источнике российского уголовного права. Мошенничеством было признано всякое посредством обмана учиненное похищение чужих вещей, денег или иного движимого имущества (ст.1665) [14, т.15, с.232, 233]. Такое понятие мошенничества давало возможность отграничить его от других имущественных преступлений, определить предмет мошеннического посягательства. В этом виде оно было сохранено и в Уложении о наказаниях редакций 1857, 1866 и 1885 годов.

В ст.1665 Уложения был описан основной состав мошенничества без указания санкции. В соответствии со статьями 1666 и 1667 Уложения мошенничеством признавались также преступления, указанные в статьях 173-176 Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями [14, т.15, с. 280, 281]. Уложение предусматривало и другие виды завладения чужим имуществом посредством обмана, указанные в том же XII разделе в гл. IV "О присвоении и утайке чужой собственности" и гл. V "О преступлениях и проступках по договорам и другим обязательствам" (статьи 1688, 1689, 1693, 1699-1702, 1705). «Закон и этим преступлениям придает значение мошенничества и приурочивает их к последнему; такое заключение, несомненно, вытекает ... из сходства между собой некоторых статей, помещенных в законах о мошенничестве и в главе о преступлениях по обязательствам...», – отмечал по этому поводу Н.Д. Сергиевский [15, с.380].

По Уложению о наказаниях и Уставу о наказаниях, действие которых распространялось и на территорию Украины, мошенничество в зависимости от его вида каралось денежным взысканием, лишением всех особенных лично и по состоянию присвоенных прав и привилегий, помещением в арестантские отделения на срок от одного до пяти лет или тюремным заключением до одного года и четырех месяцев.

Учитывая, что часть имущественных посягательств, совершаемых с помощью обмана, все-таки осталась в Уложении о наказаниях в качестве самостоятельных составов преступлений, составители Уголовного уложения 1903г. еще раз попытались выработать общее понятие мошенничества. Согласно его ст.591 мошенничеством признавалось: 1) похищение посредством обмана чужого движимого имущества с целью присвоения; 2) похищение чужого движимого имущества посредством обмана, обвеса или иного обмана в количестве или качестве предметов при купле-продаже или иной возмездной сделке; 3) побуждение к уступке права по имуществу или ко вступлению в иную невыгодную сделку по нему посредством обмана с целью доставить себе или другому имущественную выгоду. К особым видам мошенничества по Уголовному уложению относились сбыт предмета под видом запрещенного уголовным законом к обращению или под видом добытого преступным деянием (ст.592), обманы при продаже и залоге недвижимости (ст.593), страховой обман (ст.594, 598) [17, с.878-894; 19, с.138-145]. В связи с тем, что не все нормы этого Уложения были введены в действие, мошеннические посягательства квалифицировались по Уложению о наказаниях в редакции 1885 г. до 1917 г.

В первые годы Советской власти специальных норм об ответственности за мошенничество не существовало. Уголовное законодательство этого времени объединяло посягательства против собственности в родовое понятие "хищения", ответст-

венность за которые наступала по различным декретам революционного правительства.

Первый Уголовный кодекс УССР 1922 г. определил мошенничество как присвоение с корыстной целью имущества или права на него посредством злоупотребления доверием или обмана (ст.187). Законодатель признал необходимым включить в состав преступления в качестве способа совершения помимо обмана и злоупотребление доверием.

Понятие «злоупотребление доверием» было и ранее известно русскому уголовному праву. Под ним понимались противоправные деяния, причиняющие ущерб, который заключался в употреблении во зло данному лицу полномочия или оказанного ему особого доверия по ведению дел [1]. Ответственность за такие деяния наступала по различным статьям Уложения о наказаниях: за лживые представления и счета приказчика хозяину (ст. 1190); за злоупотребление доверием членами обществ, товариществ и компаний (ст.1198); за злоупотребление бланком – (ст.1694); за покупку имущества у несовершеннолетних – (ст.1703); за злоупотребление доверием со стороны поверенных – (статьи 1709, 1710) и др. Уголовное уложение 1903 г. предусматривало ответственность за злоупотребление доверием уже в одном составе преступления, расположенном в главе «О необъявлении о находке, присвоении чужого имущества и злоупотреблении доверием». Так, по ст.577 наказывался: а) виновный, который по доверенности или иному законному полномочию имел попечение о чужом имуществе или имущественном интересе и употребил данное полномочие заведомо во вред вверенному ему имуществу или имущественному интересу, если от этого злоупотребления последовал вред; б) опекун, присвоивший состоящее в его опекуном заведении чужое движимое имущество. Соединение же в качестве способов мошеннического посягательства обмана и злоупотребления доверием было характерно только для советского законодательства и не встречалось ранее «...более нигде – ни в законодательстве, ни в теории», – писал М.Д. Шаргородский [20, с.40].

УК УССР 1927 г. оставил состав мошенничества (ст.180) в прежней редакции, заменив термин «присвоение» на «получение» и исключив определение обмана в качестве примечания к статье. Наказание было установлено в виде лишения свободы на срок до двух лет или принудительных работ. Квалифицированным считалось мошенничество, имевшее своим последствием причинение убытка государственному или общественному учреждению (ч.2 ст.180), которое наказывалось лишением свободы на срок до пяти лет.

Дальнейшее усиление ответственности за мошенничество связано с принятием Указа Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1947 г. “Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества” [13, с. 39,40], который устанавливал ответственность за все виды хищений государственно-го и общественного имущества независимо от способов хищения. При этом наказание за хищение государственного имущества было более строгим, чем наказание за хищение общественного имущества. В качестве квалифицирующих признаков этим актом предусматривались повторность, хищение организованной группой или в крупных размерах. В связи с принятием этого Указа не подлежала применению ч.2 ст.180 УК УССР [12, с.15, 16]. Принятый в то же время Указ Президиума Верховного Совета СССР “Об усилении охраны личной собственности” повысил ответственность за такие преступления против личной собственности как кража и разбой [13, с.39].

Ответственность же за мошенничество осталась неизменной – по ч.1 ст.180 УК УССР.

Выделение в законодательстве в особую группу преступных посягательств против государственной и общественной собственности в последующем нашло свое закрепление в УК УССР 1960 г., которое сохраняется и поныне. Кодекс содержал две главы, устанавливающие ответственность за преступления против собственности: гл. II “Преступления против социалистической собственности” (в настоящее время - против государственной и коллективной) и гл. V “Преступления против личной собственности” (в настоящее время - индивидуальной). Ответственность за мошенничество против государственной и коллективной собственности наступает по ст.83 УК Украины, где оно определено как завладение имуществом, а против индивидуальной собственности - по ст.143 УК, где оно обозначено как завладение не только имуществом, но и имущественными правами.

Законодатель в то время установил и различное наказание за преступления против различных форм собственности. Так, неквалифицированное мошенничество по ст.83 УК УССР наказывалось лишением свободы на срок до трех лет, а по ст.143 УК УССР – до двух лет; мошенничество, причинившее крупный ущерб государству или общественной организации, наказывалось лишением свободы на срок от пяти до пятнадцати лет, а мошенничество, причинившее значительный ущерб потерпевшему, – до пяти лет. И только в 1993 г. в связи с бурным ростом корыстной преступности против собственности граждан наказание за мошенничество, предусмотренное ст. 143 УК Украины, было повышено и выровнено с аналогичными деяниями против государственной и коллективной собственности [2; 1993. – №12. – Ст.97].

Распространение в кредитно-финансовой сфере случаев, связанных с обманым получением денежных средств, привело к необходимости криминализации ряда деяний и в этой сфере деятельности. В 1994 г. УК Украины был дополнен ст. 148⁵, которой была установлена уголовная ответственность за мошенничество с финансовыми ресурсами [2; 1994. – №19. – Ст.111]. Дополнение УК данным составом преступления было продиктовано временем, так как получение денежных средств, особенно кредитов, обманным путем в этот период приобрело значительный размах. Между тем, как представляется, законодательная конструкция этого состава преступления является не вполне удачной [7, с.89-91].

Учитывая изложенное, предоставляется возможным сделать следующие выводы:

1) понятие «мошенничество» прошло достаточно длительный и сложный процесс эволюции до современного его понимания;

2) законодатель постоянно старался совершенствовать норму, устанавливающую уголовную ответственность за мошенничество, и максимально охватить одним составом преступления различные его виды. Следует заметить, что в определенной мере это удалось, о чем свидетельствует тот факт, что основной состав мошенничества за последние семьдесят лет оставался неизменным, что говорит также о том, что понятие «мошенничество» устоялось и в науке, и в практике. В таком виде предлагается сохранить этот термин и в новом УК Украины (ст.174), подготовленном рабочей группой при Кабинете Министров Украины;

3) в зависимости от экономических, политических, социальных факторов развития государства и общества наказание за мошенничество периодически либо уси-

ливалось, либо смягчалось. На наш взгляд, последнее ужесточение наказания за мошенничество в 90-х годах было все-таки запоздалым, оказавшимся не способным в полной мере удержать широкомасштабное распространение обмана в повседневной деятельности, бизнесе и других сферах общественной жизни. Официальная статистика свидетельствует о том, что все большее количество граждан избирают для удовлетворения своих потребностей и поставленных целей уголовно наказуемый обман, и общая превенция уголовного закона в последнее время их не останавливает. Следовательно, акцент в уголовной политике государства должен быть смещен на предупреждение этого вида преступлений, начиная от профилактики и заканчивая пресечением преступной деятельности, ограничением распространения криминального профессионализма, уровень которого, исходя из результатов нашего исследования, среди современных мошенников достаточно высок [6, с.189]. «Эффективная борьба с преступностью..., - отмечает по этому поводу И.Н. Данышин, - возможна и необходима в двух тесно связанных между собой направлениях. Во-первых, это применение предусмотренного уголовным законом наказания к лицам, совершившим преступление; во-вторых, – предупреждение государством и обществом еще не совершенных, но вероятных общественно опасных проявлений» [4, с.5]. Стратегия же и тактика борьбы с мошенничеством должна строиться на комплексном и разумном сочетании общей и частной превенции уголовного закона с мерами специально-криминологического и общесоциального предупреждения.

Список литературы: 1. *Аносов И.И.* Злоупотребление доверием. - М.: Т-во А.А. Левенсона, 1915. – 384 с. 2. Відомості Верховної Ради України. 3. *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка: В 4-х т. - М.: Рус. яз., 1981. – Т.2. – 779 с. 4. *Данышин И.Н.* Введение в криминологическую науку. – Х.: Право, 1998. – 142 с. 5. *Лесняк И.В.* Мошенничество: уголовно-правовой и криминологический аспекты: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Уральск. гос. юрид. акад. – Екатеринбург, 2000. – 22 с. 6. *Лысодед А.В.* Криминологическая характеристика мошенничества в Украине // Пробл. законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. - Вип. 45. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2000. – С.185-190. 7. *Лысодед А.В.* Некоторые аспекты борьбы с мошенничеством // Фінансова злочинність: Зб. матер. міжнар. наук.-практ. семінару. Харків, 12-13 лют. 1999 р. – Х.: Право, 2000. – С.87-91. 8. *Никифоров Б.С.* Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. - М.: Изд-во АН СССР, 1952. – 179 с. 9. Полное собрание Законов Российской Империи с 1649 года: В 45-ти т. – Т.21. - СПб.: Тип. II Отд. Собств. Его Император. Величества Канцелярии, 1830. 10. Права, за якими судиться молоросійський народ. 1743 р.: Наук. видання / Відп. ред. Ю.С. Шемшученко. - К.: ІДП НАНУ, 1997. – 549 с. 11. *Рогов В.А.* История уголовного права, террора и репрессий в Русском государстве XV-XVII вв. - М.: Юристь, 1995. – 288 с. 12. Сборник действующих постановлений Пленума Верховного Суда СССР 1924-1957 гг. - М.: Госюриздат, 1958. – 279 с. 13. Сборник законов СССР и Указов Президиума Верховного Совета СССР за 1947 г. - М.: Изд-во ВВС СССР, 1948. – 115 с. 14. Свод Законов Российской Империи: В 16-ти т. - М.: Т-во А.А. Левенсона, 1910. 15. *Сергиевский Н.Д.* О мошенничестве по русскому действующему праву // Юрид. летопись. - 1890. - № 11. – С.373-410. 16. Судебники XV-XVI веков / Под ред. *Б.Д. Грекова.* - М.-Л.: Изд-во АН СССР, 1952. – 618 с. 17. *Таганцев Н.С.* Уголовное уложение 22 марта 1903 г. - СПб.: Гос. тип., 1904. – 1124 с. 18. *Фойницкий И.Я.* Мошенничество по русскому праву. Сравнительное исследование: В 2-х ч. - СПб.: Тип. т-ва «Общественная польза», 1871. – 543 с. 19. *Червонецкий Д.А.* Мошенничество по новому уголовному уложению // Журн. Минюста. - 1906. - №9. – С.121-146. 20. *Шаргородский М.* Мошенничество в СССР и на Западе. – Х.: Юриздат, 1927. – 79 с.

Надійшла до редакції 29.11.2000 р.

ОТДЕЛЬНОЕ ПОРУЧЕНИЕ СЛЕДОВАТЕЛЯ: ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАКТИКА ИСПОЛНЕНИЯ

Согласно ч. 1 ст. 118 Уголовно-процессуального кодекса Украины (далее – УПК) следователь имеет право производить следственные действия в других районах или давать поручение на их производство следователю или органу дознания соответствующего района, которые обязаны его выполнить в десятидневный срок.

Анализ указанной нормы права, а также практики ее реализации свидетельствует о том, что законодателем лишь в общих чертах регламентируется такое важное для быстроты, полноты и всесторонности расследования уголовного дела полномочие следователя, как его поручение о производстве следственного действия, направляемого за пределы обслуживаемого им города или района другому органу расследования. В связи с этим в практической деятельности органов предварительного расследования возникает ряд трудностей, связанных с исполнением отдельного поручения и прежде всего: а) с порядком направления отдельного поручения; б) конкретным исполнителем (органом дознания, следователем); в) предметом отдельного поручения; г) пределами исполнения отдельного поручения; д) порядком переадресовки его надлежащему субъекту – исполнителю; е) возможностью продления сроков исполнения отдельного поручения и началом течения этих сроков и т.п.

На вопрос анкеты: “Какой порядок направления отдельного поручения следователем вы считаете наиболее предпочтительным?” – 44 % опрошенных следователей ответили, что предпочитают направлять отдельное поручение через прокурора; 38 % пришли к выводу, что отдельное поручение должно направляться непосредственно соответствующему следственному подразделению или органу дознания; 18 % затруднились дать ответ.

Первая позиция является более приемлемой, так как она, с одной стороны, в наибольшей степени обеспечивает надзор прокурора за правильностью и целесообразностью этой формы взаимодействия, а с другой – обеспечивает контроль прокурора за исполнением отдельного поручения. Вместе с тем она имеет, на наш взгляд, и существенный недостаток, который заключается в том, что направление отдельного поручения следователя через надзирающего прокурора за следствием в органе предварительного расследования – конкретном исполнителе отдельного поручения значительно сократит срок для его непосредственного исполнения в связи с увеличением срока прохождения документа через канцелярии прокуратуры и органов предварительного расследования (за исключением исполнения его следователем прокуратуры). Поэтому, как представляется, более рационально направлять отдельное поручение непосредственно органу предварительного расследования – его исполнителю, а копию – надзирающему за ним прокурору для осуществления прокурорского надзора за его исполнением. Это правило, считаем, целесообразно сформулировать в ст. 118 УПК Украины.

Вопрос о том, в каких случаях отдельное поручение следователя направляется для исполнения в следственные подразделения, а в каких – органу дознания, действующим УПК не урегулирован. Практика направления отдельных поручений сле-

дователей также не содержит достаточно четких критериев разграничения этих случаев. Подобный вопрос был поставлен при анкетировании следователей. 52% респондентов затруднились на него ответить, ссылаясь на то, что они “не задумывались при принятии данного процессуального решения”, 35 % связывают исполнение отдельного поручения со сложностью следственных действий (относительно простые могут быть поручены органу дознания, более сложные – следователю) и лишь 12 % полагают, что отдельное поручение органу дознания может быть направлено лишь тогда, когда выполнению следственного действия (например, допросу свидетеля) предшествовали розыскные мероприятия по установлению его места нахождения. Подобное мнение, на наш взгляд, заслуживает поддержки и должно быть закреплено в ст. 118 УПК.

При изучении практики направления и исполнения отдельных поручений следователей было выявлено ряд случаев, когда в процессуальном решении, адресованном органу дознания другого следственного района, некоторые следователи ссылались на ч. 3 ст. 114 УПК. Данная ссылка нам представляется ошибочной, поскольку она определяет правоотношения следователя и органа дознания по выполнению следственных действий одной и той же административно-территориальной единицы (города, района). Что же касается правоотношений указанных субъектов различных административно-территориальных единиц по выполнению отдельного поручения о производстве следственных действий, то необходимо руководствоваться ст. 118 УПК.

Одним из спорных и недостаточно освещенных в теории уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности является вопрос о поручении следователя органу дознания о производстве розыскных мер и оперативно-розыскных мероприятий и об их пределах. Следует отметить, что данный вопрос ст. 118 УПК не урегулирован. Он, правда, регламентируется (хотя и недостаточно четко) ч. 3 ст. 114 УПК и п. 1 ст.7 Закона Украины "Об оперативно-розыскной деятельности" от 18 февраля 1992 г. с последующими изменениями и дополнениями, что, естественно, затрудняет его разрешение на практике. Не вдаваясь в подробный анализ данного вопроса, поскольку он выходит за пределы нашего исследования, заметим, что из указанных норм (как уже автором отмечалось [5, с. 48]), неясно, может ли следователь давать поручения органу дознания не только о проведении розыскных (ч. 3 ст.114 УПК), но и конкретных оперативно-розыскных мероприятий по находящемуся в его производстве делу. Не регламентируется действующим уголовно-процессуальным и оперативно-розыскным законодательством и вопрос о том, вправе ли следователь давать такие поручения органу дознания другого следственного района.

Представляется, что в соответствии с ч. 3 ст. 114 УПК следователь вправе дать поручение о производстве розыскных (гласных) действий лишь органу дознания своего района независимо от территории, на которой они должны выполняться. Такое же правило, по нашему мнению, должно распространяться и на поручение о проведении оперативно-розыскных (негласных) мероприятий, о чем необходимо дополнить ч. 3 ст. 114 УПК и п. 1 ст.7 Закона Украины "Об оперативно-розыскной деятельности".

Следователь по находящемуся в его производстве уголовному делу должен иметь право давать указания органу дознания о проведении конкретного оперативно-розыскного мероприятия. Вопрос о том, каким способом проводить его и с примене-

нием каких сил, средств и тактики, должен находиться в исключительной компетенции органов дознания, наделенных правом на его проведение. Это положение, на наш взгляд, также нуждается в законодательном закреплении.

Существенным недостатком названного Закона можно назвать отсутствие четкой системы оперативно-розыскных мер, что затрудняет правоотношения органов следствия и дознания в этой важной сфере взаимодействия. Последние лишь в общих чертах указаны в его ст. 8, устанавливающей права подразделений, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Кроме того, из содержания Закона не понятно, существуют ли другие оперативно-розыскные мероприятия, помимо тех, которые перечислены в ст. 8, или указанный перечень является исчерпывающим, а если нет, то каков порядок их применения. В связи с изложенным представляется целесообразным указать в Законе "Об оперативно-розыскной деятельности" систему оперативно-розыскных мероприятий, посвятив ей отдельную правовую норму, в которой четко указать, что перечень таких мероприятий является исчерпывающим перечнем таких мероприятий. Именно так сделано в правовых актах других стран, регламентирующих оперативно-розыскную деятельность [4, ст. 6].

За установление в рассматриваемом Законе четкой системы оперативно-розыскных мер и предоставление следователю права давать органу дознания поручения и указания о проведении конкретных оперативно-розыскных мероприятий по находящемуся в его производстве делу высказалось 73 % респондентов. С этой точки зрения установление названной правовой регламентации будет осуществлено в интересах следственной, прокурорской и оперативно-розыскной практики, а также повысит в целом эффективность уголовного судопроизводства, обеспечит решение одной из его важнейших задач – охрану прав и законных интересов физических и юридических лиц, принимающих в нем участие.

Действующий УПК не определяет, производство каких следственных действий может поручаться органам следствия и дознания, а какие следователь обязан выполнить самостоятельно. Из этого следует, что законодательство допускает возможность производства по отдельному поручению любого следственного действия, что на практике приводит к некоторым трудностям при определении предмета отдельного поручения.

Изучением 286 уголовных дел, по которым следователями было принято решение о направлении отдельного поручения, установлено, что в 68% предметом отдельного поручения явилось поручение о допросе свидетелей, 6% – о допросе потерпевших, 3% – об отобрании образцов для сравнительного исследования, 4% – об опознании по фотографии, 2% – о наложении ареста на имущество, 5% – о производстве выемки истории болезни, документов, характеризующих личность обвиняемого, 2% – о дополнительных допросах потерпевших.

Следует обратить внимание на то, что на вопрос анкеты: "Какие следственные действия не могут быть предметом отдельного поручения?" – 94 % опрошенных к числу последних относят допрос обвиняемого, 75% – допрос малолетнего свидетеля, 13% – воспроизведение обстановки и обстоятельств события (следственный эксперимент), 12% – эксгумацию трупа.

Заслуживает поддержки позиция тех ученых, которые полагают, что совершенно недопустимо поручать органу дознания проведение следственных действий, обуславливающих или определяющих направление расследования, а также требую-

щих особо умелого и квалифицированного исполнения (например, предъявление для опознания, осмотр места происшествия, допрос подозреваемых, обвиняемых, воспроизведение обстановки и обстоятельств события – следственный эксперимент, эксгумация трупа и др. [2, с. 126]).

Думается, что такие следственные действия, как предъявление обвинения, допрос обвиняемого и предъявление материалов дела для ознакомления, не могут быть предметом отдельного поручения не только органу дознания, но и следователю. Предлагается указанными положениями дополнить действующую редакцию ст. 118 УПК.

На практике не сложилось единства мнений о том, как должен поступить следователь или орган дознания — исполнитель отдельного поручения, если в результате выполнения следственных действий, указанных в отдельном поручении, требуется производство иных следственных действий, не указанных в этом процессуальном решении. К примеру, следователь или орган дознания — исполнитель отдельного поручения при допросе свидетелей выявили в их показаниях существенные противоречия, поэтому и возникла необходимость в производстве очной ставки, или в результате выполнения следственного действия следователь (орган дознания) получил информацию о месте нахождения орудий преступления, в связи с чем возникла необходимость в производстве обыска, выемки, или же при исполнении отдельного поручения получил доказательства, дающие основания задержать лицо, находящееся в месте исполнения отдельного поручения по подозрению в совершении преступления и т.п.

Сложность решения этих вопросов состоит в том, что часто для производства следственных действий, не указанных в отдельном поручении, требуется санкция прокурора (например, при обыске, наложении ареста на корреспонденцию и выемку ее в почтово-телеграфных учреждениях, задержании и др.).

Рассматривая эту проблему, А. И. Михайлов полагает, что в случаях, не терпящих отлагательства, следователь – исполнитель отдельного поручения вправе выполнить и иные следственные действия, не указанные в этом процессуальном акте, но при том непременном условии, чтобы эти действия были согласованы с надзирающим прокурором, а в случаях необходимости производства обыска или выемки получить от него и санкцию [3, с. 74]. Однако с такой позицией вряд ли можно согласиться. Как правильно указывает А. М. Ларин, следователь, принявший решение о поручении производства следственных действий другому следователю, располагает большим объемом информации, выдвигает определенные версии и избирает соответствующую тактику, последовательность производства следственных действий в ходе расследования [2, с. 121 – 130]. Значит, если следователь (орган дознания) – исполнитель отдельного поручения придет к выводу о целесообразности следственных действий, не указанных в данном процессуальном акте, то он вправе их выполнить лишь с согласия следователя, принявшего данное процессуальное решение. Поэтому в рассмотренной выше ситуации следователь (орган дознания) – исполнитель отдельного поручения должен известить следователя, в производстве которого находится уголовное дело, о целесообразности производства ряда других следственных действий и получить у него на это согласие. Однако по своей инициативе производить их он не вправе, так как информация, полученная им, будет лишена качества допустимости [1, с. 5-57; 6, с. 65], поскольку эти действия выполнило лицо, не упол-

номоченное на их производство. Это положение соответствует требованиям ч. 1 ст. 114 УПК, устанавливающей принцип процессуальной самостоятельности следователя.

Отдельное поручение должно быть исполнено в 10-дневный срок (ст. 118 УПК). Однако начало течения этого срока уголовно-процессуальный закон не устанавливает. Представляется, что этот срок должен исчисляться с момента регистрации отдельного поручения в следственном подразделении или органе дознания, которым поручается исполнение этого процессуального акта.

Действующее уголовно-процессуальное законодательство не определяет возможного продления срока исполнения отдельного поручения при наличии к тому объективных причин (например, временное отсутствие свидетеля, болезнь, препятствующая его допросу, и т. п.). В практической деятельности в указанных случаях этот срок иногда продлевается прокурором, осуществляющим надзор за органом предварительного расследования – исполнителем данного поручения. Однако такая практика не основана на законе.

В процессуальной литературе высказывалось мнение о целесообразности продления надзирающим прокурором срока исполнения отдельного поручения до 20 дней [7, с. 14].

При опросе следователей о целесообразности продления срока исполнения отдельного поручения все респонденты ответили утвердительно. В отношении же порядка продления срока мнения их разделились. Одни (26%) считают, что следователь-исполнитель отдельного поручения в случае невозможности его исполнения в установленный законом срок должен сообщать об этом следователю, вынесшему данное процессуальное решение, и информировать последнего о предполагаемом сроке исполнения его решения. Другие (32%) полагают, что прокурору, осуществляющему надзор по данному уголовному делу, следует предоставить право продлевать срок исполнения отдельного поручения. Третьи (68%) пришли к выводу, что в указанной ситуации прокурора, осуществляющего надзор за следственным органом, в адрес которого направлено для исполнения это решение следователя, следует наделять правом продлевать срок исполнения отдельного поручения до 20 дней с обязательным уведомлением следователя, в производстве которого находится уголовное дело. Последняя позиция, считаем, более предпочтительна и ставит под контроль исполнение отдельного поручения именно тем прокурором, который осуществляет надзор за деятельностью органа предварительного следствия, в адрес которого направлено отдельное поручение. Однако полностью принять ее, на наш взгляд, нельзя, поскольку она противоречит принципу процессуальной самостоятельности следователя. Принимая во внимание то, что в соответствии с ч. 1 ст. 114 УПК при производстве следствия все решения о направлении следствия и о производстве следственных действий следователь принимает самостоятельно (за исключением случаев, когда законом предусмотрено получение санкции от прокурора) и несет полную ответственность за их законное и своевременное проведение, игнорировать мнение следователя, в производстве которого находится уголовное дело, противозаконно.

Представляется целесообразным в ст. 118 УПК Украины закрепить право прокурора, осуществляющего надзор за органами следствия и дознания, в адрес которых направлено отдельное поручение, продлевать срок его исполнения до 20 дней

только с согласия, а не уведомления следователя, в производстве которого находится уголовное дело.

Изучение практики исполнения отдельных поручений свидетельствует, что по достаточно большому количеству уголовных дел (в 62 из 286 изученных дел) следователь или орган дознания – исполнители отдельных поручений переадресовали их в другие следственные подразделения либо органы дознания (указанная выше ситуация имела место при выезде свидетеля и потерпевшего в другие регионы). Такая практика противоречит действующему уголовно-процессуальному законодательству; более того, выполнение отдельного поручения органами следствия и дознания, не управомоченными его исполнить, лишает этот источник информации свойств допустимости [6, с. 65].

В указанных случаях следователь (орган дознания) - исполнитель отдельного поручения обязан поставить в известность следователя, вынесшего данное решение, и только при согласии последнего направить отдельное поручение для исполнения другому органу через соответствующего прокурора.

Анализ отдельных поручений следователей свидетельствует о том, что не всегда в них излагается краткая фабула дела, содержание следственного действия или действий, которые должны быть выполнены, а также все иные обстоятельства, о которых должен знать исполнитель данного поручения. Не дается также и поручение о производстве дополнительных следственных действий и розыскных мероприятий, необходимость которых может возникнуть в результате выполненных действий, указанных в отдельном поручении. Это лишает возможности исполнителя отдельного поручения не только применять научно-обоснованные методики и соответствующие тактические приемы при выполнении следственных действий и розыскных мероприятий, но и более четко уяснить поставленные перед ним задачи, снижает качество и результативность их исполнения. В практической деятельности на эти вопросы следует обращать особое внимание, поскольку они влияют на быстроту, полноту и всесторонность предварительного расследования.

Список литературы: 1. Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. - М.: АСТ Ростов-на-Дону: Феникс, 1999. – 286 с. 2. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: уголовно-процессуальные функции. – М.: Юрид. лит., 1986. – 198 с. 3. Михайлов А.И. Отдельные поручения. – М.: Юрид. лит., 1971. – 93 с. 4. Об оперативно-розыскной деятельности: Федеральный закон // Собр. законодательства РФ. – 1995. – № 33. – Ст. 3349. 5. Погорельский М.А. Межа доручень слідчого органу дізнання про проведення оперативно-розшукових заходів // Право України. – 2000. – № 9. – С. 47-49. 6. Сибилева Н. В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе. – К.: УМК ВО, 1990. – 65 с. 7. Слин-ко С.В. Сущность, формы и правовые основы взаимодействия следователя с органом дознания: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков, 1991. – 26 с.

Надійшла до редакції 10.10.2000 р.

УДК 347.97/99+341.6+343.13

А.Н. Толочко, канд. юрид. наук, доцент
Национальная юридическая академия
Украины имени Ярослава Мудрого,
г. Харьков

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ

В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ СТ. 5 ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ ПО ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД

Применение в уголовном судопроизводстве положений ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней возможно с учетом новых стандартов правосудия. К ним можно отнести: признание природно-правового характера основных прав человека; прямое применение норм Конституции Украины, гарантирующих права и основные свободы человека и обеспечивающих их верховенство над государством; обязательное соблюдение положений прецедентного права Совета Европы.

Созданное Европейским судом по правам человека прецедентное право придает правам и свободам человека необходимую конкретизацию, определяет юридическую природу и универсализирует их понимание, придает четкость и ясность тексту Конвенции [6, с. 228].

Статья 5 Конвенции закрепляет общее правило, присущее ряду международно-правовых актов, суть которого заключается в том, что “каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность”. Однако это право не может быть абсолютным. В этой же статье приведен перечень случаев, когда арест и задержание допустимы, который является исчерпывающим и толкуется в прецедентном праве в узком смысле. Если внутригосударственным правом страны, входящей в Совет Европы предусмотрены иные случаи ограничения или лишения свободы лица, то они могут быть признаны несправедливыми [2, с. 165].

Ограничение лица свободы в связи с уголовным судопроизводством возможно по пункту **б)** ч. 1 ст. 5 Конвенции для выполнения законного требования суда либо для обеспечения исполнения обязательства, предписанного законом. Например, это может относиться к свидетелю, который не явился по вызову суда (привод), к обвиняемому для принудительного отобрания образцов для сравнительного исследования либо для проведения психиатрической экспертизы. У лица, к которому применялось ограничение свободы по этому пункту Конвенции, есть право на обращение в суд для оценки законности его задержания (ч. 4 ст. 5).

Ограничение и лишение свободы в связи с уголовным обвинением регулируется исключительно пунктами **а)** и **с)** ч. 1 и 3 ст. 5, которые применяются Европейским судом вместе [8, с. 24]. Следует проводить различие между лишением свободы как уголовным наказанием, назначенным судом в приговоре (пункт **а)** ч. 1 ст. 5) и законным арестом и задержанием как процессуальными мерами, применяемыми к лицам совершившим правонарушение (пункт **с)** ч. 1 ст. 5).

Согласно практике Европейского суда пункт **с)** ч. 1 ст. 5 Конвенции применяется к любому лицу, если законный арест или задержание произведены «в целях передачи его компетентному судебному органу по обоснованному подозрению в совершении правонарушения *или* в случае, когда имеются достаточные основания полагать, что задержание необходимо для предотвращения совершения им правонарушения, *или* чтобы помешать ему скрыться после его совершения» (курсив автора – А.Т.) [1, с. 71]. Союз «или», разделяющий эти три основания, четко указывает на то, что это перечисление не носит кумулятивного характера и достаточно того, чтобы арестованный подпадал под одно из вышеперечисленных оснований [8, с. 44].

УПК Украины закрепляет основания задержания лица, подозреваемого в совершении преступления в ст. 106, которые, на наш взгляд, соответствуют Конвенции.

Основания же ареста лица, предусмотренные в статьях 148, 150, 155, требуют особого комментария. В ч.1 ст. 148 УПК одно из оснований ареста сформулировано следующим образом: «При наличии достаточных данных полагать, что обвиняемый, находясь на свободе ...воспрепятствует установлению истины по уголовному делу...». Это основание можно трактовать неоднозначно, в том числе понимать его так, что обвиняемый обязан сотрудничать с обвинительными органами, а не то будет арестован (например, давая ложные показания, обвиняемый препятствует установлению истины по делу).

Такое основание ареста, как наличие достаточных оснований полагать, что обвиняемый «...будет заниматься преступной деятельностью» (ч.1 ст.148 УПК) можно трактовать как необходимость применения ареста к лицу, которого можно считать склонным к уголовным деяниям. По Конвенции же разрешается применять арест только как средство предупреждения совершения «конкретного и точного правонарушения» [9, с.102], причем ссылка на то, что лицо ранее совершало преступления, не может быть достаточной для оправдания его ареста [18, с.331]. Поэтому указанные основания ареста, по нашему мнению, следует конкретизировать в УПК, а для обоснования его в настоящее время целесообразно использовать формулировки, содержащиеся в Конвенции и решениях Европейского суда по правам человека.

Часть 2 ст. 155 УПК в качестве самостоятельного основания применения ареста закрепляет одну лишь опасность преступления. По делу Мюллера Европейским судом поставлено под сомнение обоснование ареста одной лишь тяжестью преступления. Хотя риск того, что лицо скроется от правосудия, «когда ожидаемый приговор предусматривает длительный срок лишения свободы», «нельзя оценивать исключительно на основании вынесенного приговора» [18, с.331]. Это должно быть учтено в новом УПК Украины, а до его принятия в правоприменительной практике арест лица не должен обосновываться одной лишь тяжестью преступления (ч.2 ст.155 УПК), а должны быть и другие основания, подтверждающие законность его применения.

В ч. 3 ст. 5 Конвенция закрепляет следующие процедурные гарантии, которые необходимо соблюсти при задержании или аресте: а) каждому лицу сообщается причина его ареста и предъявленное ему обвинение; б) каждое задержанное по уголовному обвинению лицо должно незамедлительно доставляться к судье или другому должностному лицу, которому по закону принадлежит право осуществлять судебную власть и которое имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока (без неоправданной задержки) или на освобождение; в) каждый, кто был жертвой незаконного содержания под стражей, имеет право на компенсацию причиненного ущерба.

Информирование лица о причинах задержания, тем самым обеспечивает ему возможность судить о законности действий государства. Правовое обоснование содержания под стражей и основные факты, определяющие законность принятого решения, должны сообщаться лицу на простом, понятном ему языке. При задержании лица нельзя сообщать ложных сведений об основаниях, даже если это может предотвратить его сопротивление.

Европейский суд в деле Мюррея признал, что при аресте лица можно учитывать необходимость не сообщать ему определенной информации, лежащей в основе такого решения. Однако Суд не оговорил, что конфиденциальность является требованием Конвенции. Таким образом, надо с большой осторожностью подходить к лю-

бому введению ограничения информации, подтверждающей применение к лицу данной меры пресечения, ибо в противном случае может возникнуть коллизия между положениями ст. 5 и ст. 6 Конвенции. Ограничения прав лица, которые могли быть приняты на стадии применения его ареста с целью, изложенной в ст. 5 Конвенции, в то же время могут не соответствовать требованию ст. 6 о том, чтобы судебное производство при применении ареста было справедливым. Важно, чтобы выполнение одного положения Конвенции не привело к нарушению другого.

Практика Европейского суда по определению срока, в течение которого задержанное лицо должно предстать перед судом, неоднозначна. В большинстве решений Суда "незамедлительно" означает не более чем через четыре дня. В течение этого периода задержанный должен быть либо доставлен к судье, либо освобожден. Требование «о незамедлительности» зачастую может означать, что «судьи должны быть на месте в выходные и праздничные дни, но это не означает, что они должны быть доступны круглосуточно» [2, с.185]. Любое задержание на период свыше четырех дней даже при самых исключительных обстоятельствах может быть признано нарушающим ч. 3 ст. 5 Конвенции [10, с. 49-57]. Формально в этой части ст. 29 Конституции Украины не противоречат Конвенции, поскольку устанавливает, что судом должна оцениваться обоснованность задержания лица в срок не превышающий семьдесят два часа. Тем не менее оценка Европейским судом применения в Украине этого конституционного положения может быть негативной. По всем рассмотренным Европейским судом делам, связанным с оценкой длительности такого срока, проверялись не только его пределы, но и возможность органов доставить задержанное лицо в суд до его истечения [20, с.801].

В ч. 4 ст. 148 УПК Украины установлено, что арест может применяться к подозреваемому в течение десяти суток до предъявления обвинения. Вряд ли закон в этой части можно признать соответствующим Конвенции, поскольку он устанавливает слишком продолжительный срок, в течение которого арестованный не знает точно, в совершении какого преступления его обвиняют и, следовательно, не может эффективно защищаться. Считаем, что это положение следует исключить из УПК Украины.

Европейский суд указал на три условия, которые необходимо учитывать, определяя, имело ли должностное лицо право осуществлять судебные функции при применении ареста. Первое состоит в независимости должностного лица от исполнительной власти и от сторон; второе предполагает его обязанность лично выслушать доставленное к нему лицо, третье включает его обязанность рассмотреть обстоятельства в пользу и против ареста лица и принять решение, «...исходя из правовых критериев по поводу наличия или отсутствия оправдывающих лицо обстоятельств, и при их наличии распорядиться о его освобождении» [11, с.43].

Анализ правового положения прокурора в Украине в аспекте требований Конвенции позволяет сделать вывод, что прокурор не относится к должностным лицам, осуществляющим судебные функции, и, следовательно, не вправе давать санкцию на арест, так как «может вмешаться в последующее уголовное судопроизводство как сторона обвинения, а значит, его нельзя считать независимым от сторон» [12, с. 37]. Сохраняемый в Украине порядок санкционирования ареста лица прокурором как должностным лицом, не осуществляющим судебные функции в аналогичных случаях, признавался Европейским судом как нарушение беспристрастности, а значит и спра-

ведливости правосудия по уголовным делам [11, с.44].

По ст. 29 Конституции Украины арест лица или содержание его под стражей возможно по мотивированному решению суда. Судья, как носитель судебной власти в Украине, соответствует критериям, установленным Конвенцией для должностных лиц, уполномоченных применять арест. Контроль прокурора за задержанием лица и санкционирование ареста, предусмотренные действующим УПК, будут сохраняться до принятия нового УПК, но не позднее пяти лет после вступления в законную силу Конституции Украины. По истечении указанного срока эти нормы УПК не могут применяться, ибо являются неконституционными и ст. 29 Конституции Украины становится нормой прямого действия.

Закрепление в Конституции положение о том, что только судья уполномочен решать вопрос об аресте лица, порождает для Украины проблему о беспристрастности судьи, дающего санкцию на арест, если в последующем он рассматривает это дело в суде первой или последующих инстанций.

Обращение к практике Европейского суда не позволяет однозначно разрешить эту проблему. Так, в деле Хаусшильда Суд признал, что судьей, который председательствовал на судебном процессе, не было соблюдено объективное требование беспристрастности на том основании, что он ранее вынес несколько решений о продлении содержания заявителя под стражей [13, с. 32]. В то же время, Суд не нашел нарушения по делу Нортье, когда судья, председательствовавший на судебном процессе, ранее принял несколько решений относительно содержания подсудимых под стражей [14, с.267].

Представляется, что все же необходимо предусмотреть в УПК Украины запрет (в форме основания для отвода) судье, дававшему санкцию на арест, участвовать в рассмотрении этого дела по любой инстанции, «с тем, чтобы исключить любое законное сомнение в предвзятости» и, следовательно, в беспристрастности судьи [15, с. 30]. Возможно, что это правило выходит за рамки требований необходимого, тем не менее оно кажется более приемлемым, чем неуверенность в том, что приговор по конкретному делу можно в дальнейшем успешно оспорить в Европейском суде по причине пристрастности судьи.

Процедура судебного разбирательства по вопросу о законности и обоснованности задержания и ареста (ст. 5 Конвенции) не может быть такой же, как процедура судебного разбирательства по разрешению вопроса о виновности лица и его наказании (ст. 6). Однако определенные элементы справедливости должны содержаться и в разбирательстве в соответствии со ст. 5 Конвенции. К таким элементам справедливости Европейский суд, в частности, относит право лица: а) знать основания и причины задержания или ареста; б) иметь доступ к материалам дела, которые используются при принятии решения о содержании его под стражей; в) быть выслушанным в суде; г) пользоваться услугами адвоката. Поэтому в новом УПК Украины следует предусмотреть процедуру судебного контроля за применением ареста и содержанием лица под стражей, особо обратив внимание на обязательность доставления лица к судье.

Практика применения ст. 5 Конвенции свидетельствует о том, что арест лица до разрешения судом вопроса о его виновности не должен быть «общим правилом», и нужно исходить из «презюмции оставления обвиняемых на свободе» [5, с.2]. Это означает, что прокурор как носитель обвинительной власти должен опровергнуть пе-

ред судом указанную презумпцию, т.е. доказать, что обвиняемого нельзя оставлять до суда на свободе, даже при условии, если он не возражает против применения к нему ареста [8, с.44]. Судье же необходимо убедиться в наличии оснований и необходимости ареста, для того чтобы лицо не могло скрыться от правосудия, уничтожить улики либо совершить новые правонарушения.

Термин «разумный срок», предусмотренный ч.3 ст.5 Конвенции, в прецедентном праве интерпретируется как «срок, ограничивающий продолжительность содержания индивида под стражей, а не как срок, способствующий быстрейшему судебному разбирательству и, когда «обоснованного подозрения», о котором говорится в пункте с) ч.1 ст.5, больше нет, то непрерывное задержание лица становится незаконным» [16, с.4].

Существующая практика Европейского суда и Европейской комиссии свидетельствует, что для определения «разумности срока» необходимо оценивать следующие обстоятельства по конкретному делу: а) фактическую продолжительность задержания; б) продолжительность предварительного задержания по отношению к характеру правонарушения, установленному наказанию и наказанию, назначенному в приговоре; в) материальные, моральные и прочие последствия для задержанного; г) поведение обвиняемого; д) порядок проведения расследования; е) поведение соответствующих судебных органов. Эти элементы должны учитываться как при формулировании норм нового УПК Украины, так и судьями при оценке «разумности срока» содержания лица под стражей на досудебном следствии и в суде.

По общему правилу начальным моментом ограничения лица свободы признается его фактическое задержание. Труднее определить момент, когда предварительное заключение должно считаться законченным. Так, по делу Вемхоффа Европейский суд определил, что таким моментом должен быть день вынесения решения судом первой инстанции [18, с.12].

УПК Украины устанавливает срок содержания обвиняемого под стражей на предварительном расследовании. Он равен двум месяцам – с момента задержания лица или его ареста и до момента направления дела в суд первой инстанции. Этот срок может быть продлен в установленном законом порядке. Продление срока содержания под стражей осуществляется соответствующими прокурорами. В этой части УПК Украины должен быть изменен. По смыслу ч.2 ст.29 Конституции Украины правом на продление срока содержания под стражей должны обладать только судьи. Представление о продлении срока следствия могут приносить Генеральный прокурор Украины, прокуроры областей и приравненные к ним, а также прокуроры районов и приравненные к ним. В процедуре продления судьей срока содержания лица под стражей должны участвовать обвиняемый и его защитник. Предельный срок предварительного ареста не должен превышать восемнадцати месяцев. Дальнейшее продление срока предварительного ареста не допускается, и обвиняемый по истечении назначенного ему срока подлежит освобождению, даже если предварительное следствие не завершено.

Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом, и их освобождение может ставиться в зависимость от предоставления гарантий явки в суд. Поэтому в УПК Украины должна быть предусмотрена процедура судебного контроля содержания лица под стражей по жалобе арестованного или его защитника. Если появятся новые обстоятельства или произойдут

изменения в положении содержащегося под стражей, соответственно возникнет необходимость пересмотреть решение о содержании его под стражей, которое первоначально было законным. По мнению Европейского суда, разумные интервалы пересмотра дела о предварительном заключении должны быть сравнительно короткими, не превышающими одного месяца.

Целесообразно предусмотреть в УПК Украины и срок рассмотрения дела в суде первой инстанции, если подсудимый находится под стражей. В основу определения граничного предела этого срока может быть положена тяжесть преступления. Согласно ст. 156 УПК время ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела в срок содержания обвиняемого под стражей не засчитывается. Эта норма УПК действует независимо от поведения обвиняемого, порождая коллизию между правом обвиняемого на защиту и оперативностью органов досудебного следствия соблюсти сроки содержания лица под стражей. В такой редакции она не соответствует ст. 5 Конвенции и должна быть исключена из УПК.

Право на компенсацию по ч.5 ст. 5 Конвенции охватывает как материальный, так и моральный ущерб и возникает в тех случаях, когда арест или задержание были произведены «в нарушение положений данной статьи» даже при условии, что «лицо было задержано или арестовано в соответствии с внутрисударственным правом» [17, с.8-9].

Если Европейский суд устанавливает, что решение судебного органа об ограничении или лишении лица свободы противоречит положениям Конвенции, а внутреннее право этого государства предусматривает лишь частичное удовлетворение за последствия такого решения, то он может дать потерпевшему справедливую сатисфакцию [19, с.350].

Законодательство Украины предусматривает возмещение лицу ущерба, причиненного незаконным задержанием, арестом или лишением его свободы, однако оно не в полной мере соответствует Конвенции, прецедентному праву и требует дальнейшего совершенствования. В частности, необходимо законодательно закрепить выплату компенсации в случаях, когда вынесен обвинительный приговор, но арест и задержание лица все равно были незаконными и необоснованными а также выплату компенсации лицам, незаконно помещенным в психиатрические учреждения.

Список литературы: 1. *Алексеева Л.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И.* Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации.- М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1996.- 240 с. 2. *Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л.* Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика.- М.: Изд-во МНИМП,1998.- 600 с. 3. *Дженис М., Кэй Р., Бредли Э.* Европейское право в области прав человека: Практика и комментарии.- М.: Права человека, 1997.- 640 с. 4. *Маринів В.І.* Принципи особистої недоторканності в кримінальному процесі України: Автореф. дис....кан.юрид.наук. – Х., 1999. - 20 с. 5. *Мэрдок Д.Л.* Статья 5 Европейской конвенции по правам человека: Защита свободы и неприкосновенности личности.- Страсбург: Совет Европы, 1994.- 50 с. 6. *Шевчук С.* Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського праворозуміння // Практика Євр. суду з прав людини: Рішення. Коментарі.- К.: Укр. центр правн. студій, 1999.- № 2. - С. 221-238. 7. Судебное решение по делу Де Вильде, Омса и Версина от 18 июня 1971. – Series A No. 12, Law, p. 39, para. 71. 8. Судебное решение по делу Де Йонга, Бальета и Ван ден Бринка от 22 мая 1984 г. – Series A, No. 787, p. 22. 9. Судебное решение по делу Гудзарди от 6 ноября 1980 г. – Series A, No. 39, p. 38. 10. Решение по жалобе No. 4960/71, X v. Belgium, Collection of Dec. 1983 г., 42, pp. 49-57. 11. Судебное решение по делу Хубера от 23 окт. 1990. – Series A No.188, p. 18, para. 43. 12. Судебное решение по делу Поуэлса от 26 мая 1988 г. – Series A, No. 135, p. 18, 19. 13. Судебное решение по делу Хаушильда от 24 мая 1989 г. – Series A, No. 154. 14. Судебное решение по делу Нортье от 24 авг. 1993 г. – Series A, No. 267. 15. Судебное решение по делу Пирсаха от 1 окт. 1982 г. –

Series A, No. S3, p. 14, 15; 16. Судебное решение по делу Стегмюллера от 10 нояб. 1969 г. – Series A, No. 9, p. 40. 17. Судебное решение по делу Брогана и других от 30 мая 1989 г. – Series A, No. 152-B, p. 44, 45. 18. Судебное решение по делу Вемхоффа от 27 июня 1968 г. – Series A, No. 7, p. 21. 19. Судебное решение по делу Мюллера от 17 марта 1997 г. // Практика Евр. суда по правам человека: Решения: Комментарии. – К.: Укр. центр прав. студий, 1999.- № 1.- С. 329-353. 20. Судебное решение по делу Браннигана и Макбрайта от 26 мая 1993 г. // Евр. суд по правам человека: Избр. решения: В 2-х т.- Т.1. / Под ред. В.А.Туманова.- М.: Норма, 2000.- 841 с.

Надійшла до редакції 05.10.2000 р.

УДК 347.97/99

И.Е. Марочкин, канд. юрид. наук, доцент
*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

ПРОБЛЕМЫ ДИСЦИПЛИНАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУДЕЙ

Вопросы судейской дисциплины актуальны, поскольку затрагивают не только судейское сообщество в целом, а главное – их иммунитет, но и напрямую связаны с авторитетом судебной власти. Не случайно поэтому в ближнем зарубежье данная проблема возымела серьезное обсуждение: на прошедших в прошлом году научно-практических семинарах высказывались диаметрально противоположные суждения как о необходимости принятия специального закона о дисциплинарной ответственности судей, так и о недопустимости привлечения их к подобного рода юридической ответственности [9, с. 10, 11]. Не вдаваясь в анализ точек зрения по существу проблемы, заметим, что институт дисциплинарной ответственности судей весьма важен. Его необходимость обуславливается рядом факторов. Дисциплинарная ответственность выступает прежде всего как самоорганизующий фактор судейского сообщества. Дефиниция «дисциплина» воплощает в себе определенные правила поведения людей. Понятие судебной дисциплины также включает в себя нормативно закрепленные социальные правила, стандарты и юридическую ответственность за нарушения судебных ограничений. Таким образом, данный феномен выступает как элемент социального контроля за носителями судебной власти.

Легализацию института дисциплинарной ответственности есть смысл рассматривать и как фактор укрепления в судейском корпусе правового и нравственного порядка. Обращает на себя внимание и то обстоятельство, что дисциплинарную ответственность предусматривает и Европейская Хартия о статусе судей (июль 1998 г.), которая ссылается на принцип законности дисциплинарных взысканий, подчеркивая, что поводом для взыскания может быть только невыполнение судьей одной из обязанностей, определенных статусом.

Дисциплинарная ответственность – это особый, самостоятельный вид юридической ответственности, воплощающей в себя все признаки последней [1, с. 151]. Основанием дисциплинарной ответственности судьей является совершение им дисциплинарного проступка. Касаясь аспектов последнего, большинство ученых считают, что под проступком следует понимать нарушение трудовых обязанностей [6, с.165-167; с. 149; 2, с. 149].

Однако нельзя признать совершенными правовое регулирование рассматри-

ваемого института, сложившуюся практику привлечения судей к дисциплинарной ответственности. Прежде всего природа дисциплинарного проступка судьи не исследована на должном теоретическом уровне, практически отсутствуют научные работы по данной проблематике. По смыслу ст. 31 Закона «О статусе судей» (далее – Закон) судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности, если он совершил дисциплинарный проступок, т.е. нарушил законодательство при рассмотрении судебных дел [7]. Понятно, что в данном случае подразумевается главным образом нарушения процессуального законодательства. Неконкретность указанного проступка в такой обрисовке очевидна. С определенностью можно говорить о совершении дисциплинарного проступка судьей при нарушении в уголовном судопроизводстве сроков рассмотрения дела в распорядительном заседании, назначении дела к рассмотрению в суде (ст. 241, 256 УПК Украины), при нарушении сроков подготовки и рассмотрении гражданских дел (ст. 146, 148 ГПК Украины). В иных случаях, связанных с нарушением законодательства при рассмотрении дел устанавливать наличие дисциплинарного проступка следует с учетом конкретных обстоятельств.

В судебной практике имеет место формальное отношение к п. 7 ст. 242 УПК Украины, обязывающего судью (или суд) в распорядительном заседании уяснить, правильно ли избрана мера пресечения в отношении обвиняемого. В результате этого в отдельных случаях подсудимые весь период разрешения дела, по сути, находятся под стражей (порой свыше года), хотя для изменения меры пресечения и были соответствующие предпосылки. Более того, такая мера пресечения изменяется на иную и в обоснование своей позиции судьи приводят доводы, совпадающие с мотивами, изложенными подсудимыми в своих ходатайствах о ее изменении. Установление оснований привлечения судьи к дисциплинарной ответственности в таких случаях обусловлено тщательной проверкой обстоятельств дела.

Нарушения законодательства устанавливаются и по завершенным производствам, по которым постановлены соответствующие судебные решения. Выявление нарушений происходит или в кассационной инстанции, или в ходе проверки соответствующей жалобы, поступившей в квалификационную комиссию.

Анализ ч. 2 ст. 31 Закона приводит к выводу о том, что отмена или изменение судебного решения может служить основанием дисциплинарной ответственности судьи, если при этом были допущены преднамеренные нарушения процессуального законодательства или проявлена недобросовестность, повлекшие существенные последствия. Иначе говоря, такое основание дисциплинарной ответственности наличествует тогда, когда доказаны будут преднамеренность нарушения закона при разрешении дела по существу или недобросовестность судьи.

Совершенно очевидно, что перед членом квалификационной комиссии, проверяющим факты нарушений закона, равно, как и перед квалификационной комиссией, стоит сложная задача: прежде всего необходимо установить, что нарушение в самом деле было очевидным, преднамеренным, т.е. умышленным. Но если предположить, что нарушение очевидно, а судья при этом утверждает о допущенной им ошибке, такое положение можно квалифицировать как проявление непрофессионализма или недобросовестности судьи.

Привлечение к дисциплинарной ответственности возможно и при наличии двух других оснований: при нарушении требований, предъявляемых к судье ст. 5 Закона и при невыполнении судьей обязанностей, указанных в ст. 6. Следует заметить,

что п. 4 ст. 6 Закона предписывает судье не допускать поступков и любых действий, которые порочат звание судьи и могут вызвать сомнение в его объективности, беспристрастности и независимости.

По сути, судья при исполнении своих полномочий, равно как и во внеслужебных отношениях, должен избегать всего, что может унижить его честь и достоинство, умалить авторитет судебной власти или вызвать сомнение в объективности и справедливости судьи. Понятно, что в данной норме предпринята попытка обозначить социальные стандарты поведения судей и соответствующие ограничения. Восполнить пробел следовало бы путем принятия Кодекса чести судьи, где требуется надлежаще обрисовать обязательные этические правила поведения судьи в профессиональной и внеслужебной деятельности, а также раскрыть понятие проступка, порочащего его честь и достоинство, что способствовало бы более четкому уяснению конкретного основания дисциплинарной ответственности судей.

В дисциплинарной практике важным представляется уяснить этапы конкретизации дисциплинарной ответственности. В теории юридической ответственности аспекты конкретизации ответственности исследованы достаточно подробно [10, с. 92-115]. Не затрагивая всего комплекса вопросов, отметим, что применительно к дисциплинарной ответственности целесообразно выделить два этапа: предварительная конкретизация и окончательная конкретизация. Первый этап связан с установлением признаков дисциплинарного проступка и его предварительной квалификацией, на втором осуществляется исследование и оценка дисциплинарного проступка; здесь же проверяется и правильность предварительной квалификации, и только после этого квалификационной комиссией принимается определенное решение. Оба этапа взаимообусловлены, поскольку объективность принятия решения зависит от полноты и тщательности исследования дисциплинарного проступка. Адекватность дисциплинарного реагирования формируется на первом этапе, где уяснение обстоятельств произошедшего не должно сводиться только к получению объяснений от судьи.

В рамках юрисдикционного процесса познавательные операции наряду с этим включают и изучение судебных дел, получение информации от каких-либо органов, граждан. По завершении этого процесса делается предварительный вывод о наличии либо отсутствии признаков дисциплинарного проступка. С учетом этого на первом этапе решается вопрос о возбуждении дисциплинарного производства.

Второй этап, как уже отмечалось, посвящается исследованию дисциплинарного проступка. В рамках рассматриваемого дисциплинарного дела квалификационная комиссия должна заслушать объяснение судьи, привлеченного к дисциплинарной ответственности, других лиц, приглашенных как по ходатайству судьи, так и по инициативе комиссии, а также проанализировать материалы, собранные в ходе проверки. Окончательная конкретизация дисциплинарной ответственности находит свое выражение в вынесении решения по делу.

Анализ практики индивидуализации дисциплинарных взысканий свидетельствует, что чаще выносятся выговор судье. Намного реже выносятся такие виды взысканий, как понижение его квалификационного класса, освобождение от должности. Обращает на себя внимание тот факт, что половина дисциплинарно наказанных судей привлекаются к ответственности за несоблюдение сроков разрешения дел. И это понятно: высокая нагрузка судей, иные факторы, в том числе субъективные, в определенной степени обуславливают такое положение. Однако дисциплинарные дела,

связанные с нарушением сроков при разрешении гражданских споров не вызывают сложностей у квалификационных комиссий. Трудности возникают в тех случаях, когда квалификационные комиссии сталкиваются с фактами чрезмерно длительного (порой годами) рассмотрения уголовных дел. Но следует заметить и тот факт, что УПК Украины не устанавливает сроков разрешения уголовных дел.

В подобных случаях квалификационные комиссии должны обращаться к международно-правовым нормам, в частности, к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950 г.). Пункт 1 ст.6 этого документа указывает, что каждый гражданин при рассмотрении предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право на справедливое публичное разбирательство дела в *разумный срок* независимым и беспристрастным судом (курсив автора – И.М.) [4, с. 5]. Практика Европейского суда по правам человека ориентирует судебные системы государств, присоединившихся к Европейской конвенции, на неукоснительное соблюдение положений п. 1 ст. 6 в части осуществления правосудия в разумные сроки. Об этом свидетельствуют, например, решения Европейского суда по «трем делам против Италии» от 17.05.1999 в отношении Саккоманно, Ледонне, где суд, признавая нарушение п. 1 ст. 6 Конвенции одновременно присуждал в пользу заявителей компенсацию [8; № 2. – С. 132, 133]. При определении нарушения срока Европейский суд учитывает сложность дела, время, в течение которого оно рассматривалось, последствия длительного производства и другие обстоятельства. В решениях Суда, как правило, подчеркивается, что пунктом 1 ст. 6 Конвенции на Договариваемые государства возлагается обязанность организовать свои судебные системы таким образом, чтобы они могли соблюдать требования этого положения; далее обращается внимание на важность осуществления правосудия без волокиты, которая может поставить под угрозу эффективность судопроизводства и доверие к нему. К примеру, такие выводы Европейский суд сделал по делу Боттацци А.П., Ди Мауро, А.Л.М. и Феррари против Италии [8; № 3. – С. 59-63]. Следовательно, в дисциплинарной практике квалификационных комиссий должно найти применение соответствующих норм Европейской конвенции.

Не менее остро Европейский суд реагирует и на факты длительного содержания подсудимых под стражей. Такая позиция суда основывается на положениях п. 3 ст. 5 Конвенции, где отмечается, что каждое арестованное или задержанное лицо незамедлительно доставляется к судье и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда [4, с. 5]. Характерным в этой связи является дело, рассмотренное Европейским судом «Мюллер против Франции» от 17.03.1997 г. Признавая, что при разрешении дела были допущены нарушения п. 3 ст. 5 Конвенции, Суд учитывал под «разумностью» содержания под стражей такие факторы: а) тяжесть преступления; б) риск того, что подсудимый может скрыться от правосудия; в) риск совершения подсудимым преступления повторно; г) риск сговора. Европейским судом было установлено, что французское правосудие не подтвердило надлежащим образом ни одного из указанных факторов. Суд подчеркнул, что риск уклонения от правосудия не нашел подтверждения, а аргумент о риске повторного совершения преступления сам по себе не является достаточным; кроме того, риск уклонения от правосудия не может оцениваться исключительно на основании строгости вынесенного приговора. Европейский суд также отметил, что когда речь идет о риске повторного совершения преступления, аргумент в виде ссылки на про-

шлое лица не может быть достаточным для отказа в освобождении до судебного рассмотрения [8; № 1. – С.352,353].

В числе законодательно неразрешенных есть и проблемы реализации дисциплинарной ответственности за совершение аморального проступка, не совместимого с должностью судьи (п. 3 ст. 37 Закона). На протяжении всего дисциплинарного производства, включая момент его возбуждения и завершая обжалованием решения, судья продолжает быть носителем судебной власти, осуществляет ее функции. Однако можно ли назвать правосудными, отвечающими соответствующим принципам и международно-правовым нормам решения, выносимые судьей? Очевидно, что нет, поскольку судья, допустивший аморальные проявления, подрывает авторитет судебной власти, вызывает сомнения в справедливости ее деятельности [3, с. 11]. В подобных случаях полномочия судьи должны быть приостановлены, что обуславливает необходимость внесения соответствующих дополнений в ст. 38 Закона «О статусе судей».

Список литературы: 1. *Братусь С.Н.* Юридическая ответственность и законность – М: Юрид. лит., 1976. – 216 с. 2. *Горшенев В.М.* Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе – М: Юрид. лит., 1972. – 256 с. 3. *Кармазин Ю.М.* Гарантированные Конституцией Украины права и свободы человека должны надежно защищаться независимым, компетентным и непредвзятым судом (материалы расширенного заседания Президиума Верховного Суда Украины и Совета судей Украины) // Вестн. Верхов. Суда Украины. – 1999. – № 5. – С. 42-47. 4. Конвенція про захист прав людини та основних свобод. – К.: Укр. правн. фундація, 1999. – 38 с. 5. *Кудрявцев В.Н.* Теоретические основы квалификации преступлений. – М.: Госюриздат, 1963. – 324 с. 6. *Лейст О.Э.* Санкции в советском праве. – М: Госюриздат, 1962. – 238 с. 7. О статусе судей: Закон Украины от 15.12.1992 г. // Законодательство Украины о борьбе с преступностью: Сб. норм. актов. – Харьков: Одиссей, 1999. – С. 36-57. 8. Практика Европейского суда по правам человека. Решения. Комментарии. – К.: Укр. центр правн. студий, 1999. – № 1-3. 9. *Терехин В.* Судейская дисциплина: от иммунитета до ответственности // Рос. Юстиция. – 1999. – № 8. – С. 10-12. 10. *Шендяпина М.Д.* Стадии юридической ответственности. М.: Книжн. Мир, 1998. – 168 с.

Надійшла до редакції 10.10.2000 р.

УДК 343.98

*А.Л. Дудніков, канд. юрид. наук, доцент
Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого, м. Харків*

ПРОБЛЕМИ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ РОЗКРАДАНЬ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ НА ПІДПРИЄМСТВАХ ТОРГІВЛІ

На сучасному етапі розвитку України, коли одночасно реформуються суспільно-політичні й економічні відносини, злочинність кількісно і якісно змінилася, спостерігається її зростання, значне ускладнення й модернізація способів учинення злочинів. Особливо це стосується злочинів у сфері економіки, зокрема розкрадань, які вчинюються на підприємствах торгівлі посадовими й матеріально відповідальними особами. Ці зміни пов'язані перш за все зі змінами форм власності, структури підприємств торгівлі, їх різновидів, відомчої належності, взаємовідносин між торговельними і промисловими підприємствами, в оперуванні товарними цінностями та грошовими коштами та ін.

Проблеми, які виникають у зв'язку з цим, повинні враховуватися й вирішуватися як при подальшій розробці й удосконаленні методики розслідування розкрадань на підприємствах торгівлі, так і при їх розслідуванні. У той же час узагальнення судової та слідчої практики дозволяє зробити висновок про недоліки, що мають місце в роботі правоохоронних, податкових і контролюючих органів по виявленню й розслідуванню розкрадань у сфері торговельної діяльності, що пояснюється їх порівняно високою латентністю.

Розслідування розкрадань на підприємствах торгівлі, які вчинюються посадовими й матеріально відповідальними особами, має низку особливостей, що пов'язано зі специфікою виконуваних цими підприємствами функцій. Торговля, як важлива галузь народного господарства, являє собою поєднуючу ланку між виробництвом і споживанням. Взаємовідносини між торговельними та промисловими підприємствами будуються на договірній основі. Оперування товарними цінностями та грошовими коштами як всередині торговельного підприємства, так в його зовнішніх зв'язках з промисловими, сільськогосподарськими, транспортними підприємствами регламентуються Законами України "Про підприємництво" [1; 1991. № 14. – Ст. 168], "Про захист прав споживачів" [2; 1994. – № 1. – Ст. 1], "Про підприємства в Україні" [1; 1991. – № 24. – Ст. 272], "Про споживчу кооперацію" [2; 1992. – № 30. – Ст. 414], "Про зовнішньоекономічну діяльність" [1; 1991. – № 29. Ст. 377], "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення" [2; 1994. – № 27. – Ст. 218], а також "Порядком заняття торговельною діяльністю і правилами торговельного обслуговування населення", затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 8.02.1995 р. № 108 [6], іншими нормативними актами, серед яких слід відмітити постанови Кабінету Міністрів України "Про оптові продовольчі ринки" від 9.06.1999 р., № 23 [5; 1999. – № 23. – Ст. 1061] та "Правила роздрібною торгівлі ювелірними та іншими виробами з дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння органічного утворення та напівдорогоцінного каміння" від 25.03.1999 р., № 460 [5; 1999. – № 13. – Ст. 517].

У торговельному обігу знаходяться матеріальні цінності та грошові кошти, які в деяких випадках стають предметом посягання розкрадачів. Значна кількість цих злочинів учиняється на підприємствах роздрібною торгівлі (в магазинах, наметах, кіосках, в лотках, в автомагазинах), а також у сфері оптової торгівлі (на оптових базах, складах, складах-холодильниках, складах-магазинах), у заготівельних пунктах і приміщеннях зберігання споживкооперативів.

У сучасних умовах магазини поділяються: а) за товарною спеціалізацією – продовольчі, непродовольчі, змішані; б) за товарним асортиментом – спеціалізовані, неспеціалізовані, універмаги, універсами, будинки торгівлі, торговельні центри (комплекси); в) за формою торгівлі – звичайного типу, самообслуговування, торгівля за зразками, торгівля за попереднім замовленням, дрібнооптові (для відпускання товарів дитячим, лікувальним та іншим закритим закладам за безготівковим рахунком), фірмова торгівля [6]; г) залежно від форми власності – приватними, що належать суб'єктам підприємницької діяльності – приватним підприємцям, колективними (у вигляді відкритого акціонерного товариства, торгового будинку, товариства з обмеженою відповідальністю) та державними.

Розслідування розкрадань у вказаній галузі вимагає знання структури підприємств торгівлі, номенклатури документів, що містять дані про рух матеріальних

цінностей та грошових коштів всередині цих підприємств, між ними, постачальниками і споживачами, а також особливостей процесу ціноутворення, калькуляції тощо. Необхідно враховувати й існуючу різницю у функціонуванні підприємств торгівлі колективної і державної форм власності, роздрібно й оптової. При розслідуванні розкрадань на підприємствах торгівлі слід враховувати їх відомчу належність. Згідно з Указом Президента України “Про зміни в структурі центральних органів влади” від 15 грудня 1999 р. № 1573/99 питання торговельної діяльності перебувають у віданні Міністерства економіки, у рамках якого створено Управління з питань торговельної діяльності [5; 1999. – № 50. – Ст. 2435].

Із низки елементів криміналістичної характеристики розкрадань, що враховуються при конструюванні методики розслідування цього виду злочину, найбільшу значимість мають: 1) безпосередній предмет злочинного посягання (товарно-матеріальні цінності або грошові кошти); 2) особливості місця, умов та обставин здійснення розкрадань (форма власності, вид підприємства торгівлі та його структура, підрозділ і характер торговельних операцій, система обліку та звітності, зберігання й рух грошових коштів і матеріальних цінностей, обіг документів, оформлення й рух виробничо-господарських, бухгалтерських, статистичних та інших документів, вид товарів, що реалізуються або використовуються); 3) особливості способів підготовки розкрадання, їх здійснення і приховування; 4) дані про особу розкрадача (зокрема, ті, що впливають на формування та здійснення злочинних намірів, створення злочинної групи, розподіл ролей між співучасниками); 5) наслідки дій розкрадачів, що проявляються в ході приготування, вчинення, приховування (утаювання) злочину й детерміновані застосовуваними способами розкрадань, при їх поведінці в побуті, у спілкування на роботі тощо [4, с. 208-211].

Своєчасне виявлення і розкриття розкрадань значною мірою залежить від знання слідчими, працівниками органів дізнання, контролюючих органів систем і характерних ознак способів їх учинення, а також від оволодіння ними криміналістичною методикою їх встановлення [3, с. 488].

Способи розкрадань у сфері торговельної діяльності досить різноманітні, можуть здійснюватись як однією посадовою або матеріально відповідальною особою, так і організованими групами розкрадачів. При цьому частіше розкрадання бувають пов'язані і з іншими видами злочинів: випуском чи реалізацією недоброякісних товарів (ст.147 КК України), ухиленням від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (ст. 148²), фіктивним підприємництвом (ст. 148⁴), незаконним виготовленням, підробкою, використанням чи збутом незаконно виготовлених та отриманих або підроблених марок акцизного збору (ст. 153¹), обманом покупців (ст. 155), порушенням правил торгівлі (ст. 155³), незаконною торговельною діяльністю (ст. 155⁶), зговором про фіксування цін (ст. 155⁷) та ін.

Найпоширенішими способами розкрадань на підприємствах торгівлі є 1) привласнення й розтрата грошових коштів або товарно-матеріальних цінностей без вуалювання недостачі ("просте привласнення") і 2) привласнення й розтрата грошових коштів або товарно-матеріальних цінностей з наступним приховуванням недостачі при інвентаризації шляхом: а) внесення грошей до каси на період інвентаризації; б) оформлення безтоварних накладних для списання товарів на витрати (на повернення товару постачальникові, відвантаження товарів в інші торговельні точки); в) несвоєчасного оприходування товарів, що поступають у продаж (у порушення п.35

“Порядку заняття торговельною діяльністю...”); г) пред’явлення членам інвентаризаційної комісії фальсифікованих товарів або їх пакунків; д) використання порушень, що допускаються при проведенні інвентаризації; е) пред’явлення фальшивих документів (договорів, розписок) про здачу товару на тимчасове зберігання будь-якій юридичній особі; є) пред’явлення двічі одного і того ж товару; ж) пред’явлення товарів, запозичених в інших суб’єктів торгівлі; з) пред’явлення низькосортного товару під виглядом високосортного, за ціною якого й ураховується; и) збільшення в інвентаризаційних відомостях цін на конкретні види товарів; і) змови з членами інвентаризаційної комісії; к) вчинення фальшивих записів в інвентаризаційній відомості.

У ході розслідування таких злочинів важливо встановити способи створення розкрадачами надлишків грошових коштів і товарів, які потім реалізуються з наступним привласненням виручки. Серед таких способів слід вирізнити: часткове або повне неоприходування товару, що надходить; обман покупців шляхом обважування, обраховування й завищення цін; списання товару за максимально припустимими нормами природного зменшення; списання товару на псування, бій, уцінку та інші втрати (яких насправді не було); використання різниці та зміни в цінах (оптових і роздрібних, регіональних – міських та сільських, при їх заниженні у зв’язку з розпродажем товару); завищення кількості переоціненого товару; використання різниці в цінах на товар одного й того ж найменування залежно від сорту, виробника, торговельних націнок; зловживання в обліку тари (внесення вартості тари, яка входить у вартість товару, що відпускається в його продажну ціну, а також різноманітні безтоварні операції на здачу тари промислового підприємству); безтоварні операції на відпускання юридичним особам певних видів товарів (канцелярських, господарських й т.п.); вчинення підробки у товарних накладних; неодноразова реалізація товару за однією й тією ж накладною; порушення при експлуатації реєстратів розрахункових операцій (пробиття чеків на неповну суму вартості проданого товару, непроведення розрахункових операцій через електронний контрольно-касовий апарат – ЕККА, застосування при здійсненні розрахункових операцій незареєстрованого, неопломбованого або опломбованого з порушенням встановленого порядку реєстратора розрахункових операцій, невиконання друкування контрольної стрічки або її незберігання протягом встановленого строку та ін.); недовкладення товару при розфасуванні у стандартну тару тощо.

Способи розкрадання на підприємствах торгівлі значною мірою визначають методика й тактику слідства, планування й організацію розслідування. У випадках, коли встановлюються факти привласнення й розтрати грошових коштів або товарно-матеріальних цінностей, насамперед, необхідно з’ясувати: чи мав місце в дійсності факт недостачі; її розміри й час виникнення; причину недостачі – чи є вона результатом розкрадання або інших причин; прийоми її приховування; хто з матеріально відповідальних і посадових осіб відповідальний за виявлену недостачу, їх роль у цьому; з яких причин вона не була викрита своєчасно і хто повинен нести за це відповідальність; які обставини могли сприяти виникненню й приховуванню недостачі.

Для вирішення вказаних питань проводяться такі дії:

- допит матеріально-відповідальних осіб;
- допит членів інвентаризаційної комісії, ревізорів, працівників бухгалтерії, які здійснюють облік, а також осіб, які брали участь у складанні актів на списання товарів у видаток (на бій, псування, природне зменшення тощо);

– огляд документів, що відбивають прихід, видаток, перевезення й списання товарно-матеріальних цінностей і грошових коштів, інвентаризаційні відомості, товарні й касові звіти того підприємства торгівлі, діяльність якого перевіряється слідчим, з метою виявлення недотримання порядку заповнення документів, виявлення у них підробок, виправлень;

– огляд і порівняльний аналіз документів даного підприємства торгівлі з документами постачальників, одержувачів товарів (підприємств, складів, баз), банку, що оформлювали операції, які перевіряються й які пов'язані з нею, для виявлення завуальованих злочинних операцій, що здійснювалися шляхом неправильних бухгалтерських проведень, перерахувань, виписки безтоварних накладних;

– допит свідків, які мають відношення до складання досліджуваних документів або до здійснення операцій, відображених у них, а також тих, хто може дати свідчення про спосіб життя запідозрених осіб чи їх злочинні зв'язки (знайомих, сусідів за місцем проживання, співробітників);

– обшуки за місцем проживання й роботи, особисті обшуки підозрюваних осіб з метою виявлення цінностей, нажитих злочинним шляхом, грошей, вкраденого майна, офіційних документів, особистих нотаток, листування, які зможуть вказати на походження недостачі як наслідок розкрадання;

– огляд кладових, підсобних приміщень, де зберігаються товари, для перевірки пояснень, згідно з якими недостача є наслідком недбайливого зберігання товарно-матеріальних цінностей;

– судово-бухгалтерську експертизу для встановлення розміру матеріальної шкоди, розподіл матеріальної відповідальності між окремими обвинуваченими за цінності, яких не вистачає;

– товарознавчу експертизу для виявлення розмірів втрат, природного зменшення, псування тощо.

При розслідуванні розкрадань, здійснених способами, пов'язаними зі створенням неврахованих надлишків товарів та грошових коштів на підприємствах торгівлі, слідчий з'ясовує: причини виявленого надлишку товарів; за рахунок чого в даному торговельному підприємстві могли бути створені невраховані надлишки товарів (зокрема, чи вірно приймаються від постачальника й відпускаються споживачеві товари, чи вірно вони списуються на природне зменшення, брак, відходи, збитки); чи не було фактів обмірювання, обважування та іншого обману покупців; хто з матеріально-відповідальних осіб може бути причетний до створення неврахованих надлишків товарів; як вони реалізовувалися (через лоток, кіоск, крамницю, підприємство тощо); яким чином вилучалися гроші, виручені від реалізації неврахованих надлишків (через касу, заготівельників, за допомогою лоточників); чому на даному підприємстві торгівлі можливе створення неврахованих надлишків товарів (відсутність контролю з боку перевіряючих, перевищення норми природного зменшення тощо).

З метою з'ясування названих питань необхідно провести такі дії:

– при здійсненні ревізії зробити контрольне звірення фактичних надлишків товарно-матеріальних цінностей;

– призначити товарознавчу експертизу для встановлення, до якого сорту належить товар, що викликає підозру, чи відповідають сортність, ціна, артикул і маркування товару даним, указаним у ярликах цін, у прибутково-видаткових документах, чи вірно проведене уцінення товарів;

– призначити технологічну експертизу для визначення правильності списання товарів на природне зменшення, витрати при зберіганні товарів протягом визначеного часу при тих чи інших умовах;

– обшук у приміщеннях підприємства торгівлі, а в необхідних випадках особисті обшуки підозрюваних у розкраданні осіб для виявлення грошей та інших цінностей, придбаних злочинним шляхом, записів про фактичну кількість реалізованих товарів;

– порівняння суми виручки, яка перебуває на обліку розрахункових операцій, із кількістю чеків, отоварених з метою з'ясування питання про обставини вилучення грошей, отриманих від реалізації неврахованих надлишків товарів.

При розслідуванні розкрадань, пов'язаних із проведенням безтоварних операцій, необхідно з'ясувати: чи всі товари, що значаться відпущеними оптовим торговельним підприємствам у роздрібну торговельну мережу, установам, організаціям, фактично туди потрапили; з якою метою здійснювалися безтоварні операції (для приховування недостачі збування неврахованих надлишків); яким чином за документами приховувалася безтоварна операція і створений внаслідок її здійснення надлишок; хто з посадових і матеріально відповідальних осіб причетний до проведеної безтоварної операції.

Для розкриття подібних розкрадань необхідно здійснити такі дії:

– аналіз прибутково-видаткових документів, рахунків-фактур, дорожніх листів, товарно-транспортних накладних;

– допит працівників крамниці, підсобних працівників, водіїв, працівників бухгалтерії, складу підприємства, які відпускали й одержували товар, про відпускання товару, на який виписувалася видаткова накладна, виведення його з даного підприємства торгівлі, оприходування в місці його призначення;

– допит осіб, які брали участь у підробці безтоварних документів, про обставини здійснення перевірюваної операції;

– документальну ревізію для встановлення фактів проведення безтоварної операції.

Для виявлення фактів реалізації неврахованих товарів треба з'ясувати такі питання, що мають суттєве значення для справи: чи поступали й реалізовувалися на підприємстві торгівлі невраховані товари та які саме; звідки поступали невраховані товари; як оформлювалася за документами їх доставка; протягом якого часу вони реалізовувалися; як вилучалися готівкові кошти, отримані від реалізації неврахованих товарів; яка сума реалізації; як розподілялися між учасниками злочину суми викраденого; які обставини могли сприяти реалізації неврахованих товарів.

Для вирішення названих питань провадяться такі слідчі дії:

– огляд товару, його маркірування для встановлення виробника при відсутності цих даних;

– товарознавча і криміналістична експертизи для встановлення підприємств, на яких були випущені невраховані товари;

– огляд і порівняння документів про відпуск з конкретного підприємства певного виду товарів підприємству торгівлі, яке перевіряється (доручень, рахунків, перепусток, товарно-транспортних накладних тощо), з метою з'ясування, чи немає на підприємстві надлишків подібної продукції та чи оприховувалася вся кількість відпущених товарів на цьому підприємстві;

– огляд документів, пов'язаних з відпусканням продукції, її транспортуванням, оприходуванням товарів на підприємстві торгівлі, для виявлення зміни текстів, підчисток, заміни дійсних документів на фальшиві, відхилень від порядку заповнення бланків документів, що робиться з метою приховування надходжень і реалізації неврахованого товару;

– криміналістична експертиза документів з ознаками підробки;

– обшук у приміщеннях підприємства торгівлі, у підозрюваного за місцем його проживання для виявлення цінностей, нажитих злочинним шляхом, документів, записів, що свідчать про реалізацію неврахованих товарів через підприємства торгівлі;

– огляд касового апарату за участю спеціаліста для встановлення технічних порушень порядку застосування ЕККА;

– допит працівників підприємства торгівлі, водіїв, експедиторів, які доставляли товари, про порядок відпускання, реалізації товарів, оформлення документів, вивозу й доставки товарів, а також знайомих, родичів, сусідів підозрюваного про його спосіб життя, знайомства та про інші питання, що виникають у ході розслідування.

Таким чином, поглиблене вивчення способів розкрадань на підприємствах торгівлі є основою для модернізації й удосконалення методики розслідування цього виду злочину, а також для оптимізації й підвищення ефективності процесу розслідування.

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради УРСР. 2. Відомості Верховної Ради України. 3. Доля Б.Г. Расследование присвоения и растраты чужого имущества // Руководство для следователей / Под ред. Н.А. Селиванова, В.А. Снеткова. – М.: Инфра-М, 1997. – С. 487-502. 4. Матусовский Г.А. Экономические преступления: криминалистический анализ. – Харьков: Консум, 1999. – 480 с. 5. Офіційний вісник України. 6. Порядок занятия торговой деятельностью и правила торгового обслуживания населения // Сб. постанов. правительства Украины. – 1995. – № 5. – Ст. 118.

Надійшла до редакції 13.10.2000 р.

УДК 341 (091)

О.В. Тарасов, канд. юрид. наук, доцент
*Национальная юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого, г. Харьков*

О РУКОПИСИ КУРСА «ПРАВО НАРОДОВ» (СЕРЕДИНА XIX В.)

В научной библиотеке Харьковского Национального университета им. В.Н. Каразина хранится интересный источник по истории отечественной науки международного права – рукопись курса «Право Народов и Дипломатия» (Шифр: 938 1841/С) [4], которая была передана в дар библиотеке университета в 1907 г. после смерти А.Н.Стойнова. К сожалению, в ней отсутствуют первая и последние страницы, что затрудняет установление авторства и года написания. Но обратимся к следующим положениям:

1. События, о которых говорится в этой научной работе, заканчиваются 1843 г. В частности, на с.130 упоминается о том, что в 1843 г. Греция приняла конститу-

цию, а на с.111 дается ссылка на работу Гефтера «Das Europäische Volkerrecht der Gegenwart» (1844 г.) Таким образом, 1844 г. послужил отправной точкой для дальнейшего исследования относительно даты написания рукописи.

2. В связи с тем, что в рукописи на с.377 и 473 упоминается город Краков в качестве действующего субъекта международного права, крайней точкой исследования стал 1846 г., т.е. год вхождения Кракова в состав Австрии.

3. На с.21 указано: «Так напр. в *нынешнем году* Россия возобновила трактат с Пруссией о выдаче дезертиров» (курсив автора статьи – О.Т.), а на с.230 имеется фраза: «В новом трактате, заключенном Россией с Пруссией после истечения прежнего, в *текущем году*, ничего не упомянуто о политических преступниках» (курсив автора статьи – О.Т.). Следовательно, в период 1844-1846 гг. между Россией и Пруссией был возобновлен договор о выдаче преступников. Следовательно, можно предполагать, что рукопись относится к этому периоду.

Согласно «Собранию трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами» Ф.Мартенса, Россия и Пруссия заключили несколько конвенций о выдаче преступников: в 1816 г. [2, с.218 – 241], в 1830 г. [3, с.126 – 144], в 1844 г. [3, с.339 – 359] и в 1857 г. [3, с.467 – 492]. В связи с тем, что в указанный период (1844 – 1846 гг.) попадает лишь конвенция от 8 (20) мая 1844 г., можно сделать окончательный вывод, что рукопись была написана в 1844 г.

Сложнее обстоит дело с установлением авторства рукописи. По имеющимся данным, курс международного права в 1844 – 1845 академическом году в Харьковском университете читал Т.Ф.Степанов [1, с.240; 6, с.41]. Однако существуют две причины, не позволяющие однозначно приписать ему авторство. Во-первых, из содержания рукописи нельзя точно установить, в каком именно учебном заведении читался данный курс. Нахождение рукописи в личной библиотеке А.Н. Стоянова до её передачи в библиотеку Харьковского университета может служить лишь косвенным доказательством принадлежности автора курса к харьковской школе международного права. Во-вторых, Т.Ф. Степанов подготовил к печати в 1847 г. двухтомную рукопись курса «Общеправное право в совокупности с дипломатией». К сожалению, о содержании курса Т.Ф.Степанова мы можем судить лишь по косвенным источникам [5]. Тем не менее ряд терминов рукописи не совпадает с терминологией его курса 1847 г. В частности, в рукописи 1844 г. применяются понятия «философское» и «положительное» («практическое») Право Народов [4, с.8, 9], а в курсе Т.Ф.Степанова последнее именуется как «безусловное» и «условное» [5, с.248]. Т.Ф.Степанов использовал термины «самодержавные» и «несамодержавные» государства [5, с.246], в рукописи же 1844 г. указывается: «Основанием всех прав государства, как личных, так и территориальных и по обязательствам, есть его самостоятельность,... в русском переводе Клюбера неправильно названа самодержавием» [4, с.115]. Для установления авторства рукописи 1844 г. необходимо её детальное сравнение с рукописью Т.Ф.Степанова 1847 г., однако местонахождение последней неизвестно.

Каковы же взгляды автора относительно основных вопросов международного права, изложенные в рукописи 1844 г.?

Под предметом «Право Народов» он понимает «изложение взаимных отношений между самостоятельными Государствами по их правам и обязанностям. Законное существование ... многих Государств в одно и то же время, так точно, как законное существование многих людей в одном обществе, предполагает непременно

взаимные права и обязанности, проистекающих уже из самой природы Государств» (с.1). При этом сам этот термин, по мнению автора, не соответствует предмету. Лучшим названием было бы «международное право», но оно, сожалеет автор, «не вошло в употребление» (с.4). Право Народов делится на Философское и Положительное. «Оба они имеют между собой тесную связь: первое служит основанием второму, а второе должно быть выражением первого» (с.8). Источником Философского Права Народов служит разум, а Положительного – трактаты и обычаи. Еще один источник – Аналогия, является частично теоретическим, частично практическим (с.13).

Подвергнув критике отрицателей международного права (с.16 – 37), автор переходит к истории Права Народов. Здесь выделяются три периода: Древний мир, Средние века и Новое время. По его мнению, «как в древнем мире, так и в средние века не существовало Права Народов...: народы не пришли еще к той степени политического развития, чтобы во взаимных отношениях между собой, считали себя юридическими лицами, и чтобы сознавали необходимость взаимных прав и обязанностей, без чего не может быть понятия о Праве Народов» (с.54, 55).

Приступая к изложению основной части курса, автор останавливается на его структуре. «Уподобляя самостоятельные Государства частным лицам, мы будем рассматривать их права и обязанности в том порядке, в каком обыкновенно рассматривается объем частного права, именно будем говорить сначала о правах личных, потом о правах территориальных и, наконец, о правах по обязательствам, которые опять различны во время мира, или во время войны» (с.114).

Основанием всех прав государств, считает он, служит суверенитет или, по старой терминологии, «самостоятельность». В рукописи приводится следующее определение: «Самостоятельность Государства, которой выражением есть его политическая индивидуальность, есть такое состояние Государства, что оно составляет одно отдельное целое, юридическое лицо, независящее от другого, только самостоятельное Государство может быть непосредственно предметом Права Народов» (с.115, 116). Следует обратить внимание на то, что называя в качестве непосредственных субъектов международного права исключительно государства, автор все же допускает возможность для частных лиц «посредственным образом сделаться предметом этого права» (с.116). В другом месте рукописи приводится один из примеров международной правосубъектности индивида. Имеются в виду положения Венского трактата 1815 г., по которому поляки, став подданными Австрии и Пруссии, имели право на свободное перемещение, провоз багажа между двумя государствами и др. «Следовательно, - замечает автор, - нарушение этих прав со стороны одного из Государств, было бы нарушением Права Народов» (с.186).

Чтобы государство считалось суверенным, необходим ряд условий: «1) Законная Верховная Власть; 2) ...Независимость этой Верховной Власти от каких бы то ни было внутренних или внешних отношений; 3) Недопущение другой Верховной Власти, хотя бы совокупно, к таким действиям, которые исключительно должны принадлежать собственной Верховной Власти Государства» (с.117). Все суверенные государства юридически равны между собой вне зависимости от фактического неравенства (с.118). Возникновение государственного суверенитета есть факт, «совершающийся по Философскому Праву Народов и не требующий ничьего признания» (с.120). Однако после Вестфальского мира «в некоторых случаях по Практическому Праву Народов, требуется признание самостоятельности со стороны пяти первоклас-

сных Государств, а также и того Государства, которому прежде принадлежало Государство, признаваемое самостоятельным» (с.121).

Автор выделяет три вида отношений между государствами: а) отношения, которые не уничтожают юридической самостоятельности государств (покровительство, альянсы, личные отношения монархов, акты медиации, гарантия, территориальные повинности, отношения между Папой и католическими государствами); б) отношения, которые уничтожают самостоятельность государств (уплата дани, вассалитет и др.); в) отношения, которые «иногда уничтожают самостоятельность государств, иногда же не вредят ей» (различные виды уний или союзов государств) (с.137 – 169).

К основным или первоначальным правам государства автор относит: а) право на существование; б) право на независимую деятельность во внешних и внутренних делах; в) право на честь; г) право на государственную территорию; д) право на обязательства с другими государствами, куда входят право посольства и право международных договоров; е) право войны (с.170).

Раскрывая содержание права на существование, автор пишет: «И так, следовательно, сосуществование Государств предполагает непременно необходимость каких-то общих для них законов, какого-то Права Народов; законы эти до сих пор осуществляются только в теории, в Философском Праве Народов, но со временем надобно надеяться, что они сделаются положительны по крайней мере для всех образованных Государств» (с.174).

Рассматривая «системы законного сосуществования Государств» (политического равновесия, «центрального тяготения», систему округления), он отмечает, что ни одна из них не может быть принята за основание Права Народов. «Единой системой, совместимой с законным сосуществованием Государств и могущей его обеспечить, был бы Федеральный Союз ... Она только и может сделать Право Народов практическим» (с.195).

Касааясь вопроса о правомерности вмешательства во внутренние дела других государств, автор допускает по Философскому Праву Народов лишь один случай – «если того требует собственная безопасность» (с.205). Причем даже революция не оправдывает вмешательства, «по крайней мере, если она не вредит прямо другому Государству, но на практике подобное вмешательство считается справедливым» (с.211).

По вопросу о приобретении территории, он замечает, что «земли, занимаемые народами и даже дикарями, не могут считаться ничьими» (с.296).

Интересно интерпретируется в рукописи право посольства: «Право посольства, как активное, так и пассивное, служит Верховной Власти всякого самостоятельного и независимого Государства. Дипломатический агент представляет Верховную Власть, и отнюдь не представляет личности Государства, которой представителем есть только Верховная Власть его» (с.376).

В отношении права международных договоров отмечается, что оно «ограничивается натурой самостоятельности Государства; если и случаются обязательства между Государствами, которые не совместны с их самостоятельностью, то это суть исторические факты, не имеющие никакого юридического основания» (с.419).

Весьма обстоятельно излагается в этой научной работе право войны. Прежде чем прибегнуть к войне, считает автор, государства должны исчерпать все возмож-

ные мирные средства разрешения международного спора. К последним относятся протесты, посредничество, жребий и даже поединок (с.440). К «менее насильственным средствам» относятся реторсии и репрессалии, в том числе эмбарго, каперство и др. (с.441 – 443). Автор дает следующее определение войны: «Война есть средство ослабить неприятеля для того, чтобы получить от него удовлетворение за нарушение наших прав; чтобы прекратить это нарушение, если оно еще существует, или наконец, чтобы обеспечить наши права от угрожающего им нарушения, средство, которое употребляется единственно за недостатком других, менее насильственных мер, ведущих к этой цели, и которое должно простираться только до сих пор, пока эта не будет достигнута» (с.444, 445).

Войны ведутся между правительствами, а не между народами. Следовательно, к «законным врагам» относятся: регулярные и нерегулярные войска, партизаны, охотники, милиция, Ландверы, национальная гвардия, военные поселенцы, ополчение и каперы (с.451). При этом каперство, по его мнению, «есть остаток от средних веков, который не сообразен с нашими понятиями» (с.452). Частная собственность по Философскому Праву Народов не может быть предметом военной добычи, но на практике «на море всякая частная собственность неприятельских подданных считается закононою призою» (с.471).

Таковы некоторые основные положения, изложенные в рукописи курса «Право Народов и Дипломатия» 1844 г., которые для своего времени были весьма демократичны. Выступление ее автора в защиту международного права против нигилизма в доктрине и межгосударственной практике, отстаивание идеи международного правосудия в противовес войне как средству разрешения споров, подчеркивание важности принципа суверенного равенства государств и невмешательства в дела друг друга, гуманизация вооруженных конфликтов и многие другие важнейшие тезисы являются и сегодня весьма актуальными.

Представляется, что установление авторства рукописи и ее детальное исследование позволит лучше уяснить историю отечественной науки международного права, проследить логику развития научных идей и выявить перспективы их реализации в практике мирового сообщества.

Список литературы: 1. *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России (1647 – 1917). – М.: Изд-во АН СССР, 1958. – 491 с. 2. *Мартенс Ф.* Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами. – Т.7: Трактаты с Германией. 1811 – 1824. – Спб.: Тип. МПС, 1885. – 10, 440, 1 с. 3. *Мартенс Ф.* Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами. – Т.8: Трактаты с Германией. 1825 – 1888. – Спб.: Тип. МПС, 1888. – 22, 747, 1 с. 4. *Право Народов: Рукопись.* – Б.м., б.г. – 476 с. 5. *Семенов В.С., Ульянова Н.Н.* Первый русский курс международного права // Сов. ежегодник междунар. права, 1960. – М.: Наука, 1961. – С.243 –254. 6. Юридический факультет Харьковского университета за первые сто лет его существования (1805 – 1905) / Сост. *Д.И. Багалей, Н.Ф. Сунцов, В.П. Бузескул.* – Х.: Изд. Ун-та, 1908. – 8, 310, 3 с.

Надійшла до редакції 30.10.2000 р.

УДК 340.112

С.И. Максимов, канд. филос. наук, доцент
*Национальная юридическая академия
Украины имени Ярослава Мудрого,
г. Харьков*

ОНТОЛОГИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ПРАВА

В статье, посвященной выявлению предметной специфики философии права, М.П. Рабинович писал: «Философия права □ это система наиболее общих (предельно общих) знаний об онтологической природе и социальной сущности явления, которое отображается понятием права» [8, с.39]. Не вдаваясь в дискуссию по вопросу о том, с какой степенью полноты в данном определении раскрыт предмет философии права, отметим лишь, что в нем справедливо обращается внимание на один из важнейших аспектов философского осмысления права □ онтологический. Что же имеется в виду, когда говорится об онтологической природе права?

Обычно онтологией называют учение о бытии в себе, а к числу онтологических вопросов относят следующие: Что существует и что может существовать? Какова сущность вещей и каковы условия их существования? На первый взгляд кажется, что онтологические вопросы весьма далеки от тех, которые обычно решают юристы-практики и юристы-теоретики. Тем не менее, они содержат онтологический аспект. За любым вопросом о том, что является правом в каждом конкретном случае, стоит фундаментальный вопрос: «Что есть право как таковое?».

Данный вопрос имеет философский характер, о чем свидетельствует его «вечность» и «неразрешимость». В этой связи вспомним хотя бы известное замечание И. Канта о том, что юристы до сих пор ищут свое понятие права [1, с. 567] или менее известные слова Г. Флобера из его «Лексикона прописных истин»: «Право. – Неизвестно, что это такое» [10, с. 393]. Право, таким образом, предстает перед нами как своеобразный «неопознанный объект».

Сложнейший вопрос о природе права трансформируется в вопрос о том, что значит «быть» для права вообще, т.е. где оно обитает: во внешнем мире или исключительно в человеческом опыте? Другими словами, к какому типу реальности оно принадлежит? «Вопрос...правовой онтологии, □ пишет немецкий философ права А. Кауфман, □ должен гласить: каким способом право причастно к бытию, ...какая модальность бытия... ему подходит, короче: что есть право в своей онтологической структуре, его сущности» [12, с. 119].

Вопрос о том, к какому типу реальности относится право, лишь на первый взгляд не содержит никакой проблемы, а ответ на него не представляет никакого труда, поскольку право за 2,5 тысяч лет своего существования должно быть досконально освоено. Однако известный философ и юрист Е.В. Спекторский подчеркивал: «Юристам кажется, что они знают, с какою реальностью они имеют дело, только до тех пор, пока их об этом не спросят. Если же их спросят, то им уже приходится или самим спрашивать и недоумевать, или же по необходимости решать один из труднейших вопросов теории познания» [9, с. 84].

Проблема определения характера реальности юридического мира была одной из самых дискуссионных в отечественной философии права начала XX в. Она была тесно связана с основным вопросом методологии науки о том, что такое реальность вообще и как относится реальность, которая признается или создается наукой, к той, которая называется эмпирической действительностью. Остроту проблеме придавало многообразие методологических подходов в философии права.

Для Л.И. Петражицкого, который исходил из существования двух типов ре-

альности – физической, т.е. чувственно воспринимаемых предметов, и психической, т.е. внутренних переживаний, право не является элементом чувственного бытия, а сводится к субъективным «переживаниям» прав и обязанностей отдельных людей. Объективация этих переживаний рассматривалась им как фантазмы, метафизическая проекция во внешнем, т.е. чувственном мире [6, с. 259]. Конечно, ученый верно заметил невозможность сведения бытия права к чувственному бытию и производность его предметного бытия от иного типа реальности. Но с тем, что в качестве такой реальности рассматривается психологическая реальность, т.е. один из видов эмпирической реальности, согласиться трудно.

Б.А. Кистяковский как раз и критиковал Л.И. Петражицкого за недооценку институционального бытия права. Сам он выделял четыре основных подхода к праву, которые отвечали четырем концепциям права и по-разному трактовали его реальность: а) аналитический, характерный для догматической юриспруденции и соответствующий позитивистской концепции права как государственно-повелительного явления; б) социологический, соответствующий понятию права как форме социальных отношений; в) психологический, соответствующий психологическому понятию права; г) нормативный, соответствующий аксиологическому понятию права [3, с.188]. С позиций его синтетической общей теории права следует отбросить каждую из четырех концепций как одностороннюю и неадекватную и одновременно признать их как методологические подходы, соответствующие четырем граням (аспектам) права как совокупности культурных феноменов. Впоследствии он сделал акцент на социокультурную реальность права как бытие идей, представлений, ценностей, укорененных в культуре народа.

Е.В. Спекторский особенность реальности права пытался выявить при сопоставлении различных видов реальностей, как-то: а) реальность логических истин, которые достоверны не только субъективно, но и объективно; б) реальность геометрических (математических) истин, которые, с одной стороны, так же трансцендентальны, как и логические истины, т.е. сами собой раскрываются в сознании людей одинаковым образом, с другой – обязательны и действительны для чувственного мира; в) реальность исторических истин, являющихся при посредстве всякого рода памятников и документов; г) реальность морального мира (нравственная реальность) [9, с.86, 87].

Для того, чтобы выйти из бесконечного многообразия определений природы права, и одновременно не потерять присущего последнему богатства своих проявлений, следует, на наш взгляд, обратиться к категории правовой реальности как методологическому средству, адекватному для решения поставленной задачи.

Концепция правовой реальности («картина мира права») задается образом права, представленным в правосознании. Она складывается из взаимодействия: а) теорий различного уровня, в том числе и философского, а также правовой идеологии, включая ее воплощение в конституции; б) нормативных документов, принадлежащих к различным уровням правового регулирования; в) обыденного опыта, имеющего дело с проявлениями правовой жизни — правонарушениями, практикой соблюдения прав человека, соглашений и т.д., — и позволяет строить гипотезы, версии, ощущать, что представленное в них произошло и происходит на самом деле.

Что же следует понимать под правовой реальностью? Различают широкий и узкий смыслы этого понятия. В широком смысле под правовой реальностью понима-

ется вся совокупность правовых феноменов: правовых норм, институтов, наличных правоотношений, правовых концепций, явлений правового менталитета и т.п.; в узком – имеются в виду только базовые правовые реалии, по отношению к которым все остальные правовые феномены оказываются производными, и тогда под правовой реальностью в различных направлениях и научных школах принято понимать или правовые нормы (нормативизм), или правоотношения (социологическое направление), или правовые «эмоции» (психологическое направление) [4, с.79].

На наш взгляд, хотя широкий и узкий смыслы понятия «правовая реальность» и различаются, их все же не следует абсолютно противопоставлять, поскольку общая картина правовой реальности будет зависеть от того, что будет принято в качестве базисного феномена. Поэтому нами предлагается интегральная концепция правовой реальности как мира права, который конструируется из правовых феноменов, упорядоченных путем развертывания из базисного в зависимости от отношения к нему, как к «первореальности» права.

Правовая реальность не представляет какую-то субстанциальную часть реальности, а является лишь способом организации и интерпретации определенных аспектов социальной жизни, бытия человека. Но этот способ настолько существен, что при его отсутствии распадается сам человеческий мир. Поэтому мы представляем его как реально существующий. Уже в этом обнаруживается отличие бытия права от бытия собственно социальных объектов. Ибо мир права — это мир долженствования, а не существования.

Введение в контекст методологических и мировоззренческих проблем правоведения категории «правовая реальность» позволяет рассматривать право не просто в качестве надстроечного явления (общественного отношения, института, формы общественного сознания), живущего лишь отраженной жизнью экономической структуры общества, или, наоборот, отождествлять его с моралью, а как особый мир, автономную область человеческого бытия, имеющую собственную логику и закономерности, с которыми нельзя не считаться. Смысл проблемы правовой реальности заключается в выяснении, «что» есть право и «как» оно есть. Главной здесь является проблема бытия права, включающая вопрос о его онтологических основаниях, т.е. о его укорененности в человеческом существовании.

В то же время следует учитывать специфичность онтологии права, поскольку бытие права — это особый модус бытия, «бытие-долженствование». Право — сфера должного, т.е. того, чего в привычном смысле нет, но реальность которого тем не менее значима для человека. Это обстоятельство позволяет некоторым исследователям отрицать онтологический характер права, т.е. взятое в онтологическом смысле особое бытие права, а следовательно, самостоятельную онтологию права. Последнее относится не только к нормативистской теории Г.Кельзена [13], но и к некоторым экзистенциалистским теориям, в частности теории Э.Фехнера [11].

Что же выступает онтологическим основанием права, т.е. чему обязано право своим происхождением? Совершенно очевидно, что фундаментом права не могут выступать природа и природные законы, как и космос в целом, хотя сейчас и встречаются попытки возродить характерные для античности представления о космических основаниях права [5, с.27-30]. Право есть внеприродное явление, и никаких основ права в природе обнаружить невозможно. Природа есть царство объектов, а право — сфера взаимодействия субъектов.

Можно ли считать в таком случае субстанциональной основой права общество? Хотя право и возникает только в обществе, связано с ним и даже обладает социальной сущностью, но эта сущность уже не собственно права, а его проявлений. Если провести мысленный эксперимент и представить модель, картину социальной реальности (общества) в духе социального холизма, т.е. как самостоятельную и самодовлеющую реальность, где отдельный индивид не обладает самостоятельным бытием, а подчинен целому, то можно заключить, что такое общество в праве не нуждается. Не нуждается в праве и отдельный изолированный индивид в его самодостаточном существовании. Право не является порождением собственно социальных или индивидуальных потребностей. Поэтому говорить о какой-либо субстанциональной основе права не имеет смысла. Однако это не значит, что право совершенно не укоренено в бытии человека. Правовая реальность обнаруживается в таком аспекте бытия человека, когда он соприкасается с бытием другого и это совместное существование грозит обернуться произволом. Следовательно не любое человеческое взаимодействие выступает основой права, а лишь то, которое содержит моменты долженствования, ограничивающего этот произвол. Поэтому взаимодействие субъектов выступает основанием права не в субстанциальном, а в социально-идеальном, деонтологическом смысле. Более подробный анализ отношений «Я – Другой» привел бы нас к антропологической проблематике. Сейчас же мы сосредоточим свое внимание на социально-идеальном аспекте правовой реальности, что переводит наше исследование в плоскость «феноменологической онтологии».

Если попытаться описать правовую реальность, то она предстанет перед нами как особое, надэмпирическое бытие. Его нельзя ни отождествлять с эмпирической (социальной) реальностью, ни выводить из нее, ни сводить к ней. Е.В. Спекторский подчеркивал: «Мир права — это совсем особый мир, как бы надстраиваемый юриспруденцией над эмпирической действительностью, причем она очень широко используется... целым рядом презумпций, конструкций и фикций, весьма далеких от эмпирической действительности» [9, с.80]. Ведь даже понятие физического лица, по его мнению, является лишь метафизическим придатком к эмпирическому человеку, оно является как бы метафизической маской, *личиной*, надеваемой на людей юриспруденцией и судом. Не случайно понятие *persona* было заимствовано юриспруденцией от названия одной из масок, которую надевали римские актеры [9, с. 80].

Деонтологический мир, т.е. мир права и нравственности возможен лишь в случае соблюдения, как минимум, следующих двух условий: а) признания свободы воли, т.е. полной возможности каждого лица поступать так или иначе и в соответствии с этим исполнять или не исполнять свою нравственную или юридическую обязанность; причем для права это требование оказывается особо значимым; б) признания принципиальной возможности нормы должного, т.е. критерия добра и зла, справедливости или несправедливости, предписывающего поступать так, а не иначе, и в соответствии с этим оценивающего человеческие поступки как добрые и злые, справедливые и несправедливые. В позитивном праве это вполне осязаемые и объективные критерии — законы. Однако проблематика естественного права ставит еще вопрос о сверхпозитивном критерии, с позиций которого могут оцениваться не только поступки людей, но и сами законы.

Предпосылки человеческой свободы и нормы должного составляют логический минимум деонтологической реальности. Связь между этими модусами такова:

если человек несвободен, то он не отвечает за свои поступки, а если он не отвечает за свои поступки, то ни о каких деонтологических нормах не может быть и речи. Причем, здесь модальность онтологическая (свобода) через средний член (ответственность) переходит в модальность деонтологическую (обязанность). Посредством этих смыслов и значений раскрываются условия возможности, или предельные основания как права, так и нравственности. Эти смыслы есть некий код, пароль, пропускающий в эти реальность и пространство, существующие параллельно с эмпирическими реальностью и пространством.

Человек, будучи существом разумным и свободным в то же время является существом подзаконным. Но он подчиняется законам и деонтологического, этического порядка и эмпирически-онтологического, причинного порядка. Это две реальности, в которых человек живет и с позиций которых рассматриваются его действия. В рамках деонтологической реальности преступление есть нарушение свободной волей нормы должного, предписывающей людям воздерживаться от известных деяний, т.е. на самого преступника надевается маска нравственной личности, обладающей свободой воли и связанной деонтологической нормой; а под этой маской все и каждый поднимаются на одинаковую высоту — они признаются равно свободными. В этом заключено особое величие права. С позиций же онтологически-эмпирической реальности, где все подчинено причинному детерминизму, преступник есть раб биологической природы и социальных обстоятельств, а потому здесь нет места для свободы воли. Способность видеть мир не только с позиций причин и следствий, потребностей и интересов, но и с позиций значимости развивается философией права, тесно связанной с нравственной философией.

Можно сказать, что статус правовой реальности по своей надежности аналогичен статусу реальности логических и математических истин. Поэтому с этой позиции мир права может быть сравним с «третьим миром» К. Поппера [7, с. 439-440] и даже включен в него, как в мир идей вообще, связанных между собой правилами логики. При этом право имеет онтологическую природу, близкую природе моральной реальности. То общее, что присуще и праву и морали, есть долженствование. Поэтому юридический мир не есть реальность ни чувственно воспринимаемого мира, ни душевных состояний, а реальность деонтологическая, «невидимая», хотя и имеющая свое проявление в эмпирическом мире. Так, реальность, например, суда — это не здание и не эмоции участвующих в заседании лиц, а некий особый способ функционирования данного учреждения, позволяющий регулировать правовые конфликты путем замены прямого насилия языковым дискурсом. Главное в реальности права в целом и каждого из правовых феноменов заключается в особом способе его проявления, в том, что оно *действует* на человека. Это особый вид действия, т.е. действие не по внешней причине, а по внутреннему побуждению. Оно относится к сфере *значимости*, отличающейся от сферы *эмпирически-социальных проявлений*.

Здесь мы имеем дело с особой логикой — деонтической. В соответствии с этим и познавательные средства должны быть особые, отличающиеся от тех, которые применяются при познании эмпирического мира, поскольку сочетают в себе познавательные и оценочные моменты. В связи с этим судья должен решать дело прежде всего в категориях деонтологии — свободной воли, вменения, ответственности и т.д. и затем уже в категориях эмпирической онтологии — наследственности, социальной среды и т.п., не подменяя первого вторым.

В то же время деонтологическая реальность по-разному проявляется в сфере положительного и естественного права. Так, мир позитивного права, или юридическая реальность, отличается от иного выражения деонтологической реальности — мира нравственности тем, что познается через совершенно осязаемые внешние признаки, т.е. благодаря предметности, или позитивности. Эта предметность в основном аналогична той, по которой судят об исторической реальности, т.е. печатный или письменный документ (текст), на основе которого делают заключение об объективности нормы, сделки, преступного деяния и т.п. Такой характер юридической предметности (языковой текст) делает возможной аналитическую и герменевтическую интерпретацию права.

Естественное право, в отличие от права позитивного, не имеет «официальной» предметной формы, и этим оно онтологически близко к нравственности, что дает повод некоторым ученым отождествлять естественное право с моральными нормами. При постановке проблемы естественного права делается попытка преодолеть любую относительность, связанную с пространственно-временной определенностью права, теми субъективными моментами, которые привносятся опытом отдельных лиц, народов и исторических эпох. В силу этого нормативная действительность права представляется такой же необходимой, как и действительность логических и математических истин.

Таким образом, на уровне сущности право представляет собой мир социальной идеальности, которая сродни истинам логики и математики. Не случайно эта сторона права передается такими метафорами, как «логика ценностей» или «математика свободы». Разница, на наш взгляд, заключается в том, что математика — это идеальная реальность отношений между вещами, а право есть идеальная реальность отношений между людьми.

Признание права в качестве автономной реальности, не сводимой к другим реальностям, влечет за собой признание безусловной ценности права, т.е. нередуцируемости права ни к каким другим ценностям, чего нельзя достичь ни при сведении права к чисто субъективной (психологизм), ни к чисто объективной (экономизм) реальности.

Особый характер правовой реальности, состоящий в том, что это надэмпирическая реальность должностования, вызывает необходимость в особой операции, утверждающей правомерность этих требований, их обоснованность, оправданность и признанность. Данная операция носит название *легитимации*. Для легитимации наиболее общих правовых требований достаточно их признания, т.е. установление их в качестве самоочевидных оснований для деятельности без глубокого проникновения в их смысл. Если данные требования не столь очевидны, их признание предваряется обоснованием на отвлеченно-философском уровне (по отношению к естественному праву) или оправданием (по отношению к позитивному праву). Полная операция легитимации предполагает обоснование, оправдание и признание права в качестве ценности.

Выявление специфики правовой реальности показало, что она представляет особый род бытия — идеального, суть которого есть должностование, сфера которого конституирует человека как человека. Это «бытие-в-сознании» имеет смысловое строение. Способ же существования смыслов весьма многопланов. «Смыслы укоренены в бытии, существенным аспектом которого являются человеческая деятель-

ность, общение и действие. Смыслы не только укоренены в бытии, но и опредмечиваются в действиях, в языке, в отраженных и порожденных образах, в метафорах, в символах, в мифах» [2, с.171]. Смыслы права также находят выражение в ментальных установках, идеях и теориях, в знаково-символической форме норм и институтов, в человеческих действиях и отношениях, т.е. в различных проявлениях правовой реальности.

Список литературы: 1. Кант И. Критика чистого разума. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1999. – 672 с. 2. Зинченко В.П., Моргунов Е.Б. Человек развивающийся. Очерки российской психологии. □ М.: Тривола, 1994. □ 304 с. 3. Кистяков-ский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. □ М.: Изд. М. и С. Сабашниковых, 1916. □ 704 с. 4. Малинов-ва И.П. Философия права (от метафизики к герменевтике). □ Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. юрид. акад., 1995. □ 145 с. 5. Пермяков Ю.Е. Лекции по философии права. – Самара: Самар. ун-т, 1995. □ 120 с. 6. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб: Лань, 2000. – 608 с. 7. Понпер К. Логика и рост научного знания. – М.: Прогресс, 1983. – 606 с. 8. Рабинович М.П. Философия права: деякі наукознавчі аспекти // Вісн. Акад. правових наук України. □ Х.: Право, 1997. □ №1 (8). □ С. 36-46. 9. Спекторский Е. Юриспруденция и философия // Юрид. вестн. □ М.: Тип. Г. Лисснера и Д. Собко, 1913. – Кн. 2. – С. 60-92 10. Фло-бер Г. Избранные сочинения: Пер. с фр. – М.: Дружба народов, 1994. – 416 с. 11. Fechner E. Rechtsphilosophie: Soziologie und Metaphysik des Rechts. – Tubingen: Mohr, 1956. – 297 s. 12. Kaufmann A. Rechtsphilosophie im Wandel: Stationeneines Weges. □ Frankfurt a. M.: Athenaum, 1972. □ 420 s. 13. Kelsen H. Rein Rechtslehre. – Wien, 1960. – 323 s.

Надійшла до редакції 13.11.2000 р.

Трибуна Молодого Вченого

УДК 342.3

Е.В. Зинченко, ассистент кафедры
украиноведения и политологии
Инженерно-педагогическая академия,
г. Харьков

СОСТАВ И СТРУКТУРА ГОСУДАРСТВЕННОГО СОВЕТА РОССИИ (1906-1916 гг.)

В современных условиях построения и развития Украинского правового государства поднимается вопрос о превращении Верховной Рады в двухпалатный парламент. Президент Украины Л.Д. Кучма многократно подчеркивал необходимость осуществления административной реформы, важной частью которой должно стать учреждение верхней палаты с целью повышения эффективности законодательного процесса. По словам английского правоведа С. Лоу, верхняя палата, несмотря на присущие ей недостатки, в высшей степени полезна и необходима [5, с. 354]. Она побуждает народную палату, способную увлекаться порывами страстей и желаниями разрушать, к размышлению и взвешиванию, представляет собой систему тормозов и противовесов демократической поспешности, эксцессам необузданности и партийной несдержанности в законодательстве [5, с. 348, 357]. Особенно важна такая роль в эпоху реформирования государственного строя.

В связи с этим небезынтересно обратиться к опыту устройства и функционирования двухпалатного парламента и особенно верхней палаты государств, учре-

ждавших ее в условиях перехода от диктатуры к либеральным порядкам. С этой точки зрения, на наш взгляд, приобретает значимость реформирование Государственного Совета в России, представлявшего верхнюю палату учрежденного в 1906 г. народного представительства.

Состав, структура и прерогативы реформированного Государственного Совета были определены Манифестом 20 февраля 1906 г., Учреждением Государственного Совета 23 апреля 1906 г. и Основными Государственными Законами в редакции от 23 апреля 1906 г. [2]. Манифест декларировал намерение самодержца создавать народное представительство из двух палат – Государственной Думы и Государственного Совета, намечал основные принципы устройства палат, а остальные акты их конкретизировали. Если старый Государственный Совет состоял из общего собрания и четырех департаментов, то реформированный – из общего собрания, двух департаментов, двух присутствий и государственной канцелярии [9, с. 8, 11, 144-171].

Государственный Совет формировался из равного числа назначаемых и избираемых советников. Закон прямо говорил, что избираемая половина верхней палаты могла быть распущена в любой момент властью самодержца [2, с. 145]. Что касается назначаемых советников, то «члены по Высочайшему назначению увольняются только по их о том просьбам», т.е. они были фактически несменяемы [2, с. 145].

Однако император по-своему толковал закон. Так, статья 11 Учреждения Государственного Совета гласила, что состав назначаемых и избираемых советников ежегодно публикуется для всеобщего сведения. Монарх делал из этого положения тот вывод, что число назначаемых членов Государственного Совета подлежит ежегодному обновлению. В результате к началу каждого года из публиковавшихся списков назначаемых советников исчезали неудобные властям лица. С апреля 1906 г. до конца 1912 г. было заменено 42 назначаемых советника [8, с. 1357]. Правительство прибегало и к временному устранению из общего собрания Государственного Совета отдельных членов путем отправки их повелением императора в принудительный отпуск.

Самодержец очень тщательно подбирал кандидатов в советники. В составе назначенных на 1907 г. членов Государственного Совета было 38 действительных тайных советников, 21 тайный советник, 10 генерал-адъютантов, 11 генералов и адмиралов, 1 обер-камергер, 2 обер-гофмаршала, 2 обер-егермейстера, 8 гофмейстеров, 7 шталмейстеров и 2 егермейстера. В их число входили князья, графы, бароны, сенаторы и статс-секретари [1, с. 28-30]. Это свидетельствует, что все они были преданы императору, обладали многолетним опытом государственного управления и несли ответственность за функционирование его конкретных участков. Император ежегодно назначал председателя и его заместителей из числа назначаемых членов Совета. Они также принадлежали обязательно к высшей правительственной бюрократии, имевшей опыт государственного управления. В случае разделения голосов поровну при голосовании голос председателя давал перевес, чего не было ни в одной конституции мира [2, с. 144, 153; 3, с. 664, 669]. Выборные и назначаемые советники присягали «перед Всемогущим Богом» хранить верность «Его Императорскому Величеству» [2, с. 167].

Выборы второй части советников осуществлялись по куриально-цензовой системе. Членом Государственного Совета не могли быть избраны лица моложе 40 лет, не владеющие русским языком, не имеющие среднего образования, женщины, ино-

странцы, военнослужащие действительной службы и представители кочевых народов [2, с. 145-147]. Избрание членов верхней палаты проходило по пяти куриям. Первую из них составляло духовенство. От православной церкви Синод избирал 6 советников: 3 из «белого» и 3 из монашесствующего духовенства [2, с. 146]. Шесть советников избирались 9-ю членами Синода, что противоречило существу выборов и фактически являлось назначением.

Вторую курию составляли губернские земские собрания, избиравшие 34 советника [2, с. 146]. Последние представляли крупных дворянских землевладельцев. Крупноземлевладельческий характер земства как избирательной коллегии для выборов в Государственный Совет усиливался повышенным (утроенным) пассивным избирательным цензом. К этой группе примыкали 26 членов Совета от губерний, где не было введено земство. В каждой из них созывался съезд землевладельцев с полным земским цензом (не менее 200 дес.), который избирал одного советника из числа землевладельцев с утроенным цензом (не менее 600 дес.) [4, с. 862].

Третья курия состояла из дворянских обществ [2, с. 146]. Из каждой губернии дворянство делегировало по два выборщика, которые на съезде избирали из своей среды 18 членов Государственного Совета. Поскольку дворяне участвовали в выборах только при условии земельного ценза, то и эта группа советников представляла крупнопоместное дворянство. Двенадцать выборных членов Государственного Совета являлись представителями торговцев и промышленников и 6 – академии наук и университетов [2, с. 146; 4, с. 863]. Члены Государственного Совета по выборам избирались сроком на 9 лет. Каждые 3 года одна треть означенных выше разрядов советников выбывала в очередном порядке. Взамен выбывших избиралось такое же число советников.

Изучение выборного состава Государственного Совета свидетельствует, что и в нем подавляющее большинство составляли князья, графы, бароны, сенаторы, статс-секретари, действительные тайные советники, старшие генералы и адмиралы, гофмейстеры, архиепископы, мануфактур-советники и комерц-советники. Из этого следует, что они, как и назначаемые советники, обладали многолетним опытом государственного управления, а крупные земельные владения, коммерческие заведения и промышленные предприятия обеспечивали их материальную независимость.

Достойное место в Государственном Совете занимала Украина. Так, в 1906-1909 гг. она делегировала 27 членов Государственного Совета, что превышало одну четверть его избираемого состава [6, с. 576-629]. Харьковщина была представлена от губернского земского собрания П.М. Лазаревым, В.Н. Ламздорфом, Я.В. Кучеровым, а от университета – его ректором профессором Д.И. Багалеем [6, с. 578, 597]. Были избраны советниками и такие известные выходцы из Украины, как академики А.С. Лаппо-Данилевский и В.И. Вернадский, а также выпускник Харьковского университета профессор М.М. Ковалевский.

Председатели и члены департаментов ежегодно назначались императором из числа назначаемых советников, из чего следовало, что состав департаментов мог ежегодно обновляться. Ведению первого департамента подлежали дела о заповедных имениях, об утверждении в княжеском, графском и баронском достоинствах, о передаче дворянам фамилий, гербов и титулов, о должностных преступлениях высших чиновников и членов обеих палат [2, с. 157]. Предоставление департаменту Государственного Совета права предавать членов палат суду, хотя и с их согласия, но при

условии, что рассмотренные в нем дела поступали на высочайшее утверждение, минуя общее собрание Совета [2, с. 160], позволяло правительству изымать из палат народного представительства опасных для него членов оппозиции. Второй департамент занимался постоянным контролем за деятельностью государственных банков и других финансовых учреждений.

Особые присутствия – По делам о принудительном отчуждении имущества и вознаграждении их владельцев и – Для предварительного рассмотрения всеподданнейших жалоб на определения Правительствующего Сената – формировались каждый в отдельности из назначаемых императором советников. О характере дел, подлежащих их ведению, говорят сами названия [2, с. 162-164]. Заключение особых присутствий по рассмотренным делам направлялись на утверждение императору, минуя общее собрание Государственного Совета [2, с. 163].

Государственная канцелярия, состоявшая из отделений, представляла собой управление по делопроизводству общего собрания Совета, департаментов и особых присутствий. Канцелярией заведовал государственный секретарь на уровне министра со своим заместителем. Отделениями заведовали статс-секретари. Государственному секретарю принадлежало «высшее заведование» государственной типографией, библиотекой и архивом Государственного Совета. На канцелярию возлагалось издание Свода Законов и Полного Собрания Законов. Государственный секретарь, статс-секретари, их помощники и начальник государственной типографии назначались и увольнялись царскими указами, остальные чиновники – государственным секретарем [2, с. 164-167].

Как видим, Государственному Совету не было предоставлено права формировать свои внутренние структуры и руководить ими. Самодержец отдельно назначал и смещал членов общего собрания, департаментов, особых присутствий и государственной канцелярии, превращал эти структуры в самостоятельные инстанции, которые только ему направляли на утверждение рассмотренные дела, минуя общее собрание.

Учреждение народного представительства не означало ликвидации самодержавия. Новая редакция Основных Государственных Законов, коснувшаяся прежде всего дефиниции сущности самодержавной власти, внесла в этот вопрос полную ясность. Так, если в старом тексте статья 4-я гласила, что «Императору Всероссийскому принадлежит верховная самодержавная и неограниченная власть», то в новой редакции слово «неограниченная» было опущено [2, с. 54]. Но и без этого слова данная статья подтверждала незыблемость самодержавия.

Существенной особенностью изменений являлось и то, что пересмотр Основных Государственных Законов Государственным Советом и Государственной Думой допускался единственно по почину государя [2, с. 71]. Император полностью оставил за собой и всю полноту исполнительной власти. Он назначал и смещал ответственное только перед ним правительство, являлся неограниченным верховным главнокомандующим армией и флотом и судьей в последней инстанции [2, с. 55-57]. Вместе с тем ст. 84 и 85 девятой главы Основных Государственных Законов провозглашали правовой характер Российского государства: «Империя Российская ... управляется на твердых основаниях законов ... Сила законов равно обязательна для всех без изъятия российских подданных» [2, с. 68]. Глава VIII этого же акта ст. 69-83 провозглашала права и обязанности подданных [2, с. 66, 67].

Учреждая народное представительство под неудержимым революционным напором масс, самодержец стремился создать систему эффективного контроля за ходом реформирования страны и управлением государством. Государственный Совет также был задуман как средство обуздания страстей народных избранников и обеспечения созидательного законотворческого процесса.

Изложенный материал позволяет прийти к следующим выводам. Устройство верхней палаты народного представительства России 1906-1916 гг. имело недостатки, из которых необходимо извлекать исторические уроки. Это преобладание в ней дворянства, полное отсутствие представителей городского самоуправления, устройство по принципу, что часть равна целому, повышенный имущественный ценз, курialsкая система выборов, ежегодные произвольные увольнения назначаемых советников.

В то же время именно эта палата комплектовалась представителями интеллектуальной элиты страны, учеными, отцами церкви, высшими чиновниками, умудренными опытом государственного управления, преданными носителю верховной власти и материально независимыми, а также представителями конкретных местных интересов производственного характера. Именно это позволило Государственному Совету сделаться «охранительной палатой», системой тормозов и противовесов возможной деструктивной деятельности народной палаты.

Учреждая двухпалатное представительство, самодержец отпустил народу ровно столько свобод, сколько было безопасно для сохранения государственности. «Строй Думской монархии со всеми его теоретическими и практическими недостатками, – подчеркивал историк С.С. Ольденбург, – был для России XX в. *тою мерою свободы*, которая – по выражению Бисмарка – существует для всякого государства и превышение которой быстро приводит, через анархию, к утрате всякой свободы» [7, с. 362].

Опыт формирования Государственного Совета может быть использован сегодня и в Украине. Достойна подражания интеллектуальная и духовная элитарность состава верхней палаты при наличии в Украине мощного научного потенциала и целой сети религиозных конфессий. Это внесло бы стабильность не только в работу парламента, но и в жизнь всего общества. Важным стабилизирующим фактором, обеспечивающим целостность страны и государства, стало бы комплектование верхней палаты представителями регионов. Не стоит отбрасывать и принцип формирования палаты – соединение назначаемости с выборностью.

Использование отмеченного опыта обеспечило бы крайне необходимую сегодня Украине рациональную и эффективную систему тормозов и противовесов, сдерживания дестабилизирующей деятельности партий, защиты не партийных, а более близких избирателям региональных интересов, гарантировало бы парламент от влияния сиюминутных общественных настроений, от чрезмерной поспешности и накала политических страстей, пресекало бы распространение правового нигилизма и правовую инфляцию, создавало бы нормальные условия политического и экономического реформирования страны.

Список литературы: 1. Именной Высочайший Указ Правительствующему Сенату 1 января 1907 г. // Право. – 1907. – № 1. – С. 28-30. 2. Конституция российской Империи. – Спб.: Экон. тип., 1907. – 240 с. 3. Лазаревский Н.И. Второе учреждение Государственной Думы // Право. – 1906. – № 8. – С. 658-670. 4. Лазаревский Н.И. Реформа государственного Совета // Право. – 1906. – № 10. – С. 857-865. 5. Лой

Сидней. Государственный строй Англии. – М.: Тип. И.Д. Сытина, 1910. – 446 с. 6. Общий список членов Государственного Совета // Госуд. Совет: Сб. узаконений и постановлений. – Спб.: гос. тип., 1910. – С. 576-629. 7. Ольденбург С.С. Царствование Императора Николая II. – М.: Terra, 1992. – 641 с. 8. С.-Петербургское юридическое общество // Право. – 1913. – № 21. – С. 1352-1359. 9. Учреждение Государственного Совета. – Спб.: Гос. тип., 1901. – 132 с.

Надійшла до редакції 20.12.1999 р.

УДК 347.736

Н.В. Плевако, адвокат
г. Днепропетровск

О ЛИЧНЫХ ТРЕБОВАНИЯХ В ПРОИЗВОДСТВЕ ДЕЛ О БАНКРОТСТВЕ

В процессе развития торгового оборота был выработан специальный институт, нормы которого призваны регулировать отношения, возникающие в связи неплатежеспособностью предпринимателя. Первоначально его нормы использовались в основном для защиты интересов кредитора, что нашло свое закрепление в наименовании первого закона Украины, посвященного отношениям, возникающим из несостоятельности одного из контрагентов, «О банкротстве» [1; 1992. – № 31. – Ст.44]. Практика жизни показала, что государству выгоднее сохранять, а не ликвидировать лиц занимающихся предпринимательством, в связи с чем в этот институт были включены нормы, регулирующие сохранность активов должника с одновременным удовлетворением требований кредиторов, а также возможность заниматься предпринимательством и после признания его банкротом. Понятно, что это отразилось и в наименовании нового закона, который теперь именуется как Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» (далее – Закон) [1; 1999. – № 42. – Ст. 378].

Первоначально нормы, регулирующие банкротство, не распространялись на физических лиц. Но с ростом малого предпринимательства возникла необходимость в рассмотрении дел о неплатежеспособных граждан-предпринимателей в том же порядке, что и юридических лиц, т.е. в арбитражном суде. В предпринимательской деятельности граждане существуют как бы в двух ипостасях – как физические и как юридические лица. Так, ст.59 проекта ГК Украины устанавливает, что к предпринимательству физических лиц применяются правила, регулирующие аналогичную деятельность юридического лица.

Права гражданина как физического и юридического лица находятся в определенной связи. Например, такие из них как родство, право на жизнь, здоровье, регулируются как ГК Украины, так и нормативными актами, посвященными предпринимательской деятельности граждан, именующимися «требования личного характера». Например, сделки граждан-предпринимателей, связанные с отчуждением или передачей иным способом имущества в течение года заинтересованным лицам, до возбуждения производства по делу о банкротстве могут быть признаны судом недействительными по заявлению кредиторов (п.9 ст.47 Закона).

Статья 1 Закона признает заинтересованными лицами супругов и их детей, родителей, братьев, сестер, внуков, т.е. лиц, находящихся в брачных или родствен-

ных отношениях с лицом, против которого возбуждено дело. Передача имущества предпринимателем своим родственникам, как правило, преследует цель уменьшить вероятность удовлетворения требований кредиторов. Возможно, что данные сделки преследуют цель не только умалить требования кредиторов, но и сделать должника неплатежеспособным.

Заявление о возбуждении дела о банкротстве может быть подано в арбитражный суд самим предпринимателем, являющимся должником, или его кредиторам. Основанием для этого служит неплатежеспособность предпринимателя, возникшая в связи с предпринимательской деятельностью. Если таковая возникла по другим причинам, дело о банкротстве не возбуждается, а должник возмещает ущерб по правилам ГК в судах общей юрисдикции. Однако ряд требований в процессе производства по делу о банкротстве могут быть рассмотрены арбитражным судом. Так, лица, имеющие требования, связанные с обстоятельствами, возникшими в результате причинения вреда жизни и здоровью граждан, со взысканием алиментов, а также иные требования личного характера, вправе заявить их в процессе производства по делу о банкротстве.

Одновременно с принятием заявления арбитражный суд налагает арест на имущество предпринимателя, за исключением того, на которое согласно процессуальному законодательству не может быть обращено взыскание по исполнительным документам. Виды такого имущества установлены в Приложении к Закону Украины «Об исполнительном производстве» [1; 1999. – № 24. – Ст. 207]. В этот перечень включены продукты питания, одежда, предметы домашнего обихода, топливо, необходимое для должника и его семьи, все детские принадлежности, предметы, необходимые для профессиональных занятий должника и др., что вполне гарантирует удовлетворения личных нужд должника и членов его семьи в названных в Законе пределах.

В случае заключения договора поручительства либо иного соглашения, обеспечивающего исполнение обязательств третьим лицом, арбитражный суд может освободить из-под ареста имущество должника или его часть. По своей природе это санкции, т.е. меры, осуществляемые при производстве дела о банкротстве в целях предупреждения признания должника банкротом и его ликвидации. По договору поручительства (ст.576 ГК) поручитель обязывается перед кредитором отвечать за исполнение должником обязательств в полном объеме или частично. В случае неисполнения последнего поручитель отвечает перед кредитором как солидарный должник. Когда поручителем выступают банк, кредитное учреждение, страховщик или иное лицо, для которого поручительство является профессиональной предпринимательской деятельностью, они несут перед кредитором ответственность в пределах суммы, указанной в гарантии, если иное не предусмотрено условиями соглашения. Закон не говорит, какие иные средства обеспечения исполнения обязательства могут быть использованы. Все они подразделяются на обязательственно-правовые и вещно-правовые (ст.570ГК). Наряду с поручительством к обязательственно-правовым средствам обеспечения исполнения обязательства лицом, против которого возбуждено дело о банкротстве, может быть отнесена гарантия. Под ней понимается обязательство банка, кредитного учреждения, страховой организации, выдавшей по просьбе лица, за которого гарант обязуется уплатить кредиторам, в соответствии с условиями гарантийного обязательства денежную сумму после подачи кредитором требования о

ее выплате (ст.583 ГК). К вещно-правовым средствам обеспечения исполнения обязательств законодательство относит залог и удержание.

Если залог достаточно полно исслеодван, то удержание является ранее неизвестным институтом в гражданском праве. Статья 605 ГК устанавливает, что кредитор, у которого находится вещь, принадлежащая должнику, в случае невыполнения им обязательства по оплате ее или компенсации кредитору связанных с ней затрат и других убытков, имеет право удерживать вещь до тех пор, пока обязательство не будет исполнено. Удержание может обеспечивать и другие требования кредитора, в том числе и возникшие в связи с возбуждением дела о банкротстве.

Одним из оснований приостановления дела о банкротстве является наличие сведений об открытии наследства в пользу пред-принимателя. Закон в ст. 26 устанавливает, что в ликвидационную массу включается имущество, принадлежащее ему на дату открытия и выявленное в ходе ликвидационной процедуры. К последнему можно отнести и открытие наследства (ст.48). Однако для включения наследуемого имущества в ликвидационную массу оно должно быть не только открыто, но и принято предпринимателем, а при отсутствии же его согласия на принятие оно не может стать собственностью наследника.

Арбитражный суд имеет право по мотивированному ходатайству предпринимателя или других участников производства по делу о банкротстве исключить из состава ликвидационной массы имущество, если оно является неликвидным или доход от его реализации существенно не повлияет на удовлетворение требований кредиторов. Общая стоимость имущества, исключаемого из состава ликвидационной массы не может превышать две тысячи гривен. С целью исключения злоупотреблений перечень такого имущества утверждается арбитражным судом, о чем выносятся определение, которое может быть проверено в порядке надзора.

Если в течение срока, предоставленного предпринимателю для удовлетворения расчетов с кредиторами или заключения с ними мирового соглашения, указанные мероприятия не будут осуществлены, суд признает его банкротом и открывает ликвидационную процедуру. С этого времени сроки исполнения обязательств предпринимателя считаются наступившими, прекращаются начисление неустойки, процентов с других финансовых (экономических) санкций по всем обязательствам, а также взыскание с него по всем исполнительным документам. Эти правила установлены в связи с тем, что удовлетворение указанных требований с окончанием ликвидационной процедуры становится невозможным в связи с отсутствием у предпринимателя необходимого имущества. Исключения сделано только для личных требований кредиторов. Взыскание алиментов, возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью другим гражданам, подлежат удовлетворению и в процессе осуществления ликвидационной процедуры.

Постановление арбитражного суда о признании предпринимателя банкротом и исполнительный лист об обращении взыскания на его имущество направляются судебному исполнителю для осуществления реализации этого имущества. Продаже подлежат все имущество банкрота, за исключением не включенного в состав ликвидационной массы. Средства, полученные от продажи, а также изъятые у банкрота наличные деньги вносятся на депозитный счет нотариальной конторы и используются по решению арбитражного суда, признавшего гражданина банкротом.

Для удовлетворения требований кредиторов из средств, внесенных на depo-

зит нотариальной конторы, вне очереди возмещаются расходы, связанные с производством по делу о банкротстве и исполнению постановления арбитражного суда. Требования кредиторов удовлетворяются в определенной очередности. В первую очередь удовлетворяются требования физических лиц, перед которыми предприниматель несет ответственность за причиненный вред их жизни и здоровью путем капитализации соответствующих периодических платежей, а также требования по взысканию алиментов. Во вторую очередь производятся расчеты по субъективным гражданским требованиям, связанным с выплатой пособия и оплатой труда лицам, работавшим у предпринимателя по трудовому договору (контракту), а также по выплате авторского вознаграждения. Требования кредитором по обязательствам, обусловленным предпринимательской деятельностью, удовлетворяются в последующих очередях. По завершении расчетов предприниматель, признанный банкротом, освобождается от дальнейшего выполнения требований, заявленных после признания его таковым. Исключения составляют требования по взысканию алиментов, а также иные требования личного характера, которые не были удовлетворены в порядке исполнения постановления арбитражного суда или которые погашены частично.

В зависимости от того, по чьей инициативе – кредиторов или должника – возбуждено дело о банкротстве, обуславливается предпринимательская деятельность гражданина в дальнейшем. Так, в течение пятилетнего срока после признания предпринимателя банкротом он не в праве подавать заявку о новом производстве дела о банкротстве по той же причине. Объясняется это тем, что возможно злоупотребление с его стороны, что имеет место на практике. Например, предприниматель, получив кредиты и заблаговременно их скрыв, обращается с заявлением о признании его банкротом. Правда, ст.156³ УК предусматривает уголовную ответственность за заведомо ложное заявление о финансовой несостоятельности, но ложность отмеченного заявления бывает трудно доказать.

После прекращения производства по делу о банкротстве требования кредиторов могут быть заявлены в порядке, установленном гражданским законодательством Украины.

Между нормами Закона и ГК существуют определенные несогласованности. Так, ст. 43 ГК устанавливает, что физическое лицо может быть признано судом безвестно отсутствующим, если в месте его постоянного проживания нет сведений о его нахождении. На основании решения суда государственный нотариус по последнему месту проживания этого лица (ст. 44 ГК) описывает принадлежащее ему имущество с целью установления над ним опеки.

Закон же в ст. 52 устанавливает, что в случае, если предприниматель-должник, фактически прекративший свою деятельность, отсутствует и определить его местонахождение невозможно, заявление о возбуждении дела о его банкротстве может быть подано кредитором независимо от размера его требований к должнику и срока исполнения обязательства. Однако для возбуждения дела в арбитраже суд общей юрисдикции должен прежде признать его безвестно отсутствующим. Понятно, в сфере предпринимательства кредиторы не могут год ожидать решения вопроса об удовлетворении своих требований. В этой связи необходимо внести изменения в правило ст.43 ГК, установив, что лицо может быть признано судом безвестно отсутствующим, если в течение одного года в месте его постоянного проживания отсутствуют сведения о месте его нахождения, если иное не предусмотрено специальным

законом.

Список литературы: 1. Відомості Верховної Ради України.

Надійшла до редакції 16.01.2001 р.

УДК 343. 223

А.В. Зайцев, студент 4 курса
Національна юридическая академия
Украины имени Ярослава Мудрого, г. Харьков

К ВОПРОСУ ОБ АНОМАЛЬНОМ АФФЕКТЕ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

В практике многочисленны случаи совершения лицами аффектированных преступлений, в частности, предусмотренных ст. 95 и 103 УК Украины. В них интенсивная эмоция в течение короткого времени занимает доминирующее положение в сознании субъекта, вследствие чего в значительной мере снижается его способность сознавать свои действия, а также руководить ими. Одним из обстоятельств, благоприятствующих совершению аффектированных преступлений, является наличие у их субъектов отклонений (аномалий) психики, не образующих невменяемости. Эти психические аномалии находятся между акцентуацией личности и психическим заболеванием [1, с. 7,8]. Сюда же относятся и расстройства психики, связанные с алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией. В неблагоприятных и экстремальных условиях эти аномалии снижают сопротивляемость к восприятию ситуаций (в том числе конфликтных), создают препятствия для развития социально полезных свойств личности (особенно для ее адаптации к внешней среде), ослабляют механизмы внутреннего контроля, облегчают реализацию импульсивных, случайных, непродуманных поступков (в том числе противоправных) [3, с.277,278]. Как полагают Ю.М. Антонян и В.В. Гульданд, психические аномалии предопределяют более обостренные формы реагирования таких лиц на конфликтные ситуации, хотя это вовсе не предполагает фатальной неизбежности совершения ими преступлений. По результатам выборочных исследований 22,3 % осужденных за аффектированные преступления имели отклонения в психике [10, с.116].

При рассмотрении этого вопроса целесообразно опереться на конкретные примеры, имевшие место в судебной практике. Интересны материалы уголовного дела по обвинению П. по ст. 17 и 93 п. «е», ч.1 ст.106, ч.2 ст.89, ч.1 ст.222 УК Украины, который в ходе ссоры, возникшей у него с З., произвел в него несколько выстрелов из газо-дробового пистолета в область головы и туловища, а затем бросил в него гранату РГД-5, в результате чего произошел взрыв, повредивший дверь и причинивший дополнительные ранения З., после чего П. с места происшествия скрылся. В заключении комплексной судебной психолого-психиатрической экспертизы указано, что невропатологом у обвиняемого были выявлены ликвородинамические нарушения и вегетососудистая дистония по гипертоническому типу, что может быть обусловлено последствиями ранее перенесенных черепно-мозговых травм, которые могут оказывать влияние на степень выраженности психоэмоциональных состояний. Психиатр-

ром и психологом установлено, что у П. имеется психоорганическая симптоматика травматического происхождения, что проявляется в ригидности его поведения, «застревании» на негативных аффектах, снижении уровня общения и отвлечения, астеническом снижении динамической стороны внимания и памяти, повышенной реактивности на психогенные влияния, выражающаяся в бурном эмоциональном реагировании и импульсивности, особенно в ответ на оскорбления, относящиеся к двум наиболее лично уязвимым для него областям, что и имело место в рассматриваемом противоправном деянии. (Заключение судебной комплексной психолого-психиатрической экспертизы №7-ф/ПС от 19.04.1999 по материалам уголовного дела № 22990005).

Как видно из материалов дела, П. обнаруживал в период времени, к которому относится инкриминируемое ему деяние, и в настоящее время обнаруживает «последствия травматического поражения головного мозга с церебральными нарушениями». Перенесенные им травмы головы, вызвавшие указанные последствия, облегчили возникновение у него аффекта в момент совершения преступления. В итоге, в период времени, предшествующего совершению инкриминируемого ему деяния, он находился в состоянии эмоционального напряжения на фоне психических расстройств, изложенных выше, разрешившегося аффектом гнева (ярости), существенно ограничившим его способность отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими. (Материалы повторной комиссионной амбулаторной комплексной психолого-психиатрической экспертизы от 3.03.2000 г., №3).

Следует согласиться, что аффективно-волевые аномалии и своеобразие мыслительной деятельности, имеющиеся у психически неполноценных личностей, могут снижать сопротивляемость к соблазну, ослаблять контрольные механизмы поведения, ограничивать альтернативные возможности выбора действия в тех или иных ситуациях. Такие особенности психики, как легкая возбудимость, неустойчивость, колебания настроения, эмоциональная незрелость, извращенная сексуальность, нередко «облегчают» реализацию криминального акта, приводят личность в конфликт с законом.

Среди совершивших аффектированные преступления выделены два основных характерологических типа лиц – с преобладанием черт возбудимости и тормозимости. Несмотря на различия и даже полярность указанных черт, этим лицам свойственны склонность к застреванию на психотравмирующих моментах, тенденция к накоплению аффективного напряжения. Учитывая психофизиологические особенности рассматриваемых лиц, и то, что процессы возбуждения или торможения находятся у них в состоянии дисбаланса, можно предположить, что именно такое нарушение гармоний психофизиологических процессов оказывает влияние на процесс образования физиологического аффекта.

Подтверждение сказанному находим в материалах судебной практики. Так, 11 августа 1995 г. К. и Г. помогали Б. строить дом. По окончании работы (около 21.00) Г. с разрешения К. поехал мыть его коней на речку, пообещав быстро вернуться, однако вернулся только около 23.00. К. выразил недовольство по поводу его задержки и ударил того рукой. Г. в ответ с большой силой ударил К. кулаком в лицо, повредив ему нос и левый глаз, что повлекло утрату у К. зрения. Приговором Шепетовского райсуда Хмельницкой обл. от 18.03.1998г. Г. осужден по ч.1 ст.101 УК на 2 года лишения свободы в исправительно-трудовой колонии усиленного режима. Решением

судебной коллегии по уголовным делам Хмельницкого облсуда от 21.04.1998г. приговор был оставлен без изменений. Первый заместитель Главы Верховного Суда Украины возбудил в протесте вопрос об изменении судебных решений и переквалификации действий Г. с ч.1 ст. 101 УК на ст. 103 УК и назначением ему двух лет лишения свободы с отсрочкой исполнения приговора в соответствии с ст. 46¹ УК сроком на два года. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда признала, что протест подлежит удовлетворению по следующим обстоятельствам. Когда Г. повел мыть коней, те возле реки убежали, и он остановил их только возле школы, откуда и привел к дому Б. Там Г. объяснил К. причину задержки, но К. начал ругать Г., обозвал его «припадочным» и ударил в лицо. В ответ на это Г. нанес удар К., от которого тот потерял зрение. Кроме тяжкого оскорбления и противоправных действий К., было также установлено, что Г. хоть совершил преступление в состоянии вменяемости, но болен эпилепсией. Опираясь на новые обстоятельства, судебная коллегия протест удовлетворила, изменив предыдущие судебные решения переквалификацией действия Г. с ч.1 ст. 101 УК на ст. 103 УК [9, с.87-88].

У психически неполноценных лиц, действующих в состоянии аффективного возбуждения, отмечена не критичность мышления, «реакции больного в таком состоянии бывают неадекватными, элементарными; слабость процессов торможения приводит к нелепым поступкам» [4,с.190]. У психопатических личностей мотивы аффектогенных деликтов (правонарушений) возникали не только в реальных, но и в так называемых условных психотравмирующих ситуациях [2,с.34].

Исходя из этого, И. Усова предлагает ввести в психиатрию для учета биологической и психологической основы эмоциональной реакции уменьшенно вменяемых новое понятие – «аномальный аффект» [11,с.43]. Действительно, психические аномалии снижают сознательный контроль за поведением, что способствует нарушению субординации личностных установок. Для преступлений, совершенных в состоянии сильного душевного волнения лицами, имеющими психические отклонения, характерны подавление хода интеллектуальных процессов и действие по типу короткого замыкания – непосредственный переход аффекта в действие (почти как при безусловном рефлекс) [6,с.15]. «Нередко действия в состоянии аффекта протекают по упрощенной схеме рефлекса: стимул – реакция, без этапа внутренней оценки «за» и «против»» [12,с.99]. У психопатических личностей динамика аффективного разряда нередко отличается от физиологического аффекта по своему механизму и не достигает степени патологии [8,с.41].

Касаясь этой проблемы, И.А. Кудрявцев предложил трех-членную классификацию аффектов, выделяя в качестве отдельных их видов патологический, физиологический и аномальный аффект. В последний он включал аффекты психически неполноценных лиц и аффекты в состоянии физиологического алкогольного опьянения [7,с.109,110]. Однако предлагаемая им классификация как бы «размывает» общепринятое деление аффектов на патологический и физиологический, существующее еще со времен Б. Крафт-Эбинга. Ведь аномальный аффект – это не новая его форма наряду с физиологическим и патологическим, а отдельный вид физиологического аффекта. Целесообразно поэтому понятие «аномальный аффект» использовать и в теории уголовного права. Отметим, что в уголовно-правовой теории уже выделяется «аномальный субъект преступления» по наличию у лица психических отклонений, не исключающих вменяемости [5]. Использование понятия «аномальный аффект» позво-

лит более точно определить своеобразие совершаемых аффектированных преступлений. К основным его признакам следует отнести: краткосрочность накопления аффекта; более глубокое, чем у здоровых лиц, психогенное сужение сознания; нарушение динамики мышления, вплоть до остановки; стереотипное поведение, включающее двигательный автоматизм.

Несомненно, что суд должен учитывать наличие аномалий психики при назначении наказания лицам, совершившим аффектированные преступления, в качестве смягчающего обстоятельства. Аномальный аффект должен быть констатирован комплексной психолого-психиатрической экспертизой, причем требуется установить, что отклонение психики оказало непосредственное влияние на возникновение физиологического аффекта, т.е. оказалось решающим звеном при формировании состояния, в котором было совершено преступление. Это важно, так как возможны случаи, когда лицо с психическими отклонениями совершает преступление в состоянии сильного душевного волнения, однако его психическое расстройство как бы «не принимало участия» в механизме формирования самого аффекта. Само сильное душевное волнение может сыграть роль смягчающего обстоятельства, но без наличия аномального аффекта.

Список литературы: 1. *Антонян Ю.М., Бородин С.В.* Преступное поведение и психические аномалии. – М.:Спарк,1998. – 214с. 2.*Гульдан В.В.* Основные типы мотивации противоправных действий у психопатических личностей // Вестн. МГУ: Сер.14: Психология. – №1.– 1984. – С.31-45. 3. *Дубинин Н.П., Карпец И.Н., Кудрявцев В.Н.* Генетика, поведение, ответственность: О природе антиобщественных поступков и путях их предупреждения. – 2-е изд. –М.: Политиздат, 1989. – 351с. 4. *Зейгарник Б.В.* Патопсихология. – М.: Изд-во МГУ, 1986. – 286 с. 5. *Иванов Н.Г.* Аномальный субъект преступления: Проблемы уголовной ответственности. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. – 224 с. 6. *Козаченко И.Я., Сухарев Е.А., Гусев Е.П.* Проблема уменьшенной вменяемости. – Екатеринбург: Изд-во Уральской гос. академии, 1993. – 33 с. 7. *Кудрявцев И.А.* Комплексная судебная психолого-психиатрическая экспертиза. – М.: Юрид. лит., 1988. – 244 с. 8. *Лысков В.Д.* Проблема психических состояний в практике судебно-психологической экспертизы // Эксперимент. и приклад. психология. - Л.,1981.– Вып.10 9. Решения Верховного Суда Украины 1999г. - Ежегодник / Под ред. *В.Ф. Бойко* - К.: Право, 1999 – 168 с. 10. *Сидоров Б.В.* Аффект. Его уголовно-правовое и криминологическое значение. – Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1978. –160 с. 11. *Усова И.* Психические отклонения, имеющие уголовно-правовое значение // Законность. – №3. – 1992. – С. 41-43. 12. *Фрейеров О.* Мотивация общественно опасных действий психически неполноценных лиц // Сов. государство и пра- во. – № 4. - 1969. – С. 96-101.

Надійшла до редакції 31.10.2000 р.

УДК 341.231.14 **Ю.А. Верещинский, специалист I категории**
Министерство иностранных дел Украины,
г. Киев

ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ СОЦИАЛЬНЫХ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА ПО ЕВРОПЕЙСКОЙ СОЦИАЛЬНОЙ ХАРТИИ

Европейская социальная хартия является одним из немногих международно-правовых договоров по правам человека, предусматривающих создание международного организационно-правового механизма защиты социальных и экономических

прав. Хартия, если употреблять данное наименование в качестве обобщающего, является в действительности сложной совокупностью международно-правовых договоров. Во-первых, это Европейская социальная хартия 1961 г. [2]¹, во-вторых, Протоколы к ней, в-третьих, пересмотренная Европейская социальная хартия 1996 г. [3]². Все названные выше договоры являются действующими.³ Разница заключается лишь в том, какие группы государств участвуют в каждом из них. Важнейшей причиной ситуации, сложившейся в Совете Европы с международно-правовым регулированием защиты экономических и социальных прав, является общая реформа всей системы Совета Европы по защите прав человека, и этой категории прав в частности.

С одной стороны, идет расширение круга защищаемых социальных и экономических прав. Сначала в Дополнительных протоколах к Европейской социальной хартии, а затем в пересмотренной Хартии каталог прав был дополнен в направлении усиления гарантий равноправия женщин и мужчин, расширения прав инвалидов, защиты социально-экономических прав детей, установления гарантий против дискриминации в сферах социально-экономической, борьбы с бедностью и др.

С другой стороны, расширяются международно-правовые гарантии защиты социальных и экономических прав. Хартия первоначально не предусматривала создание специальных международных органов для принятия и рассмотрения жалоб о ее нарушениях в государствах-участниках. Но по истечении времени сначала в Дополнительном протоколе, а затем уже в тексте пересмотренной Хартии появились положения о таких органах.

В отличие от гражданских и политических прав, защита которых в соответствии с Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод [3] возложена на Европейский суд по правам человека, защита социальных и экономических прав долгое время не опиралась на судебный или квазисудебный механизм. Организационной основой международного контроля за соблюдением прав, провозглашенных в Хартии, является Комитет экспертов – орган, состоящий из не более чем семи членов, избираемых на 6 лет. В соответствии с Хартией Комитет выполняет более консультативно-методические функции, чем функции непосредственной защиты прав, та как он не наделен полномочиями рассматривать жалобы и заявления о нарушении прав. На основании ст.24 Хартии Комитет рассматривает доклады государств-участников, направляемые Генеральному секретарю Совета Европы раз в 2 года.

Однако не стоит недооценивать значение Комитета в достижении социального единства в Европе. Именно благодаря его усилиям была создана правовая основа для единообразного соблюдения Хартии. Причем такая его роль первоначально не была предусмотрена. Комитет и сейчас не наделен компетенцией толковать этот акт. Но функция толкования неизбежно вытекает из необходимости давать оценку докладом государств об исполнении обязательств по Хартии, и Комитет фактически занимается толкованием. Практика Комитета со временем стала весомым вкладом в понимание содержания прав, провозглашенных в этом европейском международном договоре. Среди важнейших решений Комитета – установление критерия соблюдения ст.4 Хартии “Право на справедливое вознаграждение”. Его усилиями дано широ-

¹ Здесь и далее ссылка на Хартию по данному изданию.

² Здесь и далее ссылка на пересмотренную Хартию по данному изданию.

³ Украина подписала оба текста Хартии, но пока их не ратифицировала.

кое толкование ее ст. 16 “Право семьи на социальную, правовую и экономическую защиту”. Он же сформулировал требования к гарантиям права на условия труда, отвечающие безопасности и гигиене.

Реформа организационно-правового механизма защиты социальных и экономических прав связана с необходимостью повышения его эффективности и достижения большего единообразия в соблюдении государствами Хартии. В общих чертах новый механизм создается как квазисудебный. За основу принята схема “заявитель – Комиссия – Комитет министров – государство”, существовавшая до вступления в силу Протокола №11 к Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека. Основные положения реформы сформулированы в Дополнительном (1995 г.) протоколе к Хартии и в пересмотренной Европейской социальной хартии.

Сущность реформы заключается в создании европейского механизма принятия и рассмотрения коллективных жалоб о нарушении прав, закрепленных в этом международном документе. В соответствии с этим расширена компетенция прежнего контролирующего органа, но с новым названием - Комитет независимых экспертов. Он наделен правом принимать и рассматривать коллективные жалобы о нарушении прав, закрепленных в пересмотренной Хартии. В соответствии со ст.1 и 2 разд. D новой Хартии субъектами обращения в Комитет независимых экспертов могут быть:

а) международные организации работодателей и профсоюзы (указанные в п.2 ст.27);

б) представительные национальные организации работодателей и профсоюзы;

в) международные неправительственные организации, включенные в особый список;

г) представительные национальные неправительственные организации, уполномоченные государством и компетентные в области прав, закрепляемых Хартией.

При этом международные неправительственные организации, включенные в особый список, и представительные национальные неправительственные организации, уполномоченные государством, ограничены в праве подачи жалобы кругом вопросов, в которых их квалификация признана. Физические лица не обладают правом подачи жалобы в Комитет.

По жалобам, признанным Комитетом независимых экспертов приемлемыми, он наделен правом запрашивать у соответствующего государства письменную информацию или объяснения. Государства, в свою очередь, вправе представить свои замечания. Помимо этого, и заявитель, и государство имеют право направлять в Комитет любую дополнительную информацию по рассматриваемой жалобе. Комитет в соответствии с п. 4 ст. 7 разд. D уполномочен организовывать слушания с участием сторон.

В результате рассмотрения жалобы Комитет независимых экспертов подготавливает доклад и направляет его Комитету министров. Последний, в свою очередь, принимает рекомендации, обязательные для исполнения государством-нарушителем, а при отсутствии нарушения прекращает производство по жалобе.

При рассмотрении Комитетом министров докладов Комитета независимых экспертов особое значение имеют так называемые “новые вопросы”. Хартия является живым документом, и понимание содержания закрепленных в ней прав с течением времени может изменяться. Для придания динамики договорным нормам органы контроля за соблюдением Хартии встают перед необходимостью неизбежной адапта-

ції цих норм к змінюючимся умовам життя. Відносно “нових питань” Комітет міністрів в відповідності з ч.2 ст.9 розд. D запитує думку Урядового комітету. По думці багатьох юристів, саме на цій стадії можуть виникати труднощі в подальшому застосуванні норм Хартії, оскільки думка Комітету незалежних експертів і Урядового комітету не завжди збігаються. При цьому трактування Хартії першим з них ширше, ніж другим [1, с. 554].

Процедура подання скарг про порушення прав, закріплених в Європейській соціальної хартії, залишається поки факультативною. Однак з метою прискорення початку функціонування нового механізму передбачено можливість його запуску для окремих держав шляхом приєднання або до Протоколу 1995 р. до Хартії, або до переглянутої Європейської соціальної хартії. Тому, хоча переглянута Хартія не вступила в силу, діяння нового механізму (паралельно з функціонуванням старого) вже запущено завдяки вступленню в силу вказаного Протоколу. Враховуючи, що Україна намірена підписати переглянуту Європейську соціальну хартію, слід вже сьогодні вести підготовчу роботу, пов'язану з визначенням кола національних організацій, які зможуть бути суб'єктами подання скарги в Комітет незалежних експертів.

Список літератури: 1. Гомьєн Д., Харрис Д., Зваак Л. Європейська конвенція про права людини та Європейська соціальна хартія. – М.: Вид-во Моск. незалежного ін-ту міжнарод. права, 1998. – 598 с. 2. Європейська соціальна хартія. – Страсбург: Рада Європи, 1999. – 90 с. 3. Конвенція про захист людини та основних свобод. – 1950 р. // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – № 2. – С. 4. Переглянута Європейська соціальна хартія. – Страсбург: Рада Європи, 1999. – 92 с.

Надійшла до редакції 09.11.2000 р.

УДК 341.3

Ю.В. Климчук, офіцер по зв'язках зі ЗМІ
Харківський військовий університет
м. Харків

МІЖНАРОДНЕ ГУМАНІТАРНЕ ПРАВО І ЗБРОЯ МАСОВОГО ЗНИЩЕННЯ

Міжнародне гуманітарне право, або право збройних конфліктів, – це сукупність міжнародно-правових норм, які регламентують права й обов'язки комбатантів, захист деяких категорій осіб (наприклад, медичного персоналу), об'єктів (наприклад, цивільного призначення) та осіб, які не беруть або припинили брати безпосередню участь у військових діях (у тому числі жертв збройних конфліктів). Крім того, міжнародне гуманітарне право обмежує сторони збройного конфлікту в застосуванні засобів і методів ведіння війни, а також деяких видів озброєнь [5, с. 139; 6, с. 270; 8, с. 33].

До засобів ведіння військових дій поряд з так званими звичайними озброєннями належить і зброя масового знищення.

Слід зазначити, що міжнародно-правові аспекти роззброєння регулюються правом міжнародної безпеки. У свою чергу, міжнародне гуманітарне право обмежує або забороняє застосування тих видів зброї, які не відповідають його нормам і прин-

ципам. У зв'язку зі складністю й великим обсягом міжнародно-правової регламентації такого явища, як зброя масового знищення, у цій статті розглядаються лише деякі аспекти даної теми.

Зброєю масового знищення вважається зброя великої вражаючої спроможності, призначена для нанесення масових втрат або руйнування. Вражаючі чинники такої зброї протягом певного часу після її застосування можуть наносити шкоду противникові і мають сильний морально-психологічний вплив на людей. До існуючих видів зброї масового знищення належить хімічна, бактеріологічна (біологічна) та ядерна зброя [1, с. 523]. Визначення окремих її видів міститься в міжнародних договорах, які будуть наведені нижче. Як приклад ми можемо надати визначення, яке міститься у Протоколах 1954 р. до Брюссельського договору про співпрацю і колективну самооборону, укладеного між західноєвропейськими державами: Атомна зброя – це будь-яка зброя, яка має (або може мати чи використовувати) ядерне пальне або радіоактивні ізотопи, яке в результаті вибуху чи іншого неконтрольованого ядерного перетворення ядерного пального або у результаті радіоактивності ядерного пального чи радіоактивних ізотопів може призвести до масового руйнування, масового ураження або самого отруєння [9, с. 17].

Розглянемо основні міжнародні договори, які поширюються на зброю масового знищення.

Так, Женевський Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів і бактеріологічних засобів (від 17 червня 1925 р.) проголошує, що застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів, так само як і будь-яких аналогічних рідин і речовин, справедливо було засуджено громадською думкою цивілізованого світу, і додається згода Високих Договірних Сторін “поширити цю заборону на бактеріологічні засоби ведіння війни” [7, с. 186]. Цей Протокол позначив низку проблем. Однак, декілька держав його так і не ратифікували. Чи значить це, що вони можуть використовувати хімічні й бактеріологічні засоби ведіння війни? Сьогодні на це запитання дається негативна відповідь, оскільки всіма визнано, що заборона на застосування названих видів зброї вже стала складовою частиною звичаєвого міжнародного права і, отже, є обов'язковим для всіх держав [4, с. 38].

Необхідно також назвати Конвенцію про заборону розробки, виробництва, накопичення й застосування хімічної зброї та про її знищення (Париж, 13 січня 1993 р.), держави-учасники якої зобов'язалися:

- не розробляти, не робити, не купувати, не накопичувати, не зберігати й не передавати будь-кому хімічну зброю;
- не застосовувати хімічну зброю;
- не здійснювати будь-яких військових приготувань до застосування хімічної зброї;
- не допомагати, не заохочувати й не спонукати у будь-якій спосіб і будь-кого до подібної діяльності;
- знищити власну хімічну зброю.

Дана Конвенція, на наш погляд, з правової точки зору вирішила питання, на які немає точної відповіді в Женевському Протоколі 1925 р., зокрема, що застосування хімічної зброї забороняється за будь-яких обставин (отже, застосування хімічної зброї на протипагу ядерної незаконно), під заборону також потрапили хімічні засоби

боротьби з безладдями (наприклад, сльозоточивий газ) як засіб ведіння війни [7, с. 227].

Бактеріологічні засоби ведіння війни вселяють такий жах і їхня цінність з військової точки зору настільки сумнівна, що дискусії щодо Комісії по роззброєнню і на сесії Генеральної Асамблеї ООН завершилися прийняттям Конвенції про заборону розробки, виробництва і накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) й токсинної зброї і про їхнє знищення, відкритої до підписання в Лондоні, Москві й Вашингтоні 10 квітня 1972 р.

Держави – учасники цієї Конвенції, зобов'язалися ні за яких обставин не розробляти, не виробляти, не накопичувати, не купувати й не зберігати у військових цілях мікробіологічні або інші біологічні агенти чи токсини, а також “зброю, обладнання або засоби доставки, призначені для використання таких агентів або токсинів у ворожих цілях чи збройних конфліктах” [7, с. 218]. Конвенція, як частина міжнародного права, яке належить до сфери роззброєння, значно підсилила існуючу в рамках міжнародного гуманітарного права заборону на застосування бойових бактеріологічних засобів і стала новим етапом на шляху до вилучення різних видів зброї масового знищення з переліку законних засобів ведіння війни.

Доречно відзначити, що застосування ядерної як найбезпечнішої і руйнівної зброї масового знищення не стало об'єктом діючої і категоричної заборони. Однак у консультативному висновку від 8 липня 1996 р., що стосується законності погрози або застосування цієї зброї, на прохання генеральної Асамблеї ООН Міжнародний Суд ООН дав роз'яснення. Суд дійшов висновку, що правом, яке застосовується у даній справі, є Статут ООН і норми права, що регулюють збройні конфлікти, а також відповідні договори щодо ядерних озброєнь. Водночас необхідно брати до уваги особливі характеристики ядерної зброї, включаючи її руйнівну спроможність і можливість заподіювати величезні людські страждання [10]. Міжнародний Суд ООН визначив, що:

- ні в міжнародному звичаєвому, ні в міжнародному договірному праві немає якогось спеціального дозволу щодо погрози або застосування ядерної зброї;

- ні в міжнародному звичаєвому, ні в міжнародному договірному праві немає всеохопної й універсальної заборони щодо погрози або застосування ядерної зброї як такої;

- погроза або застосування сили з використанням ядерної зброї суперечить § 4 ст. 2 Статуту ООН і не відповідає вимогам ст. 51;

- погроза або застосування ядерної зброї повинні також розглядатися у відповідності з міжнародним правом, яке застосовується у збройних конфліктах, особливо з принципами й нормами міжнародного гуманітарного права, а також спеціальними вимогами договорів та інших зобов'язань, що явно стосуються ядерних озброєнь;

- погроза або застосування ядерних озброєнь взагалі суперечили б нормам міжнародного права, застосовуваного у збройних конфліктах, особливо принципам і нормам міжнародного гуманітарного права.

Однак, враховуючи сучасний стан міжнародного права, а також елементи фактичної сторони справи, Суд не зміг зробити остаточного висновку про законність чи незаконність застосування ядерної зброї в надзвичайних обставинах самооборони, при яких виживання держави дійсно перебуває під загрозою [2, с. 94-101].

Основним правилом щодо використання засобів ведіння війни є норма, вста-

новлена в ст. 22 Положення про закони і звичаї сухопутної війни до IV Гаазької конвенції 1907 р. (“Воюючі не користуються необмеженим правом у виборі засобів нанесення шкоди ворогу”) і п. 1 ст. 35 Додаткового Протоколу I до Женевських Конвенцій 1949 р. [3, с. 237; 7, с. 22]. Цей загальний принцип став джерелом цілої низки більш специфічних заборон. Так, ст. 23 (д) Гаазького Положення містить загальну заборону на застосування “Зброї, снарядів або речовин, здатних заподіювати зайві страждання” [7, с. 22].

Положення, що стосується неприпустимості зброї, яка спричиняє зайві страждання, про яке вперше згадується в Санкт-петербурзькій декларації 1868 р. [5, с. 177], незважаючи на свою розпливчатість, досить суттєво вплинуло на формування міжнародно-правових норм, що регламентують ведіння бойових дій у період збройних конфліктів.

Заборона за використання отрути або отруєної зброї, що передбачається ст. 23 (а) вищезгаданого Положення [7, с. 22], хоча й не втратила деякої актуальності навіть щодо сучасних війн, все ж викликає більше історичний інтерес.

Варто додати, що наслідки застосування зброї масового знищення суперечать основним нормам і принципам міжнародного гуманітарного права, зокрема:

1. Принцип домірності (пропорційності), закріплений у ст. 22, 23 Положення до IV Гаазької конвенції 1907 р. [7, с. 22, 23] і в ст. 35 Додаткового Протоколу I 1977 р. до Женевських конвенцій 1949 р. [3, с. 237, 238] дозволяє застосування до супротивника репресій (покарань) тільки як пропорційні (домірні) допущеним ним порушень. Інакше кажучи, застосування якогось виду зброї масового знищення може бути виправданим винятково як адекватний відповідний захід, якщо це не суперечить іншим міжнародно-правовим зобов'язанням сторін збройного конфлікту.

2. Застосування зброї масового знищення не дозволяє дотримуватися принципу відмінності між комбатантами і цивільним населенням, яке не повинно бути об'єктом військових дій [3, с. 244], а також уникнути нападів невинного характеру [3, с. 246, 247] внаслідок особливостей вражаючих властивостей існуючих видів зброї масового знищення.

3. Наслідки застосування зброї масового знищення неминуче призводять до масштабного й довгострокового зараження навколишнього середовища, що неприпустимо з точки зору чинного міжнародного права, наприклад, Конвенції про заборону військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на навколишнє природне середовище (від 10 грудня 1976 р.) [7, с. 188-195].

4. Застосування будь-якого виду зброї масового знищення суперечить змісту широко відомого “застереження Мартенса”, що регламентує дії сторін збройного конфлікту не тільки у випадку наявності відповідних міжнародних договорів, але й при їх відсутності. Так, де норми позитивного права залишають лазівки, відповідно до “застереження Мартенса”, що увійшла до текстів Гаазької Конвенції про закони і звичаї сухопутної війни [7, с. 13, 14] і Додаткових Протоколів I і II до Женевських Конвенцій 1949 р. [3, с. 214, 297], сторонам необхідно діяти, виходячи з принципів гуманності.

Очевидно, що збройні конфлікти ще довгий час будуть залишатися реальністю міжнародних відносин. Крім того, розвиток сучасних технологій найближчим часом може дозволити створити види зброї масового знищення, засновані на якісно нових принципах дії, або модернізувати так зване звичайне озброєння з метою придбання

ним властивостей зброї масового знищення.

Виходячи з вищевикладеного, а також враховуючи тенденцію до повної заборони в міжнародному гуманітарному праві засобів і методів ведіння війни, які порушують основні гуманітарні принципи, вважаємо за доцільне запропонувати:

1. Підготовку міжнародного договору, який передбачив би комплекс правових заходів по недопущенню розробки і прийняття на озброєння принципово нових видів зброї масового знищення, які не відповідають основним принципам міжнародного гуманітарного права.

2. Однозначне вирішення проблеми законності застосування або погрози застосування ядерних озброєнь і послідовні кроки до їх повної заборони і ліквідації.

3. Удосконалення механізмів імплементації міжнародного гуманітарного права (зокрема, у військових статутах) у галузі обмеження засобів ведіння військових дій як у міжнародних, так і у внутрішніх збройних конфліктах.

Список літератури: 1. Военный энциклопедический словарь / Пред. гл. ред. комиссии *Н.В. Огарков*. – М.: Воениздат, 1983. – 863 с. 2. *Дубик Н.Н.* Вопрос о ядерном оружии в Международном суде ООН // Моск. жур. междунар. права. – 1997. – № 1. – С. 91-104. 3. Женевские конвенции от 12 августа 1949 года и Дополнительные протоколы к ним. – М.: МККК, 1994. – 320 с. 4. *Кальсховен Ф.* Ограничения права и средств ведения войны. – М.: МККК, 1994. – 232 с. 5. *Коробовский Ю.* Новые договоры в области международного гуманитарного права // Моск. жур. междунар. права: Спец. вып. – 1999. – дек. – С. 139-158. 6. *Лукашук И.И.* Международное право: Особ. часть: Учебник. – М.: Издательство БЕК, 1998. – 410 с. 7. Международное право. Ведение боевых действий // Сб. Гаагских Конвенций и иных соглашений. – М.: МККК, 1995. – 224 с. 8. Міжнародне гуманітарне право: Навч. посібник / За заг. ред. *В.П. Базова*. – К.: Варта, 2000. – 176 с. 9. Современные войны. Гуманитарные проблемы. – М.: Междунар. отношения. – 1988. – 223 с. 10. Report of the Secretary-General of the effects of the use of nuclear weapons and on the security and economic implications for States of the acquisition and further development of these weapons, A/6858. – 1967. – 10 oct.

Надійшла до редакції 16.01.2001 р.

Збірник наукових праць

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

Випуск 48

Відповідальний за випуск проф. *М.І. Панов*

Редактор *Г.М. Соловійова*

Коректор *Н.Г. Залюбовська*

Комп'ютерна верстка: *Л.С. Чумак*

В сборнике печатаются научные статьи, посвященные актуальным проблемам правоведения: конституционного строительства, гражданского, административного, трудового права, проблемам борьбы с преступностью.

Рассчитан на ученых, преподавателей, аспирантов, студентов и практических работников, интересующихся правовой тематикой.

Статьи в сборнике печатаются на языке авторов.

План 2001, поз. 105.

Підп. до друку 02.04.2001. Формат 84x108 ¹/₃₂. Папір друк. № 2
Друк офсетний. Умовн. друк. арк. 12,4. Облік.-вид. арк. 12,75. Вид. № 20.
Тираж 300 прим. Зам. № 1047. Ціна договірна.

Редакційно-видавничий відділ
Національної юридичної академії України
61024, Харків, вул. Пушкінська, 77

Друкарня
Національної юридичної академії України
61024, Харків, вул. Пушкінська, 77