

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ

Республіканський міжвідомчий
науковий збірник

Випуск 38

Засновано у 1976 р.

Харків
1999

З М І С Т

<u><i>Петрова Л.В., Трофименко В.А.</i></u>	Духовна природа права: філософсько-антропологічний підхід.....	3
<u><i>Навроцкий В.В.</i></u>	Типизация в нормативных рассуждениях.....	10
<u><i>Герасина Л.Н., Панов Н.И.</i></u>	Актуализация юридической компоненты в конфликтологии.....	16
<u><i>Невельська-</i></u>	Онтологія і логіка нормативного	

<u>Гордеева О.П.</u>	простору.....	28
<u>Толочко А.Н.</u>	Международно-правовые акты по правам человека и конституционное судопроизводство.....	36
<u>Слинько Т.Н.</u>	Конституционно-правовые проблемы информационных отношений в аспекте обеспечения национальной безопасности в Украине.....	43
<u>Битяк Ю.П.</u>	Соціальна роль державної служби в Україні.....	51
<u>Гаращук В.М.</u>	Повноваження державних контролюючих органів.....	57
<u>Тищенко Н.М.</u>	О законодательном закреплении правового статуса субъектов административного процесса.....	65
<u>Яричевский В.С., Яричевская Л.В.</u>	Проблемы формирования общеотраслевых и институциональных категорий финансового права.....	71
<u>Настюк В.Я.</u>	Проблеми формування та застосування митного законодавства.....	76
<u>Шевердина Е.В.</u>	Права налогоплательщиков: законодательство и алгоритмы практики.....	83
<u>Федоров С.Е.</u>	О правовом регулировании обследования налоговыми органами помещений налогоплательщиков.....	89
<u>Товкун И.Н.</u>	Документарный аккредитив как форма расчетов в международном частном праве.....	94
<u>Барабаш А.Т., Маркина Т.Г.</u>	К вопросу о понятии в правовом механизме обеспечения занятости населения.....	102
<u>Задыхайло Д.В.</u>	Экономические функции государства и правовой инструментарий их реализации.....	106
<u>Кибенко Е.Р.</u>	Проблемы совершенствования законодательства Украины об иностранных инвестициях....	112
<u>Погорецька Н.В.</u>	Іноземні інвестиції в економіці України: економічний та правовий аспекти.....	118
<u>Светличная Г.А.</u>	Предмет доказывания по делам особого производства,	

	связанным с изменением правового состояния граждан.....	125
<u>Баранкова В.В.</u>	Сприяння фізичним та юридичним особам в реалізації їх прав як функція нотаріальної діяльності.....	132
<u>Бигун В.А.</u>	Применение иностранного материального права в международном гражданском процессе.....	139
<u>Анисимова А.В.</u>	Вопросы правового регулирования чрезвычайных экологических ситуаций.....	148
<u>Брынецев В.Д., Тютюгин В.И.</u>	Некоторые проблемы нового уголовного законодательства Украины.....	154
<u>Бажанов М.И.</u>	Наказание в проекте УК Украины.....	167
<u>Даньшин И.Н.</u>	Понятие и определение профессиональной преступности.....	180
<u>Голіна В.В., Лукашевич С.Ю. Погорецкий Н.А.</u>	Щодо поняття та загальної характеристики злочинності у місцях позбавлення волі.....	187
	О контроле начальника следственного отдела за своевременностью действий следователей по раскрытию и расследованию преступлений.....	194
<u>Пишньов Д.І., Єгупенко В.В.</u>	Співвідношення суб'єктивних прав особи і процесуальних гарантій їх дотримання у кримінальному судочинстві.....	200
<u>Качурова С.В.</u>	На чьей стороне государство в споре “старых” и “новых” религий?.....	203

Л.В. Петрова, канд. філос. наук,
В.А. Трофименко

ДУХОВНА ПРИРОДА ПРАВА: ФІЛОСОФСЬКО-АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД

З точки зору філософської антропології як методологічного підґрунтя європейської юриспруденції, людина є складним (тілесно-душевно-духовним) амбівалентним суцям. “Червоний” позитивізм як метод діалектичного й історичного матеріалізму заперечує реальність душі і духу, однак чи можна звести людину до тілесності, матерії, забувши про те, що вона сповнена духу?

Тіло людини — тіло природи. Людина як природна істота, частина природи повністю визнає на собі дії її законів. Тіло людини підкорено законам фізики, хімії, біології тощо, а сама вона не в змозі цілком порвати з природою — перестати жити, тобто, подібно всякій тварині, їсти, пити, спати, задовольняти статеву потребу. Від природи людина успадковує те, в чому залишається твариною. На цій підставі природну частку в людині звичайно називають її емпіричним характером.

З точки зору наукового поняття, душа — це сукупність тісно зв'язаних з тілом (організмом) людини психічних явищ — почуттів, інстинктів, пристрастей, настроїв. Очевидно, що тіло й душа людини споріднюють її з навколишнім фізичним і тваринним світом і лише третя складова її природи робить її причетною до нового, духовного способу буття.

Сучасне філософське поняття духу є протилежністю природі. Дух — це розумна частка душі, це ідеї. Лише дух людини, на відміну від інших онтологічних прошарків буття^[1], може ставити і здійснювати цілі; тож цілепокладання (властивість духу) є головною розпізнавальною ознакою, яка відмежовує духовно задане від каузальності природи (емпіричної природи людини). Природа — це система каузально детермінованих елементів. У неї відсутня воля, а відтак, і цілі. Отже, детермінаційні типи каузальності і доцільності різні за своїми суттєвими властивостями і можливостями. На відміну від формально-механічної закономірності природи, телеологічна закономірність стосується цілісності людини як тілесно-душевно-духовної істоти.

Онтологічне вчення про троїсту природу людини є підставою для розрізнення трьох рівнів правосвідомості: буденної, теоретичної (науково-позитивної), інтелігібельної¹. Очевидно, що буденна правосвідомість властива плотській людині, а інтелігібельна — духовній. Розумне (або інтелігібельне) правопізнання — це пізнання людиною ідеї права. Ідеєю права звичайно позначають ціле й граничне усіх правових речей. Людське буття (включаючи і буття права) ніколи не підвладне чуттєвому (емпіричному) дослідженню. Проте мислити цю цілісність цілком можливо. Тож розумне, або інтелігібельне, — це мислиме ціле.

Між буденним (чуттєвим) і розумним (інтелігібельним) ступенями людського пізнання перебуває розсудливе, або формально-логічне, правопізнання. На відміну від чуттєвого, розсудливе пізнання вносить мислимість (понятійність) у сферу емпірії, і в цьому значна його перевага над чуттєвим пізнанням. Розсудливе, або формально-логічне, пізнання (поняття) теж спрямоване на ціле, але це емпіричне ціле. Емпіричний закон є законом явища, але не законом його суті. І в цьому виявляється істотний недолік розсудочного пізнання порівняно з інтелігібельним. Під цим кутом зору завдання філософії права в тому й полягає, щоб підкорити юридичну емпірію (завжди часткову й незавершену) ідеї права. Ідея права (психологічно і логічно) завжди випереджає юридичний факт і вказує йому напрямок, за яким факт мусить іти вслід. Ідея оцінює факт.

Таким чином, пізнання цілісності власного єства є ключем для осмислення цілого й граничного усіх речей, включаючи й правові, бо в людині як тотальності (сутності всіх речей зустрічаються в людині) пізнання набуває цілісності. Нам необхідно заново вчитися мислити поняття душі й духу як уособлення смислової цілісності людського буття (включно й буття права) і в такий спосіб долати спадок, що дістався українцям від радянської філософії і радянського правознавства. З огляду на розрізнення природної реальності (емпіричної природи людини), де діє каузальна об'єктивна детермінованість, і духовної реальності, де має місце телеологічна ціннісна детермінованість, право за своїм онтологічно-телеологічним походженням і первісною природою є трансцендентальним, а не емпіричним (фактичним) імперативом, який уособлює смислову цілісність правової реальності і детермінує реалізацію цієї

цілісності шляхом тлумачення юридичної фактичності і надання їй правового (або неправового) смислу.

Визначення права як трансцендентального імперативу дає можливість відповіді на низку принципів для юридичної науки і практики запитань. За своїм походженням і первісною природою право як утворення людське є сферою емпіричного чи духовно заданого? Де знаходиться цей трансцендентальний імператив? Яким є місце його перебування? Якщо імператив знаходиться в людській свідомості, то в якій саме: буденній, теоретичній, інтелігібельній? Висновуються чи ні норми права з фактів? Якщо висновуються, то у який саме спосіб, а якщо ні, то з чого їх можна дедуціювати? Якщо право є дедукцією з закономірностей людського буття у його цілісності й граничності, носієм якого є людина як складне (тілесно-душевно-духовне) суще, то що це за закономірності і чи слід їх мислити як самостійний предмет? Урешті, якщо таке мислення можливе, то чи в змозі ми в кожному випадку встановлювати, зі смислом чи ні юрист застосовує позитивне право?

Право як трансцендентальний константний імператив знаходиться в інтелігібельній свідомості людини. Природа права духовна (метафізична). Якщо зважити на те, що інтелігібельне — це апріорне і що за допомогою апріорного пізнання як способу розгляду в предметі (в праві) пізнається дещо основоположне, принципове, зрозуміле лише з первісного, то адекватне пізнання права означає не що інше, як розширення чи прогрес нашої здатності апріорного пізнання.

Уже наголошувалося на тому, що граничне і ціле усіх речей, включаючи і правові, виражається терміном “ідея”. Коли юрист мислить за допомогою ідеї права, то це означає, що він своїм мисленням охоплює ціле й граничне всіх правових речей. Формально-логічне поняття права теж охоплює ціле всіх правових речей, але це емпіричне ціле. Емпіричне, або позитивне, пізнання має справу з тим, що дане, наявне, фактичне. Однак будь-яка даність стосується лише поверхні того, про що вона свідчить. Позитивізм залишається простим описом і узагальненням спостережного, а до того, що утворює його (спостережного) підставу він просувається повільно і важко. Індукції позитивізму залишаються, по суті, незавершеними, оскільки власне принципове виявляється не так легко. Дійсне ніколи не дається як таке ні за допомогою чуття, ні в іншій якій-небудь формі позитивної науки. Частіше дійсне лише має бути знайдене.

Коли б воно було вже даним, то не було б потреби у подальшому проникненні в нього і в науковому методі. Пізнання ніколи не може бути справою на рівні даності, бо всі емпіричні поняття завжди “неадекватно” схоплюють реальність. Це категоріальна праця більш високих синтезів, які мусять здійснюватися свідомістю, що пізнає.

Якщо позитивізм має справу з безпосередньою дійсністю, зміною конкретних частковостей і схиляється до некритичного сприймання реальності з усіма її недоліками, то будь-яке трансцендентальне пізнання має справу з тим, що можливе. Воно виходить за межі безпосередньої реальності і звертається до можливості систематичних змін, які в ній містяться. Крім того, трансценденталісти бачать реальність не тільки в категоріях можливості, але і в категоріях незалежного і смислу. За такого підходу конкретності сприймаються й оцінюються як ціле, в іншому випадку ми завжди тонемо в морі подробиць. Якщо ми хочемо щось інтерпретувати в категоріях смислу (а мислительні феномени існують лише тією мірою, якою мають смисл), ми маємо їх зрозуміти як сходини в якійсь цілеспрямованій діяльності. Тоді факти, які в очах прибічника позитивістського підходу самі по собі складають просто фрагмент

причинно зв'язаних ситуацій, одержують нову інтерпретацію як аспекти смислової цілісності.

Якщо сьогодні запитати позитивіста про мету його дослідження, то його відповідь не буде зв'язана з проблемою природи людини, душі чи духу. Запитавши юриста-позитивіста, заради чого він мусить настоювати на дотриманні закону, чому служить держава і право, а водночас кожний носій влади, кожний провідник норм права, чим одухотворена його діяльність, у більшості випадків отримаємо відповідь, яка зводиться до поняття порядку. Визначити ж, навіщо цей порядок потрібний, позитивіст у межах своєї науки не спроможний своєї науки не спроможний, бо в ній з самого початку відхилена будь-яка кінцева осмислена мета. Нема ніякого сумніву, що в цьому випадку справжнє проникнення в правову реальність унеможлиблюється. Головний недолік позитивної юриспруденції полягає в її нездатності зрозуміти смислову цілісність правової реальності, бо ігнорується цілісна (тілесно-душевно-духовна) структура особистості як носія цієї реальності, внаслідок чого позитивізм і опрацьовує методологію, повністю неадекватну природі досліджуваного об'єкта. Право ніяк не може обійтися без звернення до людської природи у її цілісності й повноті, коли відшукуються останні засади, на які спираються запроваджувані ним норми й кінцевий критерій істинного і хибного в ньому.

З огляду на сказане очевидно, що нагальною потребою стає сьогодні оновлене пізнання сутності права і держави. Має бути остаточно відхилена думка про “зовнішню” природу права і держави, засвоєна їх “внутрішня”, духовна сутність. Право лише “виявляється” у зовнішньому просторово-часовому і тілесному світі; сферою ж його справжнього життя залишається людський дух. Ніяка правова і політична реформа не може сама по собі переробити психологію людини, якщо вона не усвідомить сама, що справжнє право впливає тільки з глибини її власної духовної гідності. Брати коріння права ззовні і намагатися, щоб воно в нас пустило паросток, відносити право — явище власної свідомості — до творіння держави, є хибною думкою: адже все, що з'явилося ззовні, для нас, як чуже, завжди буде зовнішньою силою, обмеження і утиском. Сучасна правосвідомість може і мусить бути іншою. Ми поки що не усвідомили повною мірою, яку колосальну реформу освіти необхідно здійснити, щоб могло функціонувати демократичне суспільство, засноване на осмисленій оцінці цінностей. Відмова від християнських, а потім і від гуманістичних оцінок — гранична причина нашої кризи, і доки ми не відновимо духовну єдність, наше життя приречене на розлад.

Людина має визнати духовну природу права принципово і зробити з цього послідовні висновки. Природа людського духу зумовлює собою найглибшу сутність права і держави. У душі людини народжується чуття права, його гідності і мети. Добровільне визнання позитивного права здійснюється більш легко тоді, коли більше свободи, справедливості й автономії в його нормах. Позитивне право має значущість тією мірою, якою в ньому виражено природне право людини. У всіх випадках розбіжності позитивне право виявляється видимістю природного права, неправом.

Таким чином, формування розвиненої правосвідомості вимагає передусім праці над розширенням і витонченням свого внутрішнього духовного досвіду. Щодо цього правове життя підлягає загальному і основному закону духовного розвитку і є різновидом єдиної життєво-духовної діяльності. Але коли це так, то не кожна людина, перебуваючи на будь-якому рівні розумового і духовного розвитку, компетентна судити про сутність права і “заперечення” її проти духовної природи права не буде мати ніякої

сили і переконаності, якщо підставою міркувань є обмеженість чи хиткість її особистого духовного досвіду. Більшість суперечок між юристами-

7

релятивістами і філософами базується саме на тому, що перші не культивують у своєму внутрішньому досвіді онтологію права, а відтак і не осмислюють право як елемент людського буття у його цілісності й граничності як атрибут людського духу, часто навіть не розуміючи, про що, власне, йдеться.

У суспільстві з низькою правосвідомістю право твердо пов'язують з силою, а не розумом та свободою. Позитивістське визначення права є системою обов'язкових для всіх юридичних норм, дотримання яких повинна забезпечувати власною силою держава. Однак момент примусу в праві не можна перебільшувати. Примус у праві — це не самоціль, а простий засіб до мети. Він одержує свою легітимність зі змістовних цілеустановлень права. Примус — не основоположна сутність права, а засіб відновлення порушеного права. Під онтологічно-телеологічним кутом зору, право є правом, навіть коли відсутня можливість до примусу його дії, і таке право включає в себе праводомагання примусу до певної поведінки. Обидва ці принципи належать до апріорної людської правосвідомості. Сутність і гідність права не зв'язані з можливістю його здійснення фізичною силою. На такій основі тримається хибна думка, згідно з якою природне право не має сутності тому, що ніяка фізична сила не забезпечує його основних положень.

Окинемо поглядом пройдений шлях і підіб'ємо підсумок. Учення про право як людський витвір потребує опори на певну філософську концепцію людини. І якщо справжню субстанційну сутність людини утворює її душа, або дух, то право, мораль, державу, суспільство можливо зрозуміти як особливі видозміни, модуси, предикати того, що складає справжню субстанцію людини. Якщо сутністю людини є розумна свободна воля її духу, то, зрозуміло, що субстанцією права й істиною про нього, його смыслом і цінністю є саме цей дух. У духові слід вбачати і первісні засновки у сфері права і визначати його за цим джерелом. З огляду на сказане зрозуміло, на якому високому рівні розгортається подібного характеру правове філософування. Право тут породжено душевно-духовною інтелектуальною зрілістю юриста. Сутність права має метафізичну природу і його можна пізнати, лише розкривши філософське його джерело, а воно — у природі людської особистості, в її душі, субстанцією якого є свобода. Місце і значення права в людському бутті як цілісності й зумовлюється запровадженням і охороною ним свободи. Охороняється начало не матеріальне, а ідеальне — свобода як один з проявів найглибшої сутності людини і яке, щоб не залишатися абстрактною

8

можливістю, мусить перш за все дати собі наявне буття; і першим актом свободи є власність.

Отже, розглядаючи право як елемент людського буття у його цілісності й граничності, як атрибут людського духу, маємо визнати, порівняно з теорією позитивного права, наукову новизну і цілковиту своєрідність тлумачення субстанційної сутності права й істини про нього, його смыслу і цінності, первісних засновків у сфері права і визначення права за його першоджерелом. Право зв'язується закономірностями людського буття у його цілісності і йому “вказується” місце в цій цілісності, бо воно — частка цілого, від якого не в змозі відрізнятись по суті. Постаючи духовним феноменом, право несе в собі універсальні позачасові начала, які актуалізуються у

певних історичних умовах місця і часу. У духові слід вбачати загублену глибину права і його первісну ясність, усе ж подальше розростання права має розумітися з цього первісного. Тож нам слід заново вчитися мислити поняття душі і духу як уособлення смислової цілісності людського буття (включно й буття права), і у такий спосіб, наголосимо знову, долати спадок, що дістався українцям від радянської філософії та радянського правознавства. Матеріалізм і позитивізм заперечують реальність душі і духу, однак з посиленням гуманістичного мислення ця точка зору стала непридатною. Новітня методологія українського права спонукає до зміни концепції юридичної освіти. Упровадження філософії права в навчальний процес серйозно ускладнить юридичну освіту: вищий навчальний заклад мусить навчити майбутнього фахівця орієнтуватися і правильно оцінювати неправову ситуацію, розмежовувати правовий і неправовий закони, бути не лише правозастосовником, але й творцем права. Усі ці питання мають глибоких філософський смисл. Вуз має навчити майбутнього юриста-фахівця розпізнавати константну сутність права і каузальне джерело виникнення і функціонування певних речей (юридичних фактів) цієї сутності. Духовно освіченим юристом є не той, хто знає “багато” про спостережні речі, а той, хто вміє за текстами законів розпізнавати константну сутність цих речей як їх мету і зумовлюватися нею до дії. Мислити сутність права і фактично жити цією сутністю як своєю власною важливо і необхідно. Чи готова державна юридична освіта до такого пошуку загубленої глибини права заради його первісного прояснення?

ТИПИЗАЦИЯ В НОРМАТИВНЫХ РАССУЖДЕНИЯХ

Особую роль в правоприменительной деятельности играет типизация событий, действий и лиц. Данная статья посвящена теоретическим вопросам изучения типизации, обоснованию необходимости применения новой методологии в изучении этой когнитивной процедуры.

К нормативным рассуждениям, поддерживающим функционирование нормативного порядка, относятся моральные и правовые рассуждения. В литературе по философии права обоснование этих рассуждений наиболее четко репрезентировано в трех основных подходах: оправдание правовых норм в моральном дискурсе, оправдание моральных норм в политико-правовом дискурсе, взаимная легитимация моральных и правовых норм.

В первом из перечисленных подходов право рассматривается как система процедур - институционализированных морально-практических дискурсов. При этом подходе обоснование правовых рассуждений опирается на признание преобладания моральной аргументации в управлении поведением. Моральная аргументация апеллирует к общезначимости моральной нормы (9, с. 130). При этом, однако, признается, что провозглашение общезначимости нормы не гарантирует следования ей в каждом конкретном случае.

Реализацию установок второго подхода затрудняет тесная связь права с моралью. Поэтому кажется неизбежным вывод о взаимной легитимации моральных и правовых

норм. Одной из центральных процедур нормативной организации дискурса легитимации является типизация событий, действий и лиц.

Конкретным примером проявления особой роли типизации, являются ситуации приложения права. Обычно лицу, которое уполномочено принимать решения по поводу квалификации того или иного действия, известны типичные примеры действий. Оно обязано осуществить выбор наиболее подходящего образца. По сути дела, лицо, чья задача состоит в подведении рассматриваемого действия под некоторую норму, ответственно за корректность типизации действия, из которой следует оправданность приложения этой нормы к индивидуальному случаю. В конечном счете лицо, принимающее решение, является ответственным за выбор прототипа. Для решения этой задачи оно обязано осуществить идентификацию совпадающих

10

и несовпадающих элементов действия и прототипа. В том случае, когда в его практике не было аналога рассматриваемому действию, ему придется сконструировать тот образец, который и будет играть роль типичного образца.

Применение нормы к единичному случаю сопровождается деонтической квалификацией рассматриваемого действия. Приписывание действию деонтического статуса основано на представлениях о его функциях. Эти представления позволяют отнести действие к некоторой категории, например, поместить в класс запрещенных действий. По мнению крупного специалиста в области деонтической логики Г. фон Вригта, предикация деонтического статуса единичному действию “основывается на деонтическом статусе некоторой категории или вида действия, в которую это индивидуальное действие попадает”(1, с 279).

Нынешнее состояние деонтической логики во многом определяется именно стремлением решить проблемы в сфере приложения права, в том числе и проблемы, связанные с применением норм при вынесении судебного решения. Необходимым условием применения нормы является ее соответствие рассматриваемому событию. Поэтому существенным звеном правового рассуждения, предваряющего решение, является интерпретация нормы. Сама интерпретация представляет собой некоторое рассуждение. Специфика приложения права состоит в данном случае в том, что оно включает в себя не только интерпретацию нормы, но и интерпретацию факта, к которому прилагается норма (3, с. 3).

Особый случай представляет собой ситуация, когда к одному и тому же событию могут быть применены несколько норм. Тогда необходимо строить некоторую их иерархию. Аналогичное упорядочение необходимо осуществить и тогда, когда анализ события порождает несколько интерпретаций одной и той же нормы. В любом из этих случаев решение предполагает типизацию события. Это связано с тем, что для вынесения решения по поводу индивидуального случая применяются общие нормы: “Одной из главных проблем, которые возникают в приложении общих норм к индивидуальным случаям, является классификация индивидуальных случаев как принадлежащих к одному из родовых случаев” (4, с. 31). Герменевтическая идея о том, что любые социальные феномены осознаются посредством интерпретации поведения индивидов была использована феноменологической социологией. Ее представители приняли в качестве исходного пункта объяснения социальной

11

реальности анализ процессов конструирования людьми фрагментов и аспектов повседневного окружения. Дальнейшая разработка этой идеи состояла в обосновании

положения, что действия людей опосредованы их собственными интерпретациями социального мира.

Следовательно, для того чтобы объяснить поступки людей, необходимо понять правила интерпретации, используемые ими самими для выявления значений. С точки зрения феноменологической социологии правила интерпретации поведения индивидов - суть правила приписывания значений их действиям. Важнейшей составной частью этих интерпретаций являются типические представления индивидов об обстоятельствах их действий. О том, что понимание поведения людей может быть исследовано как процесс типизации, посредством которого прилагаются интерпретативные схемы, писал австрийский философ и социолог А. Шюц. По его мнению, эти интерпретации основаны на предварительных опытах, которые с самого начала являются типичными в том смысле, что характеристики объектов имеют форму типичности (7, с. 7).

Особую функцию типизация выполняет при описании ситуаций взаимодействия. Фундаментальный характер типизации в интерпретации взаимодействия индивидов определен тем, что "типичные примеры понятий категоризируются быстрее, именуется первыми в тех случаях, когда требуется вывести все члены категории, узнаются первыми и познаются в первую очередь" (8, с. 33, 34) Типизированные характеристики объектов позволяют согласовать представления коммуникантов об обстоятельствах взаимодействия и тем самым способствовать успешности коммуникации. В феноменологической социологии возможность согласования представлений коммуникантов об обстоятельствах общения гарантировалась тезисом о взаимности их перспектив: различные подходы к описанию актуальной ситуации согласуются благодаря взаимозаменяемости точек зрения и совпадению систем релевантности коммуникантов. Ссылкой на этот тезис обосновывается преодоление своеобразия индивидуального опыта коммуникантов (7, с 12).

Методология исследования процедуры типизации восходит к феноменологической философии. В трудах Э. Гуссерля типизация была рассмотрена в связи с анализом истинностных значений суждений: "... истинностное значение зависит от связанности ежедневной жизни субъекта или сообщества с типически специфическим подобием между ситуациями, так что любое нормальное человеческое существо, которое входит в отдельную ситуацию, имеет в силу само-

го факта нормальности ситуационные горизонты, принадлежащие ему и всем вместе... Эти горизонты являются "пресуппозициями", которые как интенциональные импликаты, включенные в конструирующую интенциональность, постоянно детерминируют объективный смысл непосредственного опытного окружения" (6, с. 199, 200).

Э. Гуссерлю принадлежит и утверждение о допредикативном характере типизации. В допредикативном опыте осуществляется распознавание сходств и различий, отождествление и дифференциация. Типизация делает возможными именование и предикацию. Употребление языковых выражений репрезентирует ситуацию как предварительно типизированную. Представляя соответствующее понятие, конкретные имя или предикат соотносятся с типизированным объектом, или типизированным отношением. Эта идея вполне согласуется с мнением лингвистов о том, что установление отношений тождества и различия выступает условием возможности функционирования языка.

Типизация лежит в основании процедуры отождествления, так как отождествить некоторый объект — значит представить его как члена некоторого класса объектов, т. е. выбрать те объекты, с которыми сходен рассматриваемый объект. А без отождествления невозможно никакое объяснение: если мы хотим что-то объяснить, то прежде всего должны предложить критерии отождествления.

Само осуществление типизации состоит в построении класса эквивалентности отношения неразличимости по некоторому признаку. Приписывание признака основывается на убеждении в сходстве. При типизации по нескольким признакам строятся классы эквивалентности отношений неразличимости. Называя объект некоторым именем, мы приписываем ему признаки всех других объектов, к которым приложимо это имя, имплицитно приписывая ему те, которых у него нет, но есть те, по которым он отличается от других объектов, предполагая неразличимость по неизвестным нам признакам.

Посредством типизации того или иного объекта устанавливается его принадлежность некоторой категории. В классическом представлении категоризация состоит в процедуре выделения в исследуемых объектах существенных признаков, а затем на этом основании — в отнесении их к более общему классу объектов, т. е. к определенному виду или роду. Соответствующие им понятия часто не являются окончательно определенными по той причине, что полная информация об их объектах обычно недоступна. Поэтому весьма

13

проблематично, что возможно исчерпывающим образом судить об адекватности приложимости понятий к тем или иным ситуациям. Иногда просто невозможно обосновать применимость некоторого понятия к конкретному случаю посредством спецификации необходимых и достаточных условий приложений, как это рекомендуется классической теорией категоризации, рассматривающей последнюю лишь как средство структурирования информации, а систему понятий индивида — как нечто статичное и завершенное. Из этого следует, что подведение объекта рассмотрения под определенное понятие в каждом конкретном случае должно быть специально обосновано. Поэтому приложение понятия к объекту предполагает учет контекста приложения.

Таким образом, подход, при котором типизация объекта основана только на простом приписывании ему признака, общего всем объектам некоторой группы, является неадекватным. Возможность модификации этого подхода появилась в связи с разработкой когнитивного анализа знаний, главная особенность которого состоит в пересмотре представлений о способах структурирования знаний. В соответствии с этой установкой описание содержания понятий предполагает анализ когнитивных состояний индивидов, употребляющих эти понятия.

Кроме того, отличие неклассического подхода к типизации состоит в том, что представления об объектах в значительной мере основаны на представлениях о действиях с ними: "Фактически, большая часть того, что люди знают друг о друге есть то, что они имеют общим огромное количество убеждений и установок. Это требует общей концептуальной схемы, которая, кроме разработанной категоризации вещей природного мира, включает в себя каталог того, что существует для человека и что он должен делать"(5, с. 189).

При дальнейшей разработке неклассического подхода к типизации естественно исходить из предпосылки, что система понятий индивида по своей природе динамична,

обусловлена изменением характерных признаков. Поэтому в процессах познания наряду с установлением сходства весьма важную роль играет установление различий. Уточнение представлений об этих процедурах позволит устанавливать общее в изменениях, фиксировать его в знаниях и оперировать этим в рассуждениях.

Поскольку в ходе интерпретаций к содержанию понятий добавляются новые характеристики, эти понятия будем называть конструктами. Совершение индивидом некоторого действия предпола-

14

гает выявление им тех конструктов, которые применяются его партнерами по коммуникации для категоризации обстоятельств взаимодействия. Решение применить определенную группу конструктов для характеристики обстоятельств коммуникации свидетельствует о выборе определенной роли по отношению к партнерам, о характере ответственности и обязательств личности.

Нормы поведения, пользуясь выражением А. Шюца, являются имплицитными требованиями "применения типичных средств для достижения типичных целей в типичных ситуациях" (7, с. 14). Однако индивидуальный пример действия все-таки отличается от типичного действия. Следовательно, в комплексе условий, связанных с решением следовать определенному правилу, особое место занимает процедура конкретизации типичных представлений индивида. К тому же для установления условий принятия индивидами норм, регулирующих их поведение, необходимо выявление тех компонентов, которые, в принципе, неуниверсализируемы. Поэтому кроме типизации, необходимым инструментом объяснения действия является процедура индивидуализации субъектов действия.

Примером наиболее разработанных экспериментальных психологических методов изучения применения конструктов для индивидуализации субъектов действия являются репертуарные решетки. Их построение основано на теории личностных конструктов Дж. Келли (2). Примененный к ситуациям взаимодействия, этот метод позволяет установить, как происходит взаимная индивидуализация коммуникантами друг друга. Индивидуальность субъекта устанавливается в зависимости от того, какие конструкты он использует чаще всего, каким отдает предпочтение в тех или иных ситуациях. Однако, поскольку индивидуализация осуществляется все-таки с помощью определенных конструктов, она предполагает типизацию. И обобщение и индивидуализация осуществляются через указание принадлежности некоторому классу. Поэтому важной задачей для дальнейшего исследования в этом направлении является установление того, чем определяется набор конструктов у каждой личности и чем определяется выбор тех или иных конструктов для описания соответствующей актуальной ситуации. В самом общем смысле можно сказать, что такой выбор определяется целями коммуникации.

В начале данной статьи была упомянута проблема, связанная с обоснованием общезначимости норм. Можно предположить, что общезначимость той или иной нормы, а значит и следование ей в каждом конкретном случае обеспечиваются совместными обяза-

15

тельствами, при выработке которых индивиды идентифицируют себя с остальными членами сообщества. Такая идентификация является условием ответственности индивида как за свои действия, так и за действия других лиц.

Роль типизации в выработке совместной ответственности становится более понятной, если учесть, что взаимодействие управляется взаимными интерпретациями. Характерной особенностью понятий, используемых в таких интерпретациях является их коллективный характер: применение понятий интерактивно, т.е. предполагает некоторую общность индивидов. Взаимная типизация мотивов участников взаимодействия, осуществляемая в этих интерпретациях, ведет к формированию устойчивых характеристик коллективной активности и, следовательно, к нормализации взаимодействия.

Список литературы: 1. Вриг Г. Логико-философские исследования: Избр. тр..- М.: Прогресс, 1986.- 595 с. 2. Франселла Ф., Банистер Д. Новый метод исследования личности.- М.: Прогресс, 1987. - 236 с. 3. Aarnio A. The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification.- Dordrecht: Reidel, 1987.- 276 p. 4. Alchourron C.E., Bulygin E. Normative systems.- Vien, New York: Springer Verlag, 1971.- 208 p. 5. Bach K. Analitic Social Philosophy: Basic Concepts// J. Theory Soc. Behaviour.- 1975.- том 5. - N2.- P. 189-215. 6. Husserl E., Formal and Transcendental Logic. Halle, 1929.- 293 p. 7. Schütz A. Common Sense and Scientific Interpretation of Human Action // Collected Papers.- Hague, 1962.- том1.- P. 1-26. 8. Smith E.E., Medin D.L. Categories and Concepts.- Harward University Press, 1981.- 179 p. 9. Tuori K. Discourse, Ethics and Legitimacy of Law // Ratio Juris, 1989.- том 2. - N2.- P. 125-142.

**Л.Н. Герасина, д-р социол. наук,
Н.И. Панов, д-р. юрид. наук**

АКТУАЛИЗАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ КОМПОНЕНТЫ В КОНФЛИКТОЛОГИИ

Разработка проблемы конфликта и путей его разрешения требует комплексного научного исследования социологов и политологов, философов и психологов, правоведов, историков и экономистов, т.е. представителей как социальных, так и других наук. Западная наука уже в течение ряда десятилетий основательно и последовательно развивает данное научное направление. Работы Г. Зиммеля, Л. Козера, Р. Миллса, Р. Дарендорфа, М. Вебера, Р. Мертон, К. Боулдинга, М. Парсонса, Н. Смелзера, Д. Рекса и других сформиро-

16

вали основные парадигмы конфликтологии.

Однако поставленная проблема будет представляться иллюзорной, если не будет рассмотрен вопрос о предмете конфликтологии как самостоятельной науки. К 60-м годам XX в. на почве пограничных и взаимообогащающих исследований вычленился собственный предмет комплексной по характеру науки – конфликтологии, который включает в себя изучение природы, причин и механизмов конфликтов в человеческом обществе, а также разработку путей их предотвращения и разрешения.

Онтологически – по существу объекта (общество) и характеру предметных проблем (конфликтная форма воплощения противоречия), а также гносеологически (благодаря единству методов познания) рассматриваемая наука относится к классу

социально-гуманитарных, таких как социология, политология, психология, история и философия. В то же время, она достаточно близко примыкает к юридическим наукам — теории государства и права, юридической деонтологии, юридической психологии, социологии права, а также и к отдельным отраслям права, прежде всего уголовному и гражданскому процессам, уголовному, гражданскому, трудовому, административному, государственному, международному праву и др. Сближают конфликтологию и юридическую науку бытийные основания и генетическая природа интересующих их проблем, которые разрешаются путем выявления и разрешения исходного противоречия, зачастую уже принявшего форму конфликта.

Можно утверждать, что для отечественной украинской (в более широкой постановке – постсоветской) науки конфликтологическая проблематика является новой по двум причинам: во-первых, до недавнего времени у нас была недостаточно полно и глубоко развита общая конфликтология как комплексная социально-психологическая дисциплина, хотя некоторые исследования советских времен и переводные публикации известных западных конфликтологов (Д.Г. Скотта, Р. Фишера, У. Юри, Д. Аронсона, Р. Дарендорфа, Ж.П. Пажеса, Р. Преториуса) создавали исходные теоретические и гносеологические предпосылки; во-вторых, определенное торможение генезиса юридической конфликтологии было обусловлено тем, что в науке прошлого традиционно догматическое изучение права не способствовало более широкому его восприятию и трактовке, в том числе как инструмента урегулирования социальных, политических (особенно государственно-политических) и психологических конфликтов.

17

В современных условиях данная наука все более приобретает аналитическое и практическое значение. Конфликтологический подход означает в аспекте праксиологии, что конфликт – не случайный эпизод, а постоянное состояние социально-политического процесса; развитием сложно структурированного современного общества движет борьба интересов, потребностей, амбиций, целей и норм. Как социальный процесс конфликт – одна из форм социального взаимодействия; он может быть инструментом формирования, стандартизации и поддержания социальных структур, способом реанимации групповой идентичности и предохранения группы от ассимиляции (Г. Зиммель, Л. Козер, Р. Дарендорф).

Конфликтология оперирует системой собственных категорий и понятий, многие из которых восприняты из философии, социологии, правоведения и других социальных дисциплин: дихотомия, антиномия, дилемма, противоречие, столкновение, противоположность, отрицание, девиация, аномия, дезинтеграция и др. Собственно конфликтологические понятия, такие как конфликт, конфликтная ситуация, фазы и стадии конфликта, эскалация, генерализация и реверсия конфликта, компромисс, консенсус, диалогизм, переговоры, «третейский суд», посредничество, насилие, батальность, нетерпимость и прочие могут быть интерпретированы в контексте как философского, психологического, социологического, так и юридического подхода.

Как наука конфликтология опирается на ряд гносеологических законов и закономерностей конфликтного взаимодействия. В этом ряду обозначим следующие:

— в основе причинной обусловленности конфликта лежит единство взаимодействия объективных и субъективных факторов;

— в природе любого социального конфликта заложено противоречие (преимущественно антагонистическое), однако противоречие и конфликт – это не

идентичные явления, хотя природа противоречия, в принципе, конфликтогенна;

— «конфликт есть обратная сторона всякой интеграции», поэтому он столь же неизбежен в обществе, как и интеграция социальных институтов (Р. Дарендорф);

— острота конфликтного взаимодействия зависит от того, насколько «реалистическими» или «нереалистическими» (иррацио-нальными) являются цели конфликтующих сторон (Л. Козер);

— конфликт поддается управлению (регулированию) при условии его институционализации, формализации действий проти-

18

востоящих сторон и при наличии ценностных предпосылок (уважение позиции оппонентов, настрой на лояльность, диалог и пр.).

Методологический аппарат конфликтологии дополняется системой общих и специальных методов. Общенаучные подходы, используемые в конфликтологических исследованиях, — это философский (диалектико-материалистический, позитивистский, постструктуралистский, постмодернистский и др.), общесоциологический (комплексного, системного анализа), исторический (компаративный, причинно-следственного анализа), логический, формально-юридический, общепсихологический подходы. Специальные (или частные) методы и подходы конфликтологии вычлняются в процессе опыта социального анализа, среди них — структурно-функци-ональный и функциональный, аксиологический, ресурсно-ценност-ный, факторного анализа, бихевиористический, субъектно-деятель-ностный, контент-анализ, статистического обобщения и технологии управления (в том числе юридическое регулирование) конфликтными ситуациями, математическое и «игровое» моделирование.

Прежде чем приступать к анализу юридических аспектов конфликтных ситуаций, отметим, что многие социальные конфликты протекают в сфере правовых отношений. Они объективно порождаются юридическими ситуациями, а затем и снимаются сугубо юридическими средствами. Так, правоохранительные и судебные органы значительную часть своей деятельности уделяют расследованию, рассмотрению, разрешению и предупреждению преступлений, т.е. конфликтов, имеющих юридический характер и реализующихся в уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношениях.

Равным образом большинство гражданских, трудовых, административных и других дел фактически представляют собой конфликты, разрешаемые в суде в установленном законами Украины порядке. Однако этот аспект деятельности правоохранительных и судебных органов, рассматриваемый с точки зрения проблем конфликтологии, до настоящего времени в достаточной мере не исследован. Данное обстоятельство, естественно, не может не влиять и на глубину научных разработок отмеченных проблем в области юриспруденции. Вот почему, с точки зрения прагматической мотивации, назрела потребность в разработке самостоятельной комплексной научной дисциплины теоретико-прикладного характера, — юридической конфликтологии. Последняя призвана прежде всего систематизировать, логически и гносеологически упорядочить рассмотрение

19

широчайшего спектра проблем, таких как конфликт и право, юридический конфликт, правовые механизмы разрешения конфликтов, коллизии в праве как источник конфликтов, юридические последствия социальных конфликтов и многие другие.

Синтез конфликтологических проблем и положений юридической науки представляет особый интерес и имеет ярко выраженную тенденцию к саентификации (научное становление), т.е. к вычленению набора специфических проблем, образующих собственный предмет науки, к оформлению четко определенной стороны объекта (для конфликтологии – «социум конфликтный») и к верификации общих и специальных методов исследования.

Современное науковедение позволяет квалифицировать подобные процессы как начало развертывания нового научного направления – юридической конфликтологии. Утверждать, что она уже оформилась как самостоятельная научная дисциплина, вероятно, еще нет достаточных оснований. Однако по опыту формирования и структурирования таких комплексных наук, какими являются и социология, и философия, можно утверждать, что юридическая конфликтология как специальная теория конфликтологической науки сложилась вполне. Наиболее серьезный труд в области теории правового конфликта – это 3-томная работа «Юридическая конфликтология» под редакцией вице-президента РАН академика В.Н. Кудрявцева, подготовленная Центром конфликтологических исследований РАН в 1995 г., а также ряд других немногочисленных, хотя и весьма интересных работ (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10).

Юридическая конфликтология, по мнению В.Н. Кудрявцева, обобщает и изучает те особенности, которые характеризуют конфликт с позиций права. По существу, это является попыткой определения предмета новой научной дисциплины (5, 6, 7). Представляется, что сущность *предмета юридической конфликтологии* может быть раскрыта более предметно в такой постановке: *проблема конфликтного взаимодействия между субъектами правоотношений*, или (более узко) *проблема конфликта в правовой сфере*. Теоретическое (как методологическое, так и гносеологическое) значение такого подхода состоит в возможности сочетания проблемы конфликтов с правовыми институтами и, следовательно, рассмотрения конфликта не в абстрактном социальном пространстве, а в реальной связи с действующими правовыми механизмами и правоотношениями.

Отсюда следует и праксиологический смысл такого подхо-

20

да: установить, могут ли нормы права воздействовать на зарождение, развитие и разрешение конфликта. Если могут, то как использовать юридический инструментарий для смягчения, прекращения и предупреждения конфликта либо управления им. Гносеологический же смысл – в установлении природы и формы конфликта (чисто юридического, смешанного или ложного).

Здесь уместно напомнить мысль академика П.Л. Капицы о том, что между прикладной и чистой наукой имеется только одно различие: “в прикладной науке научные проблемы идут из жизни, в то время как чистые науки сами ведут к прикладным результатам” (4, с. 93), потому что никакое научное знание не может оставаться оторванным объективной реальности; так или иначе оно найдет свое применение и даст практические результаты.

Таким образом, рассмотрение, казалось бы, чисто теоретических проблем, к примеру криминалистики или криминологии, с позиции более широкой научной концепции, каковой и является теория конфликта, самым тесным образом смыкается с разработкой приемов и рекомендаций по осуществлению высокоэффективной криминалистической, либо процессуальной деятельности.

До настоящего времени такая сложная и значительная область юридической практики, как, например, деятельность следователя, судьи или других участников процессуальных действий, исследуется преимущественно в традиционных парадигмах правовых наук — уголовного и гражданского процесса, криминалистики и др. С этих позиций изучаются и конфликты, возникающие в данной сфере. В то же время общенаучная теория деятельности вполне определенно предлагает уже наработанные схемы анализа юридической (или криминологической) практики в парадигме конфликтологии с целью ее дальнейшей рационализации и возможного предупреждения профессиональных конфликтов либо более эффективного разрешения уже возникших конфликтов.

Конфликтологическая наука исходит из того, что конфликт есть нормальное явление общественной жизни, естественно предопределенное диалектикой социального развития, выявление и преодоление которого теоретически важно и практически возможно.

Для современных политических практиков, к сожалению, по-прежнему остается неясным соотношение величин в философской дихотомии “конфликт-согласие”. Хотя исторический опыт доказывает, что общество достигает упорядоченности жизни населения только через согласие, через достижение взаимного понимания и

21

признания однако, социум к ним приходит, лишь преодолев неизбежные конфликты интересов, ценностей и норм. Реальная политика часто оказывается неспособной достигнуть состояния так называемой “рефлексивной политики”, которая означает обеспечение в обществе “разумного баланса конфликтов”, уравновешенного социально-политической лояльностью.

Развертывание конфликтов на различных уровнях социальной организации и в разных ее сферах (в том числе правовой) привело к тому, что в нашем обществе происходят радикальные, порой необратимые перемены, характеризующиеся изменениями политической системы, экономических отношений, геополитического пространства и статуса суверенного Украинского государства.

Следует согласиться с идеей А.Г. Здравомыслова о том, что в постсоветских обществах сложились четыре основных «поля» политического пространства, на которых разворачивается борьба противостоящих интересов (3, с. 5, 6). Фактически они представляют собой объективные сферы конфликтных отношений с мощнейшим политико-правовым содержанием. В Украине более точно было бы выделить пять “полей”, дополнив ряд, предложенный известным российским социологом, и отметив при этом, что именно здесь проявляются наиболее явно и остро как весьма резонансные юридические конфликты государственно-правового характера, так и другие в том числе. Речь идет о таких “полях”, как конституционность и закон; приватизация; взаимоотношения регионов Украины с центральной властью, усложняемые межрегиональными претензиями, амбициями и территориальными интересами; вхождения Украины как суверенного государства в мировое сообщество и политико-экономическое пространство СНГ; наконец, особое для Украины — “поле” культурного диссонанса и проблемности в утверждении языка и духовных традиций «титальной» нации украинцев наряду с культурами других народов и этносов, оказавшихся в статусе национальных меньшинств, но живущих тут столетиями как коренные.

Стратегия социальных перемен и сопровождающие ее конфликты сосредоточены на линии индивид – социальная группа – общество – государство. Два последних перестали восприниматься абстрактно и выступают в конфликте либо в качестве всеобщей силы тотального угнетения, либо, напротив — в качестве гаранта индивидуального и семейного благосостояния. А это привело к появлению новой категории конфликтов.

Во-первых, проявились (т.е. вышли из латентного состоя-

22

ния) конфликты, ранее существовавшие скрыто, например, институциональные — между производственной, непроизводственной социальной и неоправданно «раздутой» управленческой сферой.

Во-вторых, возникли новые, связанные с борьбой за власть, влияние, собственность, престиж и за иные средства самоутверждения в политическом и социальном пространстве. Эта группа конфликтов, по мнению А.Г. Здравомыслова, имеет двойкий характер (3). С одной стороны, умножение числа идеологических и политических конфликтов, являющихся по сути конфликтам ценностей, является естественным следствием демократизации и выражается в возникновении плюрализма политических позиций, многопартийности, новых государственных и политических институтов. С другой — эти же процессы, подорвав ранее существовавшие властные структуры, в значительной мере ослабили ситуацию правопорядка и законности, в чем-то функционально обезоружили силовые органы, приведя к стихийности, неуправляемости процесса “первоначального накопления” зачастую криминальных капиталов и роста неумных частнособственнических интересов. В результате того, что насилие, угроза его применения широко распространились в социально конфликтном пространстве, возникли новые формы преступности (уголовно-правовой конфликт), такие как: рэкет, торговля оружием и “живым товаром”, наркобизнес, захват заложников с целью выкупа (в том числе и детей), наемные и «заказные» убийства в деловом, политическом и криминальном мире, нажива на экспорте нелегальных товаров, информационное «пиратство» и другие нелегальные способы быстрого обогащения, часто требующие военизированной защиты.

Криминализация общества имеет своим следствием: а) подрыв доверия к властям; б) создание ситуации и ощущений слабой социальной защищенности, неуверенности в будущем и намеренное в возможность обеспечения правопорядка; в) превращение борьбы с преступностью в первостепенную государственную задачу, заслоняющую другие болевые социальные проблемы. Это является еще одним аргументом для развития исследований в области юридической конфликтологии.

В-третьих, появились конфликты депривации (нереализованных социальных ожиданий), связанные с тем, что определенная часть населения, особенно не востребовавшая по возрасту или профессии, не нашедшая для себя места в новом социальном пространстве, составляет потенциальный резерв и источник как социальных,

23

так (что, естественно, не исключено, и криминальных конфликтов.

Таким образом, появление и переплетение этих новых видов конфликтов косвенно и прямо свидетельствуют о социетальном кризисе, близком к аномии, т.е. о кризисном состоянии всего общества и массового общественного сознания. По мнению социологов, подобный кризис выражается в разрастании всего комплекса явлений

девиантного поведения, в разрушении устоявшихся норм и правил социальной коммуникации, в феноменах десоциализации и криминализации, которые расшатывают общественные механизмы стабильности.

Право и его сфера органично связаны с политикой и всеми иными общественными отношениями. Ведь право представляет собой один из универсальных механизмов разрешения любых социальных конфликтов. Именно поэтому, рассматривая становление новой научной дисциплины – юридической конфликтологии – необходимо актуализировать юридическую компоненту в конфликтологии.

Конфликтологический подход весьма продуктивен в юриспруденции, когда преступление рассматривается как результат конфликта между людьми, между индивидом и обществом, между гражданином и государством, т.е. прослеживается механизм его возникновения, а следовательно, предупреждения и разрешения. Конфликт продолжается и в судебном процессе: обвиняемый и его защитник, с одной стороны, обвинитель и пострадавший – с другой. В международно-правовой и государственно-правовой практике конфликтологический подход также является одной из продуктивнейших сторон гносеологии проблемных явлений.

В то же время, следует помнить, что конфликт – лишь одна из многообразных форм проявления и развертывания диалектического противоречия наряду с несоответствием или различием. Поэтому далеко не каждое противоречие, возникающее в правовых процессах (например, в области уголовного судопроизводства) должно расцениваться как конфликт. Последний рассматривается как противоречивое взаимодействие сторон, обладающих несовместимыми целями (интересами) или способами их достижения, следовательно, исходное противоречие в нем должно приобрести именно эту специфическую остроту.

В уголовном судопроизводстве цели и интересы сторон, как правило, существенны для каждой из них и часто несовместимы между собой. Так, цели следователя и обвиняемого при взаимодей-

ствии чаще всего противоположны. Если первый в силу служебного и нравственного долга направляет свою деятельность и все взаимодействие с обвиняемым на раскрытие преступления, то обвиняемый пытается избежать ответственности или как минимум смягчить ее. Несомненно, интересы и цели этих двух лиц (социально-правовых ролей) существенны для них и несовместимы, а следовательно, данная ситуация в принципе конфликтна.

Весьма показательна и другая сторона дефиниции юридического конфликта, связанная с несовместимостью способов достижения цели. Так, в юридической практике цель у сторон может быть одна (государственный обвинитель и защитник подсудимого в судебном заседании преследуют общую цель – способствовать суду в установлении истины и вынесении правомерного и обоснованного приговора), но идут они к ее достижению различными путями, в силу своего процессуального положения, используя совершенно различные способы. Прокурор, к примеру, не связан с выводами предварительного следствия, составившего обвинительное заключение, и оценивает доказательства по своему убеждению, профессиональной глубине, основанной на всестороннем и объективном рассмотрении дела. Защитник же подсудимого не вправе отказаться от возложенной на него функции защиты обвиняемого, не может вступать с ним в коллизию, в частности, признавать его вину в инкриминируемом ему преступлении в случае ее отрицания подзащитным и т.п. Поэтому взаимодействие

государственного обвинителя и защитника имеет характер «имитируемого» конфликта, проявляющегося в форме состязательности сторон в уголовном процессе.

Наконец, для окончательной институционализации конфликта существенно и важно, чтобы взаимодействие носило осознанный характер, противоречие было также осмысленно, как и конфликтное хотя бы одной из взаимодействующих сторон. Это весьма актуально в уголовном судопроизводстве и, конечно, в реализации любого социально-правового конфликта.

Следующая методологическая проблема — это границы конфликта. В процессе ее научной отработки в основном устоялся подход о выделении трех аспектов определения границ конфликта: пространственного, временного и внутрисистемного. Масштабы и временные рамки также важны для специфики юридической конфликтологии, однако в пределах так называемого “внутрисистемного” подхода (аспекта) здесь появляется специфическое правовое содержание. Всякий конфликт происходит в своей социальной сис-

25

теме — будь-то семья, малая социальная группа, трудовой коллектив, ассоциация, государство, международное сообщество и пр., и масштабные пределы конфликта могут быть глубокими, обширными или частными, ограниченными. На наш взгляд, юридическая конфликтология вычленяет здесь специфическую проблему “легитимного поля” в пределах осуществления и разрешения конфликта. Его показателями (даже в самом общем виде) могут выступать: мера нарушения легитимности процесса, принявшего конфликтный оборот; степень легитимности действий конфликтующих сторон, в том числе и их притязаний; наличие в действующем законодательстве норм и средств по разрешению соответствующих конфликтов; квалификация легального статуса субъектов конфликта и др.

Богатый потенциал для наращивания парадигмы юридической конфликтологии имеет проблема окончания конфликта. Так, последний может быть исчерпан (например, примирением сторон), но может также прекратиться из-за выхода из него одной из сторон либо ее уничтожения (во время войны, при совершении преступления); наконец, возможно пресечение развития и прекращение конфликта в результате вмешательства третьих лиц. Таким образом заканчиваются так называемые “криминальные конфликты” между организованными преступными группами, а также уголовно-правовые и гражданско-правовые конфликты, конфликты в области трудовых отношений и другие, где “третьим лицом” выступает Закон в статусных функциях его полномочных применителей. Практика международно-правовых отношений все чаще использует «третьи» силы для пресечения межнациональных, внутри- и межгосударственных конфликтов (ввод войск ООН, дипломатическое посредничество и др.).

Юридической конфликтологии при задействовании этих признанных гносеологических подходов, целесообразно отработать свой, специфический, институционально-ролевой подход, который бы, опираясь на юридическую норму и фиксированные в ней социальные предписания (возможности и запреты), определял институциональные характеристики и свойства всех участников конфликта любого типа, образца, характера. Такой новый уровень институциональной квалификации участников конфликта потребует, конечно, разработки под углом зрения нормативистского подхода ролевого статуса субъектов противоборствующих сторон

(т.е. подстрекатели, пособники, организаторы, “тайные координаторы”, непосредственные исполнители, посредники и судьи в том числе третейские, а

26

также латентные участники — агенты-осведомители, “резидентура” и пр.).

В классической проблеме конфликтологии (причины конфликтов) особенности социально-правового подхода можно продуктивно реализовать в контексте так называемой концепции депривации, особенно для объяснения причин крупных общественных коллизий, что предлагал еще Е. Вятр в “Социологии политических отношений”. Речь идет о состоянии, для которого характерно явное расхождение между ожиданиями и возможностями их удовлетворения. Очевидно, что с течением времени депривация может усиливаться, уменьшаться или оставаться неизменной, что зависит от объективных социальных и субъективных факторов, но ее усиление — прямое воздействие на вероятность возникновения конфликта, особенно юридического.

Юридическая конфликтология в специфике своего рассмотрения и анализа актуализирует еще множество проблем. Здесь и типология юридических конфликтов (до сих пор определенному анализу подвергались лишь уголовно-правовые и процессуальные конфликты), и девиация как объектно-субъектная сторона конфликта, и правовые аспекты механизма развития конфликта (конфликтной ситуации, социальной напряженности, стадий развития и пр.), и насилие в контексте конфликта, и, наконец, правовые или нормативные механизмы разрешения и предупреждения конфликтов.

Необходимо особо подчеркнуть значение нормативных механизмов в процессе институционализации конфликта, его разрешения либо погашения в скрытой фазе. Нормы поведения можно в определенном смысле считать также институциональным образованием: ни один институт не действует без норм. Аномия (согласно идее Э. Дюркгейма) ведет к распаду социальных институтов. Конфликт как и всякое социальное отношение также регулируется нормами общественного поведения, сущностное содержание которых может быть различно: правовые, нравственные, религиозные, политические и пр. Нормативное регулирование конфликтов (в отличие от временного действующих институтов), делает систему более стабильной, определяет долговременный порядок их развития и разрешения, иерархизирует их по степени общественной опасности и в силу этого является наиболее эффективным и предпочтительным для развитых социальных систем, для интересов правового государства и гражданского общества.

27

Список литературы: 1. Баев О.Я. Конфликты в деятельности следователя (вопросы теории). - Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1981. 2. Водолазский Б.Ф., Гутерман М.П. Конфликты и стрессы в деятельности работников внутренних дел. - Омск: Изд-во Омск. ун-та, 1976. 3. Здравомыслов А.Г. Социология конфликта. 3-е изд. - М.: Аспект пресс, 1996. 4. Капица П.Л. Эксперимент. Теория. Практика. - М.: Наука, 1977. 5. Кудрявцев В.Н. Юридическая конфликтология // Вест. РАН, 1997. - Т. 67. - № 2. 6. Кудрявцев В.Н. Юридический конфликт // Государство и право. - 1995. - № 9. 7. Кудрявцев С.В. Конфликт и насильственное преступление. - М.: ЦКИ РАН, 1991. 8. Тацій В.Я., Тодика Ю.М. Функціонування державної влади в аспекті конфліктології // Право України. - 1997. - № 8. 9. Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия: власть и правопорядок // Государство и право. - 1994. - № 1. 10. Шестаков Д.А. Убийства на

почве семейных конфликтов. - Л.: Изд-во ЛГУ, 1981. 11. Юридическая конфликтология / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев. - М.: ЦКИ РАН, 1995.

О.П. Невельська-Гордєєва, канд. філос. наук

ОНТОЛОГІЯ І ЛОГІКА НОРМАТИВНОГО ПРОСТОРУ

Традиційно термін норма (*від лат. norma* - правило, зразок) припускає декілька тлумачень. По-перше, це правило поведінки - узвичаєний у конкретному соціальному середовищі спосіб поведінки, діяльності і її оцінки, наприклад, правила етики, гри. По-друге, норма права - правило поведінки загального характеру, встановлене або санкціоноване державою, що має обов'язкову силу, що наділяє юридичними правами й обов'язками суб'єктів права (громадян, посадових осіб, державні, громадські організації), що регулюють суспільні відносини і передбачають відповідальність у випадку порушення, - нормативно-правові акти. На відміну від інших соціальних норм (перша група значеневого тлумачення терміна "норма") норми права мають знакову форму вираження: у вигляді законів, юридичних прецедентів, інших офіційних джерел. Одночасно у науковій літературі існує і прямо протилежна точка зору Ж.Карбоньє на релігію як на нормативну систему, обдаровану такою же здатністю знаково відбивати різноманітні соціальні вимоги, як і право (8, с.42). Перший погляд характерний для атеїстичного суспільства, другий - для релігійного. По-третє, правило, або закон, якоїсь галузі наукового знання, наприклад, норма мовна, фізіологічна, медична, психологічна, норма представництва, норма як середня величина чого-небудь, технічна норма і т.д., які у нашому дослідженні розглядатися не будуть.

Отже, нас цікавлять соціальні норми, їх існування в суспільстві у вигляді нормативних мереж, присвоєння цих норм людиною через створення індивідуального нормативного поля. За визна-

28

ченням М.В.Поповича, нормативний простір - це система взаємозалежних вимірів, поле - реалізований простір, "реальність, яку ми "вимірюємо" і в який встановлюємо її структуру" (15, с.54). Нами пропонується визначення, відмінне від вищенаведеного: нормативний простір - система вимірів (не обов'язково взаємозалежних), нормативне поле - метафізичний простір буття норм. Нормативна мережа є ієрархізованою нормативною структурою. Індивідуальне нормативне поле - це ієрархія норм, привласнених суб'єктом.

Кожна людина в кожній конкретній ситуації постає перед вибором або формальної поведінки - за строго встановленими правилами, або антиформальної - всупереч встановлених норм.

Коли людина постає перед вибором дії, у її свідомості стають предметними дві форми поведінки - на виконання норми і на порушення її. А чи не може ускладнюватися ситуація тим, що у полі свідомості освітлена не одна норма з двома альтернативами: виконувати або порушувати, а дві взаємовиключні норми (наприклад: не можна вбивати абортотом ненародженого немовляти й аборт - соціально дозволений засіб регулювання народжуваності), і кожна з цих норм пропонує нормовану й антинормовану поведінку, причому нормоване поведіння у першому випадку вступає у протиріччя з нормованим поведінням у другому. І це незважаючи на вимогу

логічної несуперечливості норм: “дозволено А” не може існувати одночасно з “заборонено А”. Поводження, що ігнорує прийняті у суспільстві соціальні норми, призводить до антисуспільної поведінки, поведження: “жити за правилами і стандартами, що прийняті у товаристві” - така позиція спроможна завести людину в будь-яку аморальну ситуацію, бо питання: “чи морально конкретне товариство, яке існує за прийнятими ним самим правилами?” - не постає. Часом позиція людини може бути більш ускладненою: “цей світ настільки поганий, що я не хочу його любові; більш того, я хотів би заслужити його ненависть; і я готовий прикласти спеціальні зусилля (стати панком), щоб викликати ненависть, і коли я стану огидний в огидному світі, може бути, за своєїрідною логікою мінуса на мінус, що дає плюс, у результаті я буду краще, вище і чистіше цього світу...” (14, с.228).

Питання, чи є юридична норма відбитком дійсності, або вона відбиває лише належне, а не суще, є принциповим, тому що з нього випливає вирішення проблеми припустимості застосування критерію “істинності” - “хибності” до правової норми. Якщо правознавець, який формулює якийсь положення, не має сумнівів щодо від-

29

криття чогось, що існувало і до цього формулювання, то, за вдалим порівнянням Г. Тарда (17, с.57), він уподібнюється хіміку, який відкрив новий елемент. Але якщо юридична норма не відбиває дійсність, а як вимога, застереження замість опису ситуації вказує, в якому напрямку її треба застосовувати, то від такого опису ніхто не може вимагати його істинності. Норма тут характеризується як вдала, ефективна, доцільна, але не істинна. А людина, як переконує нас у цьому гуманістична філософія, відчуває потребу в морально правильному поведженні і вчинках. Але якщо не оцінюється істинність або хибність норми, то вводяться оцінки “добре”, “погано”, “байдуже” і порівняльні поняття “краще”, “гірше”, “однаково цінно”. Логіка норм, що вивчає логічні зв'язки нормативних висловлень, говорить про обов'язковість, дозволеність, забороненість, байдужість, заохочуваність. Закони логіки норм включають положення:

- жодна дія не може бути одночасно дозволеною і забороненою;
- байдужа дія не є ані забороненою, ані обов'язковою;
- дія обов'язкова тільки у тому випадку, якщо заборонено утримуватися від дії;
- дія дозволена, коли вона не заборонена;
- від забороненої дії обов'язково утримуватися.

Для норм закони логічної модальності вилучаються у такий спосіб:

- логічно необхідна норма логічно дійсна і можлива;
- логічно дійсна норма можлива, але логічно не необхідна;
- логічно можлива норма може не бути ані логічно дійсною, ані логічно необхідною.

Коли норма можлива і тим більш дійсна, вона подана для сприйняття людиною, тобто знаходиться у нормативному полі, у просторі якого особистість самовизначається. Самовизначенням називається психологічний процес устанавлення особистістю меж, меж припустимих дій і відхилень від дій, при яких вона зберігає незмінним індивідуальну особистісну структуру.

Нормативне поле містить у собі норми - правові, релігійні, моральні (секуляризована мораль, на відміну від релігійної моралі), психологічні й інші. Нормативне поле надається людині в процесі її життєдіяльності під час знайомства з нормативно-правовими актами, міжособистісного спілкування, при реалізації

віросповідання тощо. Якби правові норми цілком збігалися з релігійними, релігійна мораль - із секуляризованою мораллю, то людина самовизначалася

30

б тоді у дихотомічному полі “норма” - “патологія”. При наявності низки норм, що не співпадають у нормативному полі, особистість змушена здійснювати процес самовизначення. Правова норма може рекомендувати дію, а релігійна норма - утримування від дії (наприклад, релігійна норма пропонує утримуватися від розлучення, правова - дозволяє здійснити розлучення; релігійна норма стверджує: “покрий гріхи іншої людини і Бог покриє твої”, правова - тягне юридичну відповідальність за приховання фактів злочину і т.п.), проте людина не може одночасно здійснювати дію й утримуватися від неї. У межах тільки правової або релігійної норми дія і стримування від неї не можуть одночасно бути обов'язковими. Але при соціальних нормах, що не співпадають, людина повинна вибрати найбільш доцільний для себе варіант поведінки. Крім того, реальні системи норм, що включають, можливо, десятки тисяч норм, звичайно, не цілком послідовні: всередині однієї системи можуть з'являтися норми, одна з яких щось забороняє, а інша це ж саме дозволяє. Існування таких норм логічно не припустимо, бо вони є конфліктуючими. Існування нормативних систем із конфліктуючими нормами суперечить вимозі логічної послідовності і несуперечності. З протиріччя в логіці може випливати все що завгодно. Таким чином, поява протиріччя в теорії призводить до можливості існування будь-якого твердження, а в реалізації дій - до тупикової для людини ситуації (особистість влучає у ситуацію фрустрації): якщо обов'язково чинити дію, то неможлива обов'язковість її нескоеення, і навпаки, якщо обов'язково утриматися від дії, то неможлива обов'язковість її учинення. Яким чином буде діяти людина в ситуації, коли необхідно самовизначитися з метою обрати для себе форму поведінки: “дія” або “бездіяльність”?

Г.Х. Вригт стверджує, що поведінка в цілому є хорошою, тобто відповідаючою моральному ідеалу, якщо (і тільки якщо) всі вчинки, з яких вона складається, об'єктивно гарні (4). Отже, якщо поведінка складається з негативних дій, то вона є поганою, такою, яка не відповідає моральним ідеалам. Але, на думку В.О. Лобовикова, у деяких випадках, коли один з кон'юнктив гарний, а інший - лише трошки поганий, кон'юнктивна дія може бути не поганою, а гарною (12, с.24). Прикладом служить факт, що “у повсякденному житті ми все-таки позитивно оцінюємо в цілому поведінку або життєвий шлях великої людини, яка зробила значний внесок у прогресивний розвиток людства, незважаючи на те, що вона, приміром, палила, а паління шкідливо з медичної і погано з моральної точки

31

зору (і вона це прекрасно розуміла і могла б взагалі не палити)” (12, с. 24). Ми не можемо погодитись з точкою зору В.О. Лобовикова, бо гарні і погані вчинки треба розглядати самі по собі, а не вкупі: крім того, саме у повсякденному житті той же вчинок людини можна оцінити і як позитивний, з однієї точки зору, і як негативний - з іншої, не говорячи вже про події більш віддалені у часі: ”у якусь епоху якийсь бунт у передмісті Сент-Антуан переживається його акторами-учасниками як перемога або як поразка Парламенту або Двору, в іншу - як перемога або поразка пролетаріату і буржуазії. Таким чином, усяка фіксація ... являє собою залишений історією шрам: або сторінку сорому, що забувають або закреслюють, або сторінку слави, що зобов'язує” (10, с.31).

Незважаючи на те, що деонтологічна етика визнає дію морально справедливою, якщо вона відповідає нормам, що моральні самі по собі, незалежно від їх можливих наслідків і відповідності загально визнаним цінностям існуючої моралі (6, с.37), Р.М. Чис (5) висуває як моральні дилеми, що викликають здивування, розгубленість, зняковілість, два стани:

1) у деяких випадках нескоєння хорошого вчинку може бути гарним вчинком (проілюструвати цей стан ми можемо на прикладі з “Отечника”, який було складено Ігнатієм Брянчаниновим. “Три ... чоловіки прийняли чернецтво. Один обрав собі у діяльність примиряти тих, хто свариться, інший - відвідувати хворих, третій пішов на безмовність у пустелю. Перший, турбуючись припиняти чвари між людьми, не міг примирити всіх тих, кого примиряв. Переможений зневірою, він прийшов до того, який у свою чесноту обрав служіння хворим, але і того знайшов також змалодушним. Вони визнали, що виконання прийнятої ними чесноти перевищує їх сили. Змовившись між собою, вони пішли побачитися з третім товаришем своїм, що пішов до пустелі. Прийшовши, вони повідали йому про зняковілість свою і просили сказати, що йому надало життя в пустелі. Помовчавши трохи, він налив воду в цеберко і сказав їм: “Подивіться у воду”. Вона була бурхлива. За деякий час він знову сказав їм: “Тепер подивіться у воду, вона встоялась”. Подивившись у воду, вони побачили в ній свої обличчя, як у люстерці. Тоді він сказав їм: “Подібне цьому відбувається із людиною: коли вона знаходиться посеред людей, вона не може бачити гріхів своїх через безперестанну розвагу; коли ж вона піде до самоти, особливо в самотню пустелю, тоді вбачає свої гріхи” (12, с. 439, 440); 2) іноді стримування від здійснення негативного вчинку може бути поганим

32

вчинком. Візьмемо за приклад, поведінку Доріана Грея, героя роману Оскара Уайльда: герой зацікавився сільською дівчиною; дівчина закохалася в нього, була згодна поїхати з ним, проте в призначений час Доріан не прийшов: він вирішив, що варто втриматися від займання дівчини. Дізнавшись про це, друг героя піддає його вчинок критиці і намагається довести, що перша в житті добра справа Доріана Грея є практично злочином: він зробив дівчину нещасливою, вона завжди буде сумувати за ним, почувати себе скривдженою, а, можливо, і закінчить життя самогубством. “Не можу сказати, щоб ваше велике самозречення було великою моральною перемогою” - так оцінює поведінку Доріана лорд Генрі). Чис поділяє морально-правові функції на дві категорії: дуже строгі стосовно людей, які не потерпляють ні малісіньких дивацтв, людських кволостей, і гуманістичні, або поблажливі, що втілюють м'якість і толерантність (5).

Б.Спиноза казав: “Хто хоче все регулювати законами, той скоріше збудить пороки, аніж виправить їх; що не може бути заборонено, то необхідно повинно бути допущено, хоча б від того часто і відбувалася шкода” (16, с.263). Аналогічну точку зору висловлював Демокрит: “Чеснота сама по собі цінніша закону, що є лише засіб, причому не найкращий, для прилучення до чесноти” (13, с.371); “Той, хто виховується в чесноті переконаннями і доказами розуму, виявиться кращим за того, до кого застосовувалися закон і примус. Тому що той, хто утримується від кривди, тільки підпорядковуючись закону, буде, мабуть, грішити таємно; той же, кого спонукають робити це з належною уявою свої переконання, навряд чи стане робити що-небудь негарне, все одно - таємно або явно” (13, с.361).

Людина не може жити у безглуздому світі, що створює внутрішньоособистісний дискомфорт. Особистість спрямована надати змісту всьому, що відбувається. Людська свідомість не терпить порожнеч, і якщо немає істинного знання, ясної відповіді на виникаючі питання, розум заповнює прогалини можливими, недоведеними уявленнями про те, що відбувається. Людський розум дозволяє пояснити і виправдати будь-які дії і вчинки як власні, так і інших людей, тобто особистість спроможна завжди сформулювати логічно несуперечливе “алібі”. М.М. Бахтін, розпізнаючи цю здатність “розумного” самовиправдання, говорить про вчинок як про “не-алібі у бутті”. “Не-алібі у бутті” є не що інше, як засвоєна особистістю моральна ціннісна система. Як тільки цінності “сповзають” з моральних висот, так і виявляється самовиправдання.

Формування цінностей, засвоєння соціальних норм, ін-

33

теріоризація соціальних моделей поведінки - ці процеси темпорально злиті, і розвести їх у дослідженні - справа не з легких. Інша складність - “правова соціалізація є процесом індивідуального засвоєння не права взагалі, а такого права, яким його сприймає суб'єкт у період дитячої і підліткової соціалізації” (9, с.207), тобто при відсутності понятійної сутності і цілеспрямовано організованої рефлексії право сприймається на рівні повсякденної уяви.

В.А. Лефевр, намагаючись формалізувати психічну діяльність людини, пропонує моральний трюїзм: якщо суб'єкт, який скоює поганий вчинок, не спроможний побачити себе, тоді будь-який імпульс, що спонукає його вчинити дію (у тому числі і негативну), перетворюється на дію. Якщо суб'єкт спроможний побачити себе здійснюючим поганий вчинок, він спроможний відмовитися від його вчинення (11, с.5). Лефевр не обговорює критеріїв такого розмежування, але підставою тут служить уявлення особистості про себе як про людину, спроможну скоїти будь-який вчинок, у тому числі і самий аморальний, а якщо людина звеличує себе як морального суб'єкта, вона має більше шансів несвідомо порушити моральну норму, ніж у першому випадку.

Проте людська воля не підпорядкована закону необхідності. Результати психологічного лабораторного експерименту не можуть бути на 100% перенесені на різноманіття життя, тим більше, що людині властиво змінюватися й у залежності від екстремальності ситуації по-різному виявляти свої особистісні якості. До компетенції права входять передусім зовнішні дії і вчинки людей, внутрішні ж мотиви поведінки у першу чергу цікавлять психологію. Для психології не тільки “знати”, але і “виконувати” правові норми є недостатнім для висновків показником. Як використовує суб'єкт знання правових норм: чи має він намір їх виконувати чи тільки не порушувати, віддає перевагу діяти за законом або не виходити за рамки закону, - суттєве для психології питання.

Людині мало бути ознайомленим з нормою поведінки, їй треба мати впевненість і переконаність у її доцільності, соціальної та особистісної цінності. Норму можуть знати, але не виконувати, тому що вона не стала внутрішнім переконанням. Ф. Зімбардо, вивчаючи вплив соціальної ролі на особистість, організував гру “у в'язницю”, де ролі “ув'язнених” і “наглядачів” були розподілені між студентами за жеребком. Запланований на 14 днів, експеримент було перервано на 6-й день унаслідок фрустрації учасників. Учений робить висновок про те, що вимоги соціальної ролі виявилися силь-

34

нішими моральних імператив: деякі соціальні ситуації спроможні змінити думки людини, почуття і дії його. Один з найжорстокіших “тюремників” був затишним і сором`язливим хлопцем, якому здавалося, що “ув`язнені над ним насміхаються, і саме це спонукало його до підвищеної строгості” (7): як тут не повернутися до критерію Лефевра; що запобігання мислити про себе як про людину, спроможню скоїти аморальний вчинок, зводить до здійснення такого. Тому спроби будувати морально-етичні теорії без урахування психологічної амбівалентності і суперечливості особистості приходять у безвихідь. Самовиправдання “так роблять усі в цій ситуації” повністю відповідає Хабермасовській вимозі: “у морально-практичних дискурсах нормативні заповіді повинні бути випробувані не тільки з погляду їхньої значимості і доречності, але й у світлі їх співвідносності настроям інших людей” (18, с. 22), але незадовольняючими уявлення про права людини. Так, Ф.М. Бородкін і Н.М. Коряк говорять про неприпустимість однієї і тієї ж норми поведіння у різних поведінкових ситуаціях: “грань, що розділяє поведіння людини і поведіння посадової особи, дуже тонка, майже непомітна” (1, с.19), але вона існує і надзвичайно значима. Пригадаймо психологічні дослідження конформної поведінки. Людині пропонувалися два відрізки - великий і малий. Необхідно було встановити, який з них більше. Випробуваний успішно справлявся з завданням, але потім у кімнату по одному заходили інші нібито випробувані, а на ділі “підсадні качки”, кожний з яких незалежно один від одного стверджував, що “великий” відрізок менше, а “менший” - більше. 70 % випробуваних відмовилися від своєї початкової точки зору. Психологи раділи - от це дійсні конформісти: вони готові покласти у жертву власний погляд для групових інтересів. Але з часом думка психологів різко змінилась: випробуваний жертвує інтересами всього розсудливого людства в угоду маленькій групці людей. Ще на початку ХХ ст. логік Н.А. Васильєв писав: “Порушуючий правила гри вступає в конфлікт з угодами, той, хто порушує правила логіки, знаходиться в конфлікті з істиною, стандарти якої не є конвенціональними” (3, с.126).

Список літератури: 1. Бородкин Ф.М., Коряк Н.М. Внимание: конфликт. - Новосибирск: Наука, 1989 - 190с. 2. Брянчанинов И. Отечник. - М.: Подворье рус. на Афоне Свято-Пантел. монастыря, 1996 - 512 с. 3. Васильев Н.А. Воображаемая логика. - М.: Наука, 1989. - 264 с. 4. Вригт Г.Х. фон Логико-философские исследования. - М.: Прогресс, 1986 - 600с. 5. Chisholm R.V. Super erogation and Offence: A Conceptial Scheme for Ethics. - Ratio. - 1963. V.5. -P. 1-14. 6. Giesen K.-G. Entre

35

d'ecisionnisme et structuralisme: la pre`carite` de l`etique individuelle dans les the`ories relations internationales // Michel Girard (dir.). L`individu dans la politique unternationale. - Paris, 1994. 7. Зимбардо Ф. Застенчивость. - М.: Прогресс, 1991. - 208 с. 8. Кар- бонье Ж. Юридическая социология. - М.: Прогресс 1986. - 352 с. 9. Курильски- Ожвэн Ш., Арутюнян М.Ю., Здравомыслова О.М. Образ права в России и Франции. - М.: Аспект Пресс, 1996. - 215 с. 10. Лакан Ф. Функция и поле речи и языка в психоанализе. - М.: Гнозис, 1995. - 192 с. 11. Лефевр В.А. Формула человека: контуры фундаментальной психологии. - М.: Прогрес, 1991. - 108 с. 12. Лобовиков В.О. “Искусственный интеллект”, формальная этика и морально-правовой выбор. - Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1988. - 188 с. 13. Лурье С.Я. Демокрит. - Л.: Наука, 1970. - 398 с. 14. Мазурова А.И.Панк: альтернатива внутри альтернативы// По неписанным законам улицы/ Под ред. Миньковского Г.М. - М.: Юрид.лит., 1991. - С.

218-238. 15. Попович М.В. Раціональність і виміри людського буття. - К.: Сфера, 1997. - 290 с. 16. Спиноза Б. Избранные произведения. - Т.2.- М.: Наука, 1957 - 420 с. 17. Тард Г. Социальная логика. - СПб.: Изд-во СПб. ун-та, 1996. - 560 с. 18. Хабермас Ю. Демократия. Разум. Мораль: Моск. лекии. - М.: Изд-во Моск. МГУ, 1995.- 245 с.

А.Н. Толочко, канд. юрид. наук

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АКТЫ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И КОНСТИТУЦИОННОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

Конституции государств предоставляют законодательным органам полномочия по принятию законов, в которых определяются порядок осуществления прав и свобод человека и гражданина, гарантии их защиты и формы ответственности за их нарушения. Регулирование законодателем прав и свобод человека порой осуществляется через столкновение индивидуальных и государственных интересов. В юридической доктрине отмечалось, что «все основные права, даже если они исходят из естественных прав человека, имеют предпосылкой своего существования, с одной стороны, наличие государства, которое их гарантирует и защищает, с другой — противостояние именно этого государства основным правам. Из этой дилеммы может быть только один выход: провести тонкое, дифференцированное разграничение между сферой защиты основных прав и их ограничениями» (2, с.185).

Установление ограничений прав и свобод человека является одной из сложных проблем законотворчества. Решая ее, Верховная Рада Украины должна руководствоваться как нормами Конституции Украины, так и положениями международно-правовых актов, исходя из посылки о том, что конституционные нормы и нормы между

36

народных актов по правам человека определяют основания введения ограничений прав и свобод, допустимые в гражданском обществе.

Всеобщая декларация прав человека предусматривает, что возможные ограничения прав человек могут вводиться: а) только на уровне закона; б) исключительно с целью соблюдения и уважения прав и свобод других лиц и постольку, поскольку это совместимо с природой указанных прав; в) в интересах удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния (ст. 29).

Некоторые основания ограничений прав человека в международных документах регулируются более подробно. Так, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, закрепляя свободу объединения в профсоюзы и право на забастовки, допускает введение ограничений пользования этими правами для лиц, входящих в состав вооруженных сил, полиции или администрации государства (п. 2 ст. 8). Перечень допустимых ограничений содержится в Международном пакте о гражданских и политических правах применительно к свободе передвижения и свободе выбора места жительства, а равно к праву покинуть любую страну, к свободе мысли, совести и религии, к свободе выражения мнения, к свободе собраний, ассоциации и др.

К ним относятся ограничения, установленные законом и необходимые для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья и нравственности.

При наличии международных и внутригосударственных норм о правах и свободах человека важное значение приобретает их интерпретация международными органами по правам человека и конституционными судами в соответствии с правовыми предписаниями обеих этих систем. Только учитывая содержащиеся в решениях этих органов разъяснения прав и свобод, можно составить адекватное содержание конкретного права человека. При этом следует указать на то обстоятельство, что в международном праве нет нормативного акта, который исчерпывающим образом перечислял бы его общепризнанные принципы и нормы. Необходимо учитывать также неодинаковые формы интегрирования международных норм по правам человека в систему национального права. Многие государства объявили основные международные договоры, конвенции и установленные в них международные стандарты по правам человека составной частью своих конституций, т. е. непосредственно действующим правом (4, с. 28). Согласно Конституции Украины действующие международно-правовые акты становятся частью нацио-

37

нального законодательства Украины только после того, как Верховная Рада Украины даст согласие на их обязательность. Заключение международных договоров, противоречащих Конституции Украины, возможно только после внесения в нее соответствующих изменений (ст.9). В этой ситуации оценивать международно-правовые нормы в сфере прав человека призван прежде всего Конституционный Суд Украины, поскольку именно он дает заключение о соответствии Конституции Украины как действующих международных договоров, так и международных договоров, которые вносятся в Верховную Раду Украины для дачи согласия на их обязательность. Кроме того, Конституционный Суд Украины разрешает спорные вопросы относительно конституционности норм двух либо более актов международного права, признанных обязательными на территории Украины, которые устанавливают разный порядок реализации одних и тех же конституционных прав и свобод, чем существенно ограничиваются возможности их использования. Осуществляя в этих случаях производство, Конституционный Суд дает толкование, т. е. разъясняет и конкретизирует содержание норм международного права.

В настоящее время в практике правоприменения происходит процесс сближения или даже совпадения, принципов толкования как внутригосударственных, так и международно-правовых норм по правам человека (3, с.126). И этот процесс следует признать естественным, поскольку такое сближение содействует цели защиты прав человека. С учетом положений, провозглашенных в международных документах о правах человека (Всеобщая декларация прав человека — ст. 29 и 30, Международный пакт о гражданских и политических правах — ст. 5, 46, 47, Европейская конвенция — ст. 16, 17, 60 и др.), в юридической доктрине, практике конституционных судов и международных органов по защите прав человека «сложился ряд принципов и концептуальных установок для определения конституционности вводимых и применяемых органами государственной власти ограничений прав и свобод» (6, с.158). Эти принципы восприняты и в Украине практикой конституционного судопроизводства.

К ним относится принцип *запрета злоупотреблений правами человека*, означающий, что ни одна норма о правах человека не может быть истолкована таким

образом, чтобы обосновать за государством, группой лиц или отдельным лицом право со ссылкой на основные права и свободы человека ограничивать или отменять права других лиц. Подобный запрет одновременно означает требование

38

уважать права других. Так, Конституционный Суд Украины признал неконституционными положения Закона Украины «О выборах народных депутатов Украины» в части ограничения избирательных прав лиц, которые по приговору суда находятся на момент выборов в местах лишения свободы, а также в части лишения права быть избранными в Верховную Раду Украины граждан, имеющих судимость за совершение умышленного убийства, если эта судимость не погашена и не снята в установленном законом порядке (1. - №2. - С. 9).

Возможность ограничения прав и свобод человека по соображениям обеспечения интересов общества, государства или прав других лиц всегда таит в себе угрозу принятия ограничительных мер, несоизмеренных охраняемому общественному интересу. В качестве средства от таких злоупотреблений служит *принцип соразмерности (пропорциональности)* ограничений прав и свобод. Его смысл заключается в том, что конституционные суды обязаны выяснять, действительно ли опасность для конституционного строя и правопорядка настолько велика и реальна, что законодатель обязан предпринять ограничения прав и свобод человека, соразмерные возникшей угрозе. Этот принцип используется в процессе толкования и одновременно играет роль важного правового критерия при оценке конституционными судами соответствия законов конституции и международно-правовым стандартам. Он является гарантией защиты основных прав от нарушения со стороны государства и его органов, действия которых касаются субъективные права граждан.

Согласно юридической доктрине и позиции конституционных судов ряда стран (например, ФРГ) принцип соразмерности (пропорциональности) имеет три слагаемых: а) *требование соответствия*, т. е. использования таких средств, с помощью которых может быть достигнут желаемый результат; б) *требование оптимальности*, которое предполагает, что применяемые меры вовсе не нанесут ущерба правам и свободам человека или нанесут, но минимальный по сравнению с возможным применением других средств; в) *требование разумного соотношения*, согласно которому вторжение в сферу прав и свобод должно находиться в уместном соотношении с их ценностью и значением (7, с. 324).

Из взаимодействия названных составных принципа соразмерности слагается его основная функция — препятствовать чрезмерным ограничениям прав человека, которая получила признание как *правило запрета чрезмерных ограничений*. Следуя этому прави-

39

лу, конституционные суды должны определить, являются ли действия и меры, к которым прибегает государственная власть (например, ввод войск, применение военной силы, запрет демонстраций и собраний, запрет занимать определенные должности либо заниматься определенной деятельностью и т.п.), необходимыми в сложившейся ситуации либо такие меры нарушают допустимый предел ограничений.

Опираясь на критерии, которые слагаются в принцип соразмерности, конституционные суды определяют правовую обоснованность (легитимность) ограничения в законах основных прав и свобод личности. Технологию такого обоснования наглядно иллюстрируют решения конституционных судов о праве на

забастовку, под влиянием которых наметилась тенденция к либерализации законодательного регулирования права на забастовку, направленная на сужение его ограничений. Одновременно утвердилось правило, обязывающее бастующих не прекращать трудовую деятельность, необходимую для поддержания нормального жизнеобеспечения общества.

Применение этого принципа в практике Конституционного Суда Украины содержится в его решении о признании неконституционным положения указанного выше Закона о возложении на кандидатов в народные депутаты Украины, являющихся военнослужащими, работниками органов внутренних дел Украины, судьями, прокурорами, а также государственными служащими, обязанности увольняться с работы на период избирательной кампании, поскольку названное требование несоразмерно ограничивает положение Конституции Украины о равенстве прав и свобод граждан (1. - №2. - С. 9).

Особые сложности возникают в отношении тех прав и свобод, для которых конституция не устанавливает прямых оговорок, сужающих их содержание. Выход из такой ситуации конституционные суды ряда стран находят в *принципе сохранения основного содержания прав и свобод*. Этот принцип получил закрепление в Европейской конвенции о защите прав и свобод человека, а также частично и в Международном пакте о гражданских и политических правах (ст. 46, 47). Он используется как заслон против опасности «содержательного опустошения» этих прав и свобод, когда законодатель либо правоприменитель может ввести такие ограничения, которые уничтожат основное содержание регулируемого права человека. Такого рода заслон против «содержательного опустошения» судами общей юрисдикции основного содержания ст. 55 Конституции Украины о праве каждого на обжалование в суд решений, дей-

40

ствий или бездействия органов государственной власти, органов местного самоуправления должностных и служебных лиц установлен в ряде решений Конституционного Суда Украины (1. - №1. - С. 3-7, 34-38; №2. - С. 10).

Проблема ограничений прав и свобод в процессе их толкования прямо связана с целой системой оговорок. В этом отношении права и свободы подразделяются на те, которые сопровождаются *«отсылкой к закону»*, и на те, которые *отсылки не имеют*. Смысл отсылки к закону состоит в том, что регулирование прав и свобод допустимо только на уровне закона, соответствующего общим положениям конституции относительно допустимости и пределов (объема) вводимых ограничений. Поэтому любые ограничения прав и свобод должны вводиться только законом.

Ограничения прав и свобод нормативными актами исполнительной власти недопустимы, и нормативное регулирование прав и свобод законодатель не должен передавать исполнительной власти. Однако в современном парламентском государстве правительство формируется парламентским большинством и тем самым исполнительная власть получает возможность участвовать в процессе регулирования прав и свобод. Чтобы ограничить нежелательное вторжение исполнительной власти в эту сферу, конституционное судопроизводство должно соблюдать *принцип сохранения основного содержания прав*, согласно которому «отсылка к закону» получает почти универсальное значение и распространяется даже на те права и свободы, которые по внутреннему праву не сопровождаются такой оговоркой.

Наряду с этими универсальными принципами против произвольных ограничений прав и свобод человека в международной и национальной практике утвердился и ряд других существенных оговорок. Так, при ратификации международного договора о правах человека государство может сделать оговорку о том, что оно не берет на себя ответственность за несоблюдение или неприменение определенных положений договора. Если государство сделало такую оговорку, оно тем самым освобождает себя от обязанности применять указанное в международном договоре право или правило определенным образом и в соответствующем объеме. Юридическим последствием наличия такой оговорки со стороны государства становится отклонение жалоб по поводу нарушения прав и свобод, направляемых в международные суды лицами, находящимися под юрисдикцией этого государства, поскольку при ратификации меж-

41

дународного договора оно сделало соответствующую оговорку. Применительно к деятельности конституционных судов особое значение имеет обстоятельство, на уровне какого нормативно-правового акта был ратифицирован конкретный международный договор. Оговорка к такому договору соответственно приобретает юридическую силу такого же уровня.

Практика конституционного судопроизводства свидетельствует, что конституционные суды запрещают чрезмерные ограничения прав личности в процессе законодательной и правоприменительной деятельности и признают, что допустимые по конституции и международным актам ограничения прав и свобод должны по своему содержанию и объему соразмерно соответствовать целям вводимых ограничений и могут применяться только для защиты иных равнозначных правовых ценностей. Применяемые средства защиты к тому же должны быть необходимы и оптимально пригодны. Меры, выходящие за пределы ограничений прав человека, с помощью которых можно было бы ликвидировать опасность, и приобретающие чрезмерный характер, недопустимы. Из этого следует, что конституционное судопроизводство стремится к тому, чтобы ограничения прав и свобод человека и гражданина были сведены к необходимому минимуму, а чрезмерные ограничения запрещены.

Перечисленные принципы утвердились и в практике Европейского суда по правам человека (Страсбург) и Европейского суда правосудия (Люксембург), которые ориентируют национальные суды проверять принятые государством и его органами меры, затрагивающие права и свободы, не только с точки зрения их необходимости, но и относительно соразмерности интересов индивида и публичных интересов, ради которых такие меры предпринимаются (5, с. 106). Запрет чрезмерных ограничений прав и свобод в процессе законодательной или правоприменительной деятельности государственных органов адресован государству и означает, что допустимые ограничения должны быть по своему содержанию и объему соразмерны целям таких ограничений. Тем самым устанавливается требование содержательной связи и соразмерности ограничений и исключаются чрезмерные ограничения прав и свобод человека в сферах законодательной и правоприменительной деятельности.

Список литературы: 1. Вісник Конституційного Суду України. 2. Государственное право Германии / Пер. с нем. / Отв. ред. Б.М. Топорнин. - Т.2. - М.: ИГП РАН, 1994. - 320 с. 3. Даниленко Г.М. Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного Суда // Государство

42

и право. - 1995 - № 11. - С. 115-125. 4. Карташкин В.А. Права человека в международном и внутригосударственном праве. М., 1995. 5. Кряжков В. А., Лазарев Л.В. Конституционная юстиция в Российской Федерации: Учеб. пособие.- М.: БЕК, 1998. 6. Общая теория прав человека / Рук. авт. кол., отв. ред. Е.А. Лукашева. - М.: НОРМА. 1996. 7. Jarass / Pieroth. Grundgesetz fur die BRD. Kommentar. - Munchen, 1989.

Т.Н. Слинько, канд. юрид. наук

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИНФОРМАЦИОННЫХ ОТНОШЕНИЙ В АСПЕКТЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В УКРАИНЕ

Информационные отношения все более весомо влияют на стабильность социума и конституционного строя. Проблема безопасности в мире носит глобальный характер и имеет внутригосударственный и международно-правовой аспект. Соответственно и конституционное законодательство Украины сориентировано на международные стандарты высокого качества информационных связей. В период становления государственности в Украине, построения открытого демократического общества, формирования правовой системы на концептуально новой основе важную значимость приобретают средства массовой информации (СМИ). Это связано прежде всего с тем, что общественная жизнь отражается именно в массовой информации, на смену техногенной цивилизации приходит информационная, а степень развития информационного пространства постепенно занимает место суммарного показателя развитости страны. В целом изменив лицо общества информатизация и компьютеризация дали новый толчок к самосовершенствованию человека как главного показателя нерушимости державы. Информационный потенциал является одной из важнейших характеристик могущества современного государства. Ярким примером сказанному является то, что в современном мире в сфере информатизации и компьютеризации господствуют США, Западная Европа и Япония — лидеры в информационных технологиях.

Уровень увеличения и совершенствования информационной сферы подтверждается следующим: во-первых, ее развитие в мире серьезно опережает рост экономики — примерно 5% и 3% соответственно; во-вторых, три самых мощных информационных агентств — АРІ (США), REUTERS (Великобритания), AFR (Франция) кон-

43

тролируют 80% международных отношений, имеют возможность формировать определенное общественное мнение; в-третьих, из 30-ти наиболее популярных и влиятельных газет 9 выходят в Японии (3 из них являются крупнейшими в мире), 10 — в Китае, 6 — в государствах Европейского Содружества, по одной — в США, Южной Корее и Российской Федерации. Важнейшим заданием информационной деятельности того или иного государства является формирование и поддержание его позитивного имиджа в мировом информационном поле. С данной точки зрения процесс формирования позитивного имиджа Украины в мире можно оценить как недостаточно эффективный.

Проблема обеспечения права на информацию является достаточно важной, и в Украине этому уделяется существенное внимание со стороны государства. Это связано прежде всего с тем, что Украина как суверенное и независимое государство выходит в международное и европейское правовое пространство. Уже около года Европейская конвенция по правам человека более чем 700-ми дополнениями к ней судебными прецедентами (решениями судей, обоснование которых считается правилом при рассмотрении аналогичных дел) действует в отношении Украины. Вступление Украины в Совет Европы требует от национального законодательства дальнейшего приведения внутренней правовой системы Украины в соответствие с европейской системой конвенционных норм и стандартов защиты прав человека. Масс-медиа активно формируют общественное мнение, зачастую выражают мысли, которые шокируют, тревожат, волнуют. Однако этого требуют плюрализм, дух толерантности и открытости, что необходимо уважать. Предложения, содержащиеся в решениях Страсбургского суда по конкретным делам, — это не благие пожелания, а указания всем государствам — членам европейской правовой системы. Право на информацию относится к основным правам человека, а проблемы, связанные с деятельностью средств массовой информации, их взаимодействие с государством, имеют международно-правовой аспект.

Международно-правовыми актами регулируются вопросы защиты права граждан на объективную, открытую и достоверную информацию, на ее поиск и распространение, свободу слова и публикаций. Так, согласно ст. 19 Всеобщей декларации прав человека “... каждый человек имеет право на свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и на свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми способами и независимо

44

от государственных границ”. В Международном пакте о гражданских и политических правах также закрепляется право каждого человека на беспрепятственное высказывание своих мыслей, которое включает свободу искать, получать и распространять какую-либо информацию и идеи независимо от государственных границ, устно, письменно или с помощью печати и других СМИ.

Вопросам реализации права на информацию государствами мирового содружества уделяется большое внимание и на современном этапе развития общества.

Так, поднимался этот вопрос на Генеральной конференции ЮНЕСКО (1991 г.). На Мировом конгрессе в Монреале (июнь 1992 г.) и Международной федерации журналистов (МФЖ) была принята Виндхокская декларация, которая определила, что национальные законы о СМИ должны разрабатываться и приниматься таким образом, чтобы в них были гарантии существования независимых представительских ассоциаций. Вышеуказанная Декларация, ссылаясь на ст. 19 Всеобщей декларации прав человека, призывает к установлению конституционных гарантий свободы прессы и свободы объединений. В декабре 1994 г. Совет Европы на Четвертой министерской конференции одобрил постановление “СМИ в демократическом обществе”, которое поддерживает общественное телевидение и предусматривает поддержку акций, что обеспечивает плюрализм и независимость журналистов.

Организация Объединенных Наций назначила специального чиновника по вопросам свободы слова, в компетенции которого входит и рассмотрение проблем безопасности журналистов.

Вопросы обмена информацией между государствами ближнего зарубежья, а также принципы ее правового регулирования (обеспечение доступа к информации, законодательное регулирование прав граждан, организаций и государства на поиск, получение, ее использование и правовую защиту информации и др.) нашли свое отражение в модельном (рекомендательном) законодательном акте “О принципах регулирования информационных отношений в государствах — участниках Межпарламентской ассамблеи”, принятом в мае в 1993 г. Межпарламентской ассамблеей государств — участников в СНГ.

В Украине впервые на уровне Конституции закрепляется право каждого на информацию, на свободу мысли, слова, на свободное выражение своих взглядов и убеждений, а также право свободно собирать, сохранять, использовать и распространять инфор-

45

мацию устно, письменно или другим способом на свое усмотрение (ст. 34). Данная норма соответствует ст. 19 Всеобщей декларации прав человека, ст. 18, 19 Международного пакта о гражданских и политических правах, п. 1 ст. 10 Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека, а также взаимодействует со ст. 21, 23, 31, 32, 35. Статью 34 Конституции Украины необходимо рассматривать и как определенное развитие и конкретизация конституционного положения ч. 3 ст. 15, которой в Украине запрещена цензура. Статья 34 гарантирует доступ к СМИ любым политическим партиям, движениям, общественным организациям, профсоюзам и вообще каждому отдельному человеку.

Последняя часть ст. 34 Конституции обоснованно закрепляет ограничение в осуществлении указанных прав, если это касается интересов национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка, с целью предотвращения беспорядков, преступлений, охраны здоровья населения, защиты репутации или прав других людей, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, поддержания авторитета и непредвзятости правосудия. Предостережения такого характера присущи нормам международных соглашений и европейского права в области прав человека.

Сегодня объем прав и свобод человека определяется не только конкретными особенностями того или иного общества, а и “развитием человеческой цивилизации в целом, уровнем и степенью интегрирования международного сообщества. Чем целостнее становится мир, тем значительнее влияние, оказываемое на права и свободы международными факторами” (5, с. 10, 11).

Украина, став на путь построения демократического правового государства, ощутила потребность в формировании собственного информационного пространства. Развитие и защита его, а также суверенитета Украины, включающего национальные информационные ресурсы, к которым и относится информация, принадлежащая государству, является одним из важнейших задач как построения нашего государства, так и утверждения ее суверенитета и независимости.

Особое место в системе национальной безопасности, с государственно-правовой точки зрения, должна занять охрана Конституции, обеспечение стабильности конституционного строя Украины. Это комплексная политико-правовая проблема, как утверждает проф. Ю.Н. Тодыка, которая приобретает особое значение в период

46

становления государственности, экономической, политической и социальной нестабильности, формирования правовой системы государства на концептуально новой основе (1, с. 196).

Проблема обеспечения безопасности государства, защиты основ конституционного строя самым непосредственным образом связана с деятельностью государственных структур по обеспечению, соблюдению и защите Конституции Украины. Информационная безопасность является неотъемлемой частью общей национальной системы безопасности и охватывает экономическую, социальную, государственную, информационную, техническую, экологическую, эпидемиологическую, военную безопасность.

Статья 17 Конституции Украины в приоритетном порядке устанавливает, что защита суверенитета и территориальной целостности Украины, обеспечение ее экономической и информационной безопасности являются важнейшими функциями государства, делом всего украинского народа. В Основном Законе достаточно четко закрепляются полномочия высших органов государственной власти по обеспечению национальной безопасности державы. Важная роль в системе обеспечения ее безопасности принадлежит Президенту и правительству, а особая роль (как и во всех передовых странах мира) — парламенту (2, с. 214, 215).

Согласно ст. 8 Конституции Украины ее нормы являются нормами правового действия, а поэтому на ее основе возможно обращение в суд для защиты конституционных прав. Именно государство должно выполнять функцию обеспечения информационной безопасности. Создание правовой базы такого обеспечения — первоочередная его задача.

Недостаточно правильно, на наш взгляд, в ст. 17 сформулировано, что народ является субъектом ответственности за обеспечение информационной безопасности, так как народ является суверенным. В соответствии со ст. 5 Конституции Украины “носителем суверенитета и единственным источником власти в Украине является народ”. В этой конституционной формуле заложена суть определения роли народа как суверена. Но народ не может быть субъектом ответственности: он смотрит то, что ему показывают по телевидению, читает то, что печатает пресса. Влияние аудиовизуальных СМИ, продукции кинематографа на широкие слои населения позволяет манипулировать сознанием значительной массы людей.

Именно государство должно нести ответственность за информационную безопасность, однако не только оно, но и общество в

47

целом.

Государство должно создавать оптимальные условия для обеспечения свободы информации развития демократических процессов, и тогда не будет оснований в нормальном обществе говорить об информационной безопасности как об особой социальной сфере.

Важное значение имеет Концепция (основы государственной политики) национальной безопасности Украины, одобренная Верховной Радой в январе 1997 г., где четко определены направления государственной политики национальной безопасности государства в информационной сфере (1; 1997. - № 10. - Ст. 85).

Потребность обеспечения информационной безопасности в целом обусловлена необходимостью обеспечения национальной безопасности Украины и осуществлением такой угрозы информационной сфере государства, которая может нанести

значительный вред общим национальным интересам с учетом того, что с помощью информации можно влиять на изменение сознания и поведения больших масс людей.

На Западе это поняли давно и забили тревогу. Начали создавать различные общественные организации, протестовать против распространения сомнительной теле- и кинопродукции. Например, в свое время в США была создана общественная организация — Национальное объединение против телевизионного насилия, которую возглавил психиатр Томас Радеcki. В Украине на уровне законодательства об информации закреплены ограничения распространения кинопродукции, которая наносит большой вред формированию демократической личности, провоцирует молодежь к совершению преступлений. [Законы “Об информации” (1; 1992. - № 48. - Ст. 650), “О печатных средствах массовой информации (прессе) в Украине” (1; 1993. - № 1. - Ст. 1) и др.]. Однако этого мало. Необходимо с помощью различных организаций формировать соответствующее общественное мнение.

Давно настало время широкого участия общественности в противодействии насилию в любой форме, в том числе и информационному.

Складывается впечатление, что большинство наших граждан даже не догадывается о существовании информационной угрозы и равнодушно относятся к реализации своего права на свободу слова, на информацию. Например, по данным опроса, проведенного в мае 1996 г. Институтом социологии НАН Украины совместно с СОЦИС-ГЕЛАП, проблема безопасности в массовом сознании населе-

48

ния нашего государства связана прежде всего с экономической нестабильностью и зависящем от нее социальным обеспечением, а также личной и экологической безопасностью. В июне 1995 г. в Киеве прошел Всеукраинский форум “Информационное пространство и безопасность Украины”. Его участники, известные государственные деятели, предлагали создать форум постоянно действующей общественной организации.

Задача информационной безопасности — это создание системы противодействия информационным угрозам и защита собственного информационного пространства, информационной инфраструктуры, информационных ресурсов государства. А существуют ли такие угрозы? По мнению известного политика и общественного деятеля Л. Лукьяненка, Украине угрожает информационная агрессия. Безопасность такого наступления состоит в том, что у нашего народа не выработался иммунитет против антиукраинских идей.

Важнейшее значение приобретают сегодня закрепление в Конституции Украины права граждан на безопасную жизнь для жизни и здоровья окружающего природную среду и гарантирование права свободного доступа к информации о ее состоянии, а также ее распространения (ст. 50). Такая информация никем не должна быть засекречена. В государственно-правовой литературе этой проблеме уделяется особое внимание, что связано прежде всего с комплексом негативных факторов в Украине, других государствах СНГ, к каковым относятся: последствия Чернобыльской катастрофы, стихийный процесс ведения рыночной экономики, безвластие, недостатки в правовом регулировании экологических отношений (3, с. 12; 4).

Анализ мировой практики свидетельствует о том, что проблема прав человека на благоприятную окружающую среду обсуждалась на международном уровне на Стокгольмской конференции ООН по окружающей природной среде (1972г.). На конференции была принята Декларация об окружающей природной среде, в которой

закреплено, что каждый человек имеет фундаментальное право на безопасную и здоровую окружающую природную среду для полного удовлетворения своих основных прав, включая право на уровень жизни, отвечающий его здоровью и благополучию. Положения этой Декларации имели влияние на такие международные документы, как Всемирная стратегия охраны природы (1978 г.). Всемирная хартия природы, Парижская хартия для новой Европы. Гарантируя гражданам право на получение информации, государство обязывает органы государственной власти и местного самоуправления инфор-

49

мировать население о своей деятельности и принятых решениях. Получать эту информацию возможно различными путями: из напечатанных в прессе материалов, из докладов на форумах, конференциях, симпозиумах, совещаниях, от официальных государственных органов управления, организаций и учреждений, из информации по радио, телевидению и другими способами.

В целом анализ законодательства Украины об информации дает возможность сделать следующие выводы. Украина занимает одно из первых мест среди СНГ по количеству принятых законов, посвященных деятельности масс-медиа, однако их использование на практике, к сожалению, оставляет желать лучшего. В отечественном законодательстве отсутствует нормативный акт о механизме реализации права каждого гражданина искать, собирать, изготавливать, передавать и распространять информацию. Некоторые положения законов про информацию не выдерживают критики. Например, ст. 9 Закона Украины “Об информации” закрепляет: “... Реализация права на информацию ... не должна нарушать гражданские, политические, экономические, социальные, духовные, экологические и другие права, свободы и законные интересы других граждан”. Под данную статью можно подвести что угодно — и в результате не будет существовать не только свобода прессы, но и сама пресса, а “духовное право” — это вообще что-то новое, весьма деликатное отношение к юридической науке.

Однако, несмотря на проблемы несовершенства законодательства, можно утверждать, что национальное законодательство про информацию в целом отвечает международно-правовым стандартам, которые сложились в сфере информационных отношений.

Вместе с тем, учитывая динамизм политико-правовых процессов в нашем государстве, необходимо совершенствовать законодательство в информационной сфере в направлении демократизации, чтобы оно соответствовало насущным потребностям жизни.

Информационные отношения достаточно объемные, значимые, и поему им необходимо уделять должное внимание в аспекте различных сторон национальной безопасности, обеспечения стабильности основ конституционного строя Украины.

Список литературы: 1. Ведомости Верховной Рады Украины. 2. Тодыка Ю.Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина. - Харьков: Фолио-Райдер, 1998. - 291 с. 3. Тодыка Ю.Н., Супрунюк Е.В. Конституция Украины основа стабильности конституционного строя и реформирования общества. - Симферополь: Таврия, 1997. - 309 с. 4. Тодика Ю.М., Старжинський С.В.

50

Право громадян на сприятливе навколишнє середовище. - Харків: Укр. держ. юрид. акад., 1994. - 23 с. 5. Слінько Т.М. Правове забезпечення екологічної гласності /

Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - Харків, 1993. - 19 с. 6. Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. - М.: Юрид. лит., 1991. - 160 с.

Ю.П. Битяк, канд. юрид. наук

СОЦІАЛЬНА РОЛЬ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ

У сучасних умовах підвищується значення діяльності і відповідальності державних органів у розв'язанні проблем державного будівництва. Здійснюються заходи по вдосконаленню систем державних органів, їх апарату, структури форм та методів діяльності. Процеси, що відбуваються в цій сфері, вимагають залучення до законодавчих, виконавчих, судових та інших органів людей, здатних налагодити відповідну ритмічність роботи, які знають основи законотворення, управління, правозастосування, вміють об'єднувати людей для залагодженої роботи, підтримувати ініціативу, брати на себе відповідальність за прийняті рішення, людей принципів, вимогливих, чесних.

Успішне розв'язання завдань подальшого зміцнення держави, приборкання кризи в усіх сферах суспільної діяльності, особливо в економіці і соціальній сфері, забезпечення стабільності та закріплення основ для поживлення і прискорення розвитку економіки, задоволення потреб держави та суспільства у промисловій і сільсько-господарській продукції багато в чому залежать від діяльності державних органів, їх апарату, державних службовців. Заходи політичного, економічного та правового характеру дадуть потрібну віддачу лише при поліпшенні якісного складу керівників, усіх службовців державного апарату, їх відповідального ставлення до дорученої справи, вболівання за результати роботи колективу, галузі, держави.

Соціальне значення державної служби полягає у виконанні завдань держави та реалізації її функцій. Завдання і функції держави, проведення яких у життя покладається на державну службу, витікають з Конституції України та законів (6). Суть останніх полягає в забезпеченні суверенітету, незалежності, демократичного розвитку України — соціальної, правової держави, де людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визначаються найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвер-

51

дження і забезпечення прав та свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України). Виконання завдань держави спирається на конституційний принцип верховенства права, відповідно до якого Конституція України має найвищу юридичну силу, закони та інші нормативні акти приймаються на її основі і повинні їй відповідати. Звернення громадян до суду для захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується прямою дією норм Основного Закону. Одночасно держава гарантує громадянам право на звернення до державних і недержавних органів, їх посадових осіб за захистом своїх прав та свобод, з пропозиціями, які містять інформацію про роботу підприємств, установ і які спрямовані на поліпшення їхньої діяльності, чи з заявами з проханням вирішити ті чи інші особисті потреби, усунути недоліки в діяльності, зі скаргами (Закон України "Про звернення громадян") (3; 1996. - № 47. - Ст. 256).

Не вдаючись до характеристики та конкретизації завдань державної служби, що витікають з повноважень відповідних органів державної влади, до найбільш важливих слід віднести такі: забезпечення та охорона конституційного устрою України, розвиток її як демократичної, соціальної держави; забезпечення вільного розвитку кожною людиною своєї особистості, прав, свобод та їх захисту, особистої свободи і недоторканності, права власності та недоторканності житла; формування суспільних, державно-правових, економічних і політичних умов для діяльності державних органів, забезпечення ефективної їх діяльності; забезпечення громадянам права на участь в управлінні державними справами, у референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, рівневого доступу до державної служби, а також служби в органах місцевого самоврядування; недопущення порушення права громадян мирно збиратися, об'єднуватися у політичні партії та громадські організації; забезпечення дії принципу гласності в діяльності державних органів і державних службовців, дотримання законності та дисципліни в системі державної служби; забезпечення ефективної роботи державних органів відповідно до їх компетенції, належних умов для професійної діяльності державних службовців, їх вірного служіння інтересам держави; забезпечення функцій державного управління, координації регулювання, стабільності в сферах економіки, соціально-культурного будівництва та адміністративно-політичної діяльності; підготовка і реалізація рішень Верховної Ради України, Президента та Кабінету Міністрів України,

52

інших державних органів; комплектування державних органів висококваліфікованими службовцями, здібними виконувати свої службові повноваження; створення соціальних, інформаційних, правових і матеріально-фінансових умов діяльності державних службовців, системи підготовки, підбору кадрів, підвищення кваліфікації державних службовців, встановлення порядку проходження служби; застосування у встановлених законодавством випадках заходів державного примусу.

Конкретизація названих завдань повинна мати місце в законах та інших нормативно-правових актах, що регулюють окремі види державної служби. Це фактично знайшло своє відбиття в низці законів (З; 1992. - № 27. - С. 382), а в Законі України “Про державну службу”, основні завдання державної служби не знайшли свого закріплення. Думається, доцільно звернутися до основних завдань державної служби в Законі України “Про засади державної служби”, який був би узагальнюючим для всіх її видів.

Функції державної служби витікають з основного її призначення — виконання завдань держави з метою досягнення поставлених цілей. Тому вони безпосередньо пов'язані з функціями держави, спрямовані на їх реалізацію. У широкому розумінні функції державної служби — це основні напрями практичної, соціально корисної, професійної діяльності людей по виконанню державою свого соціального призначення — організації державної діяльності. Вони полягають у практичній реалізації правових норм, встановлюючих відносини в різних сферах, досягненні цілей правового регулювання у процесі створення державної служби та безпосередньої роботи державних службовців.

Державна служба при вирішенні завдань держави фактично здійснює функції відповідних державних органів, має чітко виражений управлінський характер і тому функціонує в усіх сферах. Вона являє собою цілеспрямований вплив суб'єкта державно-правових відносин на об'єкти з метою упорядкування організації і

практичної діяльності системи державних органів — законодавчих, виконавчих, судових. Таким чином, при визначенні функцій державної служби мається на увазі управління в широкому розумінні, як організаційний вплив з боку спеціальних суб'єктів на суспільні відносини. У той же час переважна більшість державно-службових відносин виникає у сфері виконавчої влади, на яку покладено державне управління. Функції державного управління здійснюють і інші органи управління, не віднесені Конституцією України до системи вико-

53

навчих, — адміністрація державних підприємств, установ та організацій. У процесі управління державною службою виконуються функції як зовнішнього, так і внутрішнього характеру.

При класифікації функцій державної служби доцільно виходити з тих, які здійснюються державними органами, — законодавчої (регулятивної), виконавчої (виконавчо-розпорядчої) та судової (правоохоронної). При цьому найбільш типовими вважаються функції регулювання, керівництва, (в т.ч. безпосереднього управління), прогнозування, планування, координації, обліку, контролю, діловодства. В юридичній літературі розглядаються різні варіанти поняття функцій державного органу та їх видів, але автори визнають, що це основні напрямки діяльності як самого органу, так і його апарату.

І.Л. Бачило вважає, що функції управління характеризують спроможність суб'єкта управління виконувати відповідні дії. При цьому кожна функція включає низку послідовних дій і операцій, які самі по собі також функції, але менш загального характеру (2, с. 64), Г.В. Атаманчук стверджує, що функції управління — це види владних, цілеорганізуючих і регулюючих впливів держави та її органів на суспільні процеси (1, с. 72).

Відповідно до цього Ю.Н. Старілов під основними функціями державної служби розуміє “загальні, типові, які мають спеціальну спрямованість, види взаємодії між суб'єктами й об'єктами управління, характерні для всіх управлінських зв'язків, що забезпечують досягнення злагодженості й упорядкування у сфері державного управління” (7, с. 190). В.В. Волошина та К.О. Титов переконані, що функції, які здійснюються державною службою, — це основні напрями діяльності держапарату. “Їх можна поділити на загальні і спеціальні” (5, с. 27). В.В. Волошина виділяє ще одну групу (вид) функцій державної служби в Російській Федерації — допоміжні (факультативні) (4, с. 12, 13).

На наш погляд, функції державної служби слід розглядати також і з позиції мети їх здійснення — для забезпечення виконання завдань, що стоять перед відповідним органом (зовнішніми для нього), чи для забезпечення діяльності самої служби, оскільки державна служба не може поєднуватися лише з кадровим забезпеченням державних органів. Навіть орган, що займається управлінням державною службою — Голодержслужба України, вирішує кадрові проблеми як для інших органів, так і для себе. У цьому зв'язку, підтримуючи погляд щодо поділу функцій державної служби на загальні,

54

спеціальні (специфічні) і допоміжні, вважаємо, що загальні функції, в свою чергу, поділяються на ті, які пов'язані з виконанням функцій державного органу, і ті, що спрямовані на вирішення кадрового забезпечення державних органів та їх апарату.

Такий підхід дозволяє до функцій державної служби, що пов'язані з виконанням завдань управління, віднести: регулювання, планування, прогнозування, координацію, організацію, облік, контроль, примус. Слід звернути увагу, що в даному випадку функція регулювання розглядається в широкому розумінні, як розробка та наступна реалізація після прийняття законів та інших нормативних актів; програм (економічного, науково-технічного, соціального, національно-культурного розвитку, охорони довкілля); регулювання господарських відносин у державі, діяльності підприємств, установ та організацій недержавного сектору; управління державним сектором економіки, соціально-культурного будівництва та адміністративно-політичної діяльності. Інші функції державної служби зводяться до практичного виконання завдань державного управління.

До системи загальних функцій, спрямованих на кадрове забезпечення державних органів та їх апарату, на нашу думку, можна віднести:

- здійснення державної кадрової політики і встановлення законодавчих основ функціонування державної служби;

- комплектування персоналу державних органів та їх апарату на основі професійних, особистих і моральних якостей;

- розробку і затвердження Державного реєстру службовців центральних та місцевих органів виконавчої влади і реєстра посад державних службовців;

- створення організаційних, соціальних, матеріальних та правових умов, необхідних для діяльності державного апарату;

- організацію управління державною службою;

- прогнозування і планування кадрового забезпечення державної служби, упорядкування переліку спеціальностей, по яких необхідно здійснювати підготовку державних службовців;

- організацію та впровадження чіткої системи підготовки, перепідготовки і підвищення кваліфікації державних службовців;

- контроль за діяльністю державних службовців, аналіз стану й ефективності державної служби в органах державної влади;

- вирішення питань забезпечення належних умов оплати праці державних службовців та їх соціального захисту;

- координацію і здійснення робіт по нормативно-

55

правовому забезпеченню державної служби;

- проведення цілеспрямованої діяльності по формуванню кадрового резерву та робота з ним;

- організацію розробки стандартів державної служби і контроль за їх виконанням, в тому числі етичних вимог до державних службовців;

- визначення пріоритетних напрямів міжнародного співробітництва і створення системи міжнародного співробітництва з кадрових питань;

- формування сучасної інформаційно-аналітичної мережі державної служби.

Щодо спеціальних (специфічних) функцій державної служби в юридичній літературі не склалось єдиного розуміння. У деяких випадках специфічні і спеціальні функції розглядаються як одне і те ж, в інших — як різні по своїй суті явища. З нашої точки зору, спеціальні функції державної служби пов'язані зі специфікою завдань, що виконуються державним органом у відповідній сфері. Так, для органів внутрішніх справ (міліції) у сфері забезпечення громадського порядку та громадської безпеки

властиві такі функції, які підтримка громадського порядку і громадської безпеки, захист життя, здоров'я громадян, їх власності від злочинних та інших протиправних посягань, боротьба з організованою злочинністю, боротьба з корупцією, наркобізнесом, здійснення оперативно-пошукових заходів тощо. Для органів управління освітою властиві функції розробки освітньо-професійних і професійних програм, визначення змісту та видів навчання, створення системи пошуку талановитої молоді, запровадження сучасних методик і технологій навчання, визначення державних вимог до рівня підготовки фахівців і т.д.

Сферам економіки, культури, екології, оборони, юстиції та іншим притаманні свої функції, тому перелік спеціальних функцій органів державної влади безвідносно до органів, де вони здійснюються, встановити важко, та в цьому немає і практичної потреби. Разом з цим такі спеціальні функції, як розробка та ведення чисельності матеріальних, трудових, фінансових затрат державних органів, організація і координація наукових досліджень у сфері державної служби, обґрунтування фінансових та інших витрат на утримання державного апарату, ефективності їх використання притаманні для служби всіх державних органів.

Система допоміжних функцій державної служби пов'язана з обслуговуванням діяльності державних органів у межах основних і

56

спеціальних функцій; це юридичне обслуговування, діловодство, матеріально-технічне забезпечення, визначення статусу та переліку підприємств, які підлягають безпосередньому державному управлінню, перелік спеціальностей, по яких необхідно здійснювати підготовку державних службовців.

Розгляд завдань та функцій державної служби дає можливість правильно оцінити роль державної служби у вирішенні проблем здійснення державної влади, з'ясувати її основне призначення, виявити прогалини у правовому регулюванні державно-службових відносин, невирішені питання, недоліки й окреслити головні напрями розвитку реформування державної служби.

Список літератури: 1. Анаманчук Г.В. Обеспечение рациональности государственного управления. - М.: Юрид. лит., 1990. 2. Бачило И.Л. Функции органов управления (правовые проблемы оформления и реализации). - М.: Юрид. лит., 1976. 3. Відомості Верховної Ради України. 4. Волошина В.В. Правовые проблемы регулирования государственной службы в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М., 1993. 5. Волошина В.В., Титов К.А. Государственная служба в Российской Федерации. - М.: Луч, 1995. 6. Конституція України. - К.: Юрінком, 1996. 7. Стариков Ю.Н. Служебное право. - М.: БЕК, 1996.

В.М. Гаращук, канд. юрид. наук

ПОВНОВАЖЕННЯ ДЕРЖАВНИХ КОНТРОЛЮЮЧИХ ОРГАНІВ

Контроль - одна з найважливіших управлінських функцій будь-якого державного органу. І якщо не всяка управлінська діяльність державного органу починається зі здійснення контролю (хоча багато і саме таких управлінських дій, наприклад, по

реалізації своїх повноважень спеціалізованими контролюючими органами), то, безумовно, завершується вона закінчується саме ним, адже без нього ця діяльність не матиме сенсу.

Конституція України забезпечує право на контроль як елемент компетенції різних державних органів незалежно від їх призначення і завдань, що стоять перед ними. Відповідно до чинного законодавства внутрішній (відомчий) контроль провадять усі державні органи. Багатьом з них надані повноваження по здійсненню позавідомчого та міжвідомчого контролю. Усе це дає змогу сказати, що контроль - обов'язковий компонент діяльності абсолютно всіх

57

державних органів.

У цій статті розглядаються контрольні повноваження парламенту, Президента та органів виконавчої влади.

Згідно з Конституцією України єдиним органом законодавчої влади в Україні є *парламент - Верховна Рада України*. Верховна Рада відповідно до наданих їй Конституцією України повноважень безпосередньо або через свої органи здійснює контроль за забезпеченням конституційних прав, свобод і обов'язків громадян України, додержанням законів та інших актів, які вона приймає, за виконанням загальнодержавних програм і бюджету, діяльністю органів, а також посадових осіб, яких вона обирає, призначає чи затверджує. Кабінет Міністрів підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України в межах, передбачених ст. 85, 87 Конституції України. Верховна Рада, також може заслуховувати на засіданні звіти членів Уряду України, Генерального прокурора України, Голови правління Національного банку України, головного редактора газети Верховної Ради та інших органів і посадових осіб, які обираються, призначаються чи затверджуються нею (крім судових органів та суддів). Тут треба звернути увагу на те, що питання підконтрольності Кабінету Міністрів Верховній Раді, які окреслює Конституція України та Регламент Верховної Ради України (1; 1994. - № 35. - Ст. 338), дещо не збігаються. Конституція вказує на межу такої підконтрольності і підзвітності, передбачену в ст. 85, 87 Конституції, а Регламент цієї межі не визнає. Цю розбіжність треба подолати на користь Конституції України.

Відповідно до Регламенту Верховна Рада України створює, коли вважає за необхідне, тимчасові контрольні, ревізійні, слідчі комісії з будь-якого питання своєї компетенції, контрольні функції мають і постійні комісії Верховної Ради, Президія Верховної Ради України. Але і тут норми Регламенту щодо наявності серед контролюючих органів постійних комісій, тимчасових контрольних та ревізійних комісій і Президії Верховної Ради України суперечать нормам діючої Конституції, яка серед структурних підрозділів Верховної Ради такі органи не згадує. Означену суперечність теж треба усунути на користь Конституції.

Що стосується контрольних повноважень комітетів Верховної Ради України, то вони практично на законодавчому рівні не виписані. Конституція тільки вказує на те, що вони здійснюють законопроектну роботу, готують і попередньо розглядають питання, віднесені до повноважень Верховної Ради України. Такий стан законодавства

58

(Регламент Верховної Ради комітети не згадує і, зрозуміло, не деталізує їх повноваження) фактично зі значного кола питань позбавляє Верховну Раду України

безпосередніх прямих контрольних повноважень, що неприпустимо для органу законодавчої влади держави. За доцільне було б надати комітетам Верховної Ради на постійній основі здійснювати функції контролю за впровадженням у життя законів України, за діяльністю державних органів і організацій, в тому числі органів державної виконавчої влади центрального та місцевих рівнів, які зобов'язати виконувати вимоги комітетів, надавати їм необхідні матеріали і документи, розглядати в обов'язковому порядку рекомендації комітетів і повідомляти у встановлений ними строк про результати розгляду і вжиті заходи, тощо. Звичайно, це відповідало б реальному місцю Верховної Ради у політичній системі держави.

Рахункова палата - спеціальний контролюючий орган, який до 23 грудня 1997р. був органом Верховної Ради України. (Конституційний Суд України рішенням від 23 грудня 1997 р. № 7 - зп щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону «Про Рахункову палату Верховної Ради України» (2; 1998. - № 1. - Ст. 13), згідно зі ст. 150, 152 Конституції визнав, що Рахункова палата не може бути органом Верховної Ради України: це протирічить Конституції України). У зв'язку з цим Верховна Рада України 14 січня 1998 р. прийняла постанову за № 18/98-ВР, відповідно до якої Закон «Про Рахункову палату Верховної Ради України» (1; 1996. - № 43. - Ст. 212) з 23 грудня 1997 р. продовжить дію як Закон України «Про Рахункову палату»). Таким чином, зараз Рахункова палата формально не є органом Верховної Ради, але як і раніше вона має майже ті ж функції та завдання, що мала коли була контролюючим органом парламенту. Тому таку відокремленість від Верховної Ради можна вважати в деякій мірі умовною, а контроль з боку Рахункової палати - опосередкованим контролем з боку Верховної Ради.

Завдання Рахункової палати — організація і здійснення контролю за своєчасним виконанням видаткової частини Державного бюджету України, витрачанням бюджетних коштів, у тому числі коштів загальнодержавних цільових фондів, за обсягами, структурою та їх цільовим призначенням; за утворенням і погашенням внутрішнього та зовнішнього боргу України, визначенням ефективності та доцільності видатків державних коштів, валютних та кредитно-фінансових ресурсів; за фінансуванням загальнодержавних програм

59

економічного, науково-технічного, соціального і національно-культурного розвитку, охорони довкілля; за дотриманням законності щодо надання Україною позик і економічної допомоги іноземним державам, міжнародним організаціям, передбачених у Державному бюджеті України; за законністю та своєчасністю руху коштів Державного бюджету України та коштів позабюджетних фондів в установах Національного банку України та уповноважених банках та ін.

Для цього Рахунковій палаті надані такі повноваження: здійснювати експертно-аналітичні та інші види діяльності, що забезпечують контроль за використанням коштів загальнодержавних цільових фондів, коштів позабюджетних фондів, за цільовим використанням фінансово-кредитних і валютних ресурсів під час виконання загальнодержавних програм; проводити фінансові перевірки, ревізії в апараті Верховної Ради України, органах виконавчої влади, Національному банку України, Фонді державного майна України, інших підзвітних Верховній Раді України органах, а також на підприємствах і в організаціях незалежно від форм власності в межах, установлених законодавством; отримувати від керівників установ та організацій, що перевіряються, всю необхідну документацію та іншу інформацію про фінансово-

господарську діяльність; проводити експертизу проектів Державного бюджету України, а також проектів законів, інших нормативних актів, міжнародних договорів України, загальнодержавних програм, інших документів, що стосуються питань державного бюджету і фінансів України; порушувати перед Верховною Радою України, Президентом України, а також органами виконавчої влади клопотання про притягнення до відповідальності посадових осіб, винних у порушенні вимог чинного законодавства України, внаслідок чого завдано матеріальної шкоди державі; у разі виявлення під час перевірок, ревізій та обслідувань фактів привласнення грошей і матеріальних цінностей, інших зловживань передавати матеріали перевірок, ревізій та обслідувань до правоохоронних органів й інформувати про це Верховну Раду України.

До контролю з боку законодавчої влади (з деяким припуском) можна віднести і депутатський запит, право народного депутата України брати участь у перевірках дотримання законності державними органами, підприємствами, організаціями та установами, об'єднаннями громадян, право народного депутата на участь у депутатському розслідуванні та ін. Це не є саме контроль з боку Верховної Ради, але депутат є її часткою, його контрольні повноваження похідні від повноважень Верховної Ради і діє він у цих випадках не

60

як фізична особа.

Контрольні повноваження Верховної Ради, її органів, депутатів та Рахункової палати окрім Конституції України та Регламенту Верховної Ради закріплює Закон «Про постійні комісії Верховної Ради України» (1; 1995. - № 19. - Ст.134), наявність яких, як уже відмічалось вище, суперечить Конституції України, тому цей Закон потребує деяких змін, «Про статус народного депутата України» (1; 1993. - № 3. - Ст. 17), «Про Рахункову палату», (1; 1998. - № 24. - Ст. 137.).

Контрольні повноваження *Президента України* регулюються Конституцією України та Законом України «Про Президента України» (1; 1991. - № 33. - Ст. 446.). Згідно з Конституцією України Президент є главою держави, гарантом її державного суверенітету, територіальної цілісності, додержання Конституції України, прав та свобод людини і громадянина, тому він має досить значні контрольні повноваження, за допомогою яких і повинен забезпечувати ці гарантії. Контрольні повноваження Президента поширюються на різні гілки влади. Так, Президент припиняє повноваження Верховної Ради України, якщо протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися, підписує закони, прийняті Верховною Радою України, а в разі незгоди з ними, за умов протиріччя їх Конституції або міжнародним угодам накладає на них вето і повертає їх на повторний розгляд до Верховної Ради України, скасовує акти Кабінету Міністрів та акти Ради міністрів Автономної Республіки Крим які не відповідають належним вимогам.

Президент здійснює не тільки прямий контроль, а також опосередкований, шляхом реалізації свого конституційного права на призначення третини складу Конституційного Суду України, утворення судів, утворення, реорганізації та ліквідації міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, здійснює помилування тощо.

Президент України на підставі та для реалізації Конституції і законів України видає укази та розпорядження, які є обов'язковими для виконання на території України. При всьому цьому контрольні повноваження Президента у сфері державного

управління і механізм їх реалізації викладені досить поверхньо, у загальних рисах, що потребує їх деталізації в новій редакції Закону «Про Президента України».

Всебічну контрольну діяльність здійснюють *органи державної виконавчої влади* всіх рівнів. Ця діяльність виступає одним з

61

найважливіших елементів організаційної роботи, спрямованої на подальше зміцнення законності і дисципліни в державному управлінні.

Найширші контрольні повноваження в цій сфері серед органів виконавчої влади належать *Кабінету Міністрів України* як вищому органу державного управління загальної компетенції. Кабінет Міністрів України контролює діяльність міністерств, державних комітетів та відомств щодо дотриманням ними законодавства, сприяє тому, щоб ці органи у повному обсязі використовували свої повноваження, заслуховує їх звіт, доповіді та інформацію про виконання завдань, що стоять перед ними, про розвиток відповідних галузей тощо. Контрольні та інші повноваження Кабінету Міністрів України закріплені в Конституції України і не можуть з об'єктивних причин вважатися достатньо врегульованими. Давно визріла потреба Верховній Раді України та Президенту України дійти згоди щодо прийнятого 7 травня 1997 р., але не підписаного Президентом Закону України «Про Кабінет Міністрів України». До речі, він уже зараз потребує доопрацювання з метою приведення у відповідність чинному законодавству. Бажано посилити в ньому і контрольні повноваження Кабінету Міністрів щодо центральних та місцевих органів державної виконавчої влади.

Центральні органи виконавчої влади, їх відділи та управління, держадміністрації, адміністрація підприємств, організацій та устав у процесі повсякденної діяльності систематично здійснюють відомчий контроль, який поширюється на підлеглі їм об'єкти відомчої належності. Порядок проведення відомчого контролю регулюється Положенням про відомчий контроль у системі міністерств, інших центральних органів виконавчої влади за фінансово-господарською діяльністю підприємств, установ і організацій, що належать до сфери їх управління, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 10 липня 1998 р. № 1053 (5; 1998. - № 28.) При здійсненні контролю вони перевіряють виконання законів, указів та урядових постанов, актів вищих органів, стан дисципліни й ефективність роботи апарату, розстановку і використання кадрів, роботу по розгляду звернень громадян тощо. Контроль організують безпосередньо керівники вищих, щодо підконтрольного об'єкту галузевих органів, їх структурних підрозділів і провадиться робітниками апарату - відповідними спеціалістами. У державних комітетах, міністерствах, держадміністраціях, підрозділах центральних органів на місцях функціонує контрольльно-ревізійна служба,

62

підпорядкована безпосередньо керівнику органу. Контрольні повноваження зазначених органів державної виконавчої влади закріплені в законах України, «Загальному положенні про міністерство, інший орган державної виконавчої влади України» (3; 1996. - № 58-59. - С. 5.), окремих положеннях про державні комітети, міністерства, відомства, їх структурні підрозділи, інших нормативних актах. Так, Закон України «Про освіту» надає право Міносвіти України: здійснювати навчально-методичне керівництво закладами освіти, контроль за дотриманням ними державних стандартів освіти, державне інспектування; провадити акредитацію вищих і професійно-технічних закладів освіти незалежно від форм власності та підпорядкування, видавати їм ліцензії і сертифікати; розробляти умови прийому до закладів освіти; організувати атестацію

педагогічних та науково-педагогічних працівників щодо присвоєння їм кваліфікаційних категорій, педагогічних та вчених звань. Разом з іншими міністерствами та відомствами, яким підпорядковані заклади освіти, Міносвіти також здійснює контроль за практичним втіленням, дотриманням актів законодавства про освіту в усіх закладах освіти незалежно від форм власності, підпорядкування та ін. (1; 1996. - № 21. - Ст. 84.). Подальшу деталізацію контрольні повноваження Міносвіти знаходять у Положенні про Міністерство освіти України (4; 1992. - № 7. - Ст. 178.), інших актах, що окреслюють структуру та повноваження освітніх закладів.

Законодавство, яке регулює діяльність *місцевих державних адміністрацій*, надає контрольні повноваження як місцевій адміністрації в цілому, так і її окремим структурним підрозділам. При цьому контроль з боку державної адміністрації слід віднести до надгалузевого контролю, а контроль з боку її управлінь та відділів, які є органами галузевого управління, - до галузевого контролю.

Місцеві державні адміністрації здійснюють на відповідних територіях державний контроль за збереженням і раціональним використанням державного майна; виконанням державних контрактів та зобов'язань перед бюджетом, належним і своєчасним відшкодуванням шкоди, заподіяної державі; використанням та охороною земель, лісів, надр, води, атмосферного повітря, рослинного і тваринницького світу, інших природних ресурсів; додержанням виробниками продукції стандартів, технічних умов, інших вимог, пов'язаних з її якістю та сертифікацією; додержанням санітарних і ветеринарних правил, правил благоустрою, архітектурно-будівельних норм і стандартів та ін. Ці контрольні повноваження місцевих державних

63

адміністрацій закріплені у Положенні про обласну, Київську, Севастопольську міську державну адміністрацію (3; 1995. - № 166. - 5 верес.), дія якого повинна бути зупинена відповідно до Указу Президента України від 21.08.95 р. № 760/95 «Про Положення про обласну, Київську, Севастопольську міську державну адміністрацію та Положення про районну, районну в містах Києві та Севастополі державну адміністрацію» (3; 1995. - № 166. - 5 верес.), оскільки в ньому прямо сказано, що це Положення затверджується «...на період до прийняття нової Конституції України». Конституція ж України вказує тільки на загальні повноваження місцевих держадміністрацій. Таким чином, склалася неприпустима ситуація, коли ці органи в своїй практичній діяльності за відсутності інших нормативних актів повинні спиратися на нелегітимний нормативний акт - Положення про місцеву державну адміністрацію (яке чомусь вважається чинним і в нього вносяться зміни та доповнення). З цим помилково погоджується і Конституційний Суд України, який приймає справи за конституційним поданням щодо застосування норм означених Положень (див., напр. Рішення Конституційного Суду України від 24.12.97р. № 8-зп (5; 1998. - № 1. - Ст. 24)). В окремих випадках слід шукати йому заміну у вигляді деяких норм Закону України «Про місцеве самоврядування» (1; 1997. - № 24. - Ст. 170). Таке становище якнайшвидше повинно бути виправлене шляхом доопрацювання і прийняття Закону України «Про місцеві державні адміністрації».

Контрольні повноваження *адміністрації підприємства, організації, установи* закріплені в різних нормативних актах як на рівні закону, так і в підзаконних нормативних актах - положеннях та статутах відповідних підприємств, організацій та установ. Наприклад, у Законі «Про підприємства в Україні» окреслюються загальні контрольні повноваження адміністрацій означених утворень різних форм власності (1;

1991. - № 24. - Ст. 272); у законах та підзаконних актах галузевої спрямованості, таких як Закон України «Про освіту», у положеннях, інших актах про відповідні заклади освіти - контрольні повноваження адміністрацій відповідних закладів освіти. На керівників підприємств, організацій, установ покладені обов'язки слідкувати за виконанням підлеглими діючих правил і норм. Разом з бухгалтерією, юридичною та іншими службами вони організують бухгалтерський облік, контролюють раціональне, економне й ефективне використання матеріальних і фінансових ресурсів, збереження державної та колективної власності. Вони зобов'язані запобігати

64

розкраданню матеріальних цінностей, порушень фінансового та господарського законодавства тощо. У разі виявлення адміністративних правопорушень (розкрадання державного або колективного майна, самовільне використання транспортних засобів, машин чи механізмів або зберігання їх у не відведених для цього місцях, розпивання спиртних напоїв на виробництві та ін.) адміністрація підприємств, установ та організацій складає протоколи про ці правопорушення і в установлених законом випадках притягає винних до дисциплінарної відповідальності.

Підсумовуючи викладене вище, можна дійти висновку, що повноваження перелічених державних контролюючих органів є досить суттєвим важелем забезпечення з їх боку стану законності та дисципліни у підконтрольних їм структурах. У той же час такі повноваження не є досконалими і потребують суттєвих змін та доопрацювання.

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради України. 2. Вісник Конституційного Суду України. 3. Голос України. 4. Збірник постанов Уряду України. 5. Офіційний вісник України. 6. Урядовий кур'єр.

Н.М. Тищенко, канд. юрид. наук

О ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ ЗАКРЕПЛЕНИИ ПРАВОВОГО СТАТУСА СУБЪЕКТОВ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРОЦЕССА

Одним из важнейших направлений реформирования общества, построения в Украине правового государства является приведения национального законодательства в соответствие с правовыми ценностями, выработанными мировым сообществом. Очевидно, что решение столь важной и необходимой задачи возможно лишь на основе выработанных наукой положений, без учета которых не может идти речь о формировании позиции законодателя. В полной мере это относится и к проблеме оптимизации правового статуса субъектов административного процесса.

В настоящее время в Украине активизировалась работа по созданию проекта Административно-процессуального кодекса Украины, призванного регламентировать ряд административных производств, связанных с деятельностью органов государственной ис-

полнительной власти, должностных лиц предприятий, учреждений, организаций. Представляется, что ряд его статей, призванных регламентировать правовой статус отдельных субъектов административно-процессуальной деятельности, целесообразно изложить примерно в следующей редакции.

Права граждан при производстве по административному делу. При производстве по административному делу граждане вправе: знакомиться с материалами дела; делать выписки из материалов дела и ходатайствовать о предоставлении копий документов, имеющих в нем; давать объяснения, в том числе и письменно; представлять доказательства правомерности своих действий, притязаний и правовой позиции, а также настаивать на запросе таких материалов органом (должностным лицом) рассматривающим дело; пользоваться юридической помощью адвоката на всех стадиях производства; присутствовать при рассмотрении дела соответствующим органом (должностным лицом) и участвовать в исследовании доказательств по делу при наличии ходатайства об этом; заявлять мотивированный отвод органу либо должностному лицу, рассматривающему дело; выступать на родном языке и пользоваться услугами переводчика, если не владеет языком, на котором ведется производство; получить письменных ответ о результатах рассмотрения дела, а по требованию — и копию решения по делу, обжаловать решение, принятое по делу; приглашать в установленных законом случаях для участия в деле лиц, представляющих его интересы.

Обязанности граждан при производстве по административному делу. В ходе производства по административному делу граждане обязаны: явиться по вызову органа (должностного лица), рассматривающего дело, если последние сочтут необходимым такое присутствие в интересах всестороннего, полного и объективного рассмотрения дела. При наличии уважительных причин, препятствующих явке по вызову органа (должностного лица), гражданин должен письменно либо устно (в том числе телеграммой) сообщить о невозможности прибыть по вызову, а также вправе заявить письменное ходатайство об отложении рассмотрения дела. Гражданин обязан также представлять необходимые документы, перечень которых признается законом обязательным для осуществления производства по делу. Гражданин обязан давать правдивые объяснения по существу рассматриваемого дела.

Виды ходатайств по делу. В ходе разрешения конкретного административного дела граждане, участвующие в производстве по

66

делу, а также лица, представляющие их интересы в соответствии с законом, могут заявлять следующие ходатайства: о приобщении к делу новых доказательств и материалов; о вызове свидетелей; о присутствии при рассмотрении дела и участии в исследовании доказательств по делу, а также при проверке конкретных обстоятельств на месте; о назначении экспертизы; о предоставлении копий документов, находящихся в деле; об отложении рассмотрения дела; об отводе органа (должностного лица), рассматривающего дело. В ходе рассмотрения дела граждане могут заявлять и иные ходатайства, прием и рассмотрение которых осуществляется по усмотрению органа (должностного лица), разрешающего дело.

Права органов исполнительной власти и их должностных лиц при разрешении административных дел. При рассмотрении и разрешении конкретного административного дела органы исполнительной власти, их должностные лица вправе: истребовать в органах государственной власти, предприятиях, учреждениях,

организациях сведения и материалы, необходимые для принятия решения по делу, за исключением тех, ограничение доступа к которым установлено законодательством; приглашать граждан, их представителей, а также должностных лиц для дачи объяснений по существу дела, в необходимых случаях получать от них письменные объяснения, касающиеся обстоятельств рассматриваемого дела; в соответствии с настоящим кодексом возбуждать вопрос об ответственности лиц, участвующих в деле, за дачу заведомо ложных объяснений, уклонение либо ненадлежащее исполнение ими своих процессуальных обязанностей.

Обязанности органов исполнительной власти, их должностных лиц при разрешении административных дел. При рассмотрении и разрешении конкретного административного дела органы исполнительной власти, их должностные лица обязаны: по просьбе заинтересованных лиц в ходе возбуждения производства по делу уведомлять последних о времени и месте рассмотрения дела; в установленные сроки решать вопрос об удовлетворении заявленных ходатайств либо об отказе в их удовлетворении с указанием мотивов отказа; разъяснять лицам, участвующим в деле, их процессуальные права и обязанности, оказывать содействие в их надлежащей реализации; уведомлять заинтересованных лиц о результатах рассмотрения дела и разъяснять им сроки и порядок обжалования принятого по делу решения. Если в ходе рассмотрения дела будут установлены обстоятельства, свидетельствующие о наличии в действиях кон-

67

кретных лиц признаков правонарушения, орган либо должностное лицо, рассматривающее дело, обязано уведомить об этом соответствующий орган (должностное лицо), в компетенцию которого входит решение вопроса о привлечении таких лиц к юридической ответственности.

Сроки разрешения ходатайств. Ходатайства, заявленные на стадии возбуждения производства по делу должны разрешаться до рассмотрения дела по существу. В случае, если разрешение конкретного ходатайства потребует изменения сроков рассмотрения дела, его рассмотрение может быть отложено до разрешения ходатайства, но не более чем на 10 дней. Решение об отложении рассмотрения дела по этим основаниям должно выноситься в письменной форме с указанием конкретных мотивов. Ходатайства, заявленные в ходе рассмотрения дела, должны рассматриваться безотлагательно. Отложение рассмотрения дела для разрешения конкретного ходатайства возможно в порядке и в сроки, установленные частью первой настоящей статьи.

Процессуальные права и обязанности должностных лиц, действия (бездействие) и решение которых, по мнению гражданина, нарушили его права и законные интересы. Должностные лица, привлеченные к участию в деле на данных основаниях для обоснования правомерности своих действий (бездействия) и принятых ими решений, обладают такими же процессуальными правами и несут те же обязанности, что и гражданин, обратившийся по поводу нарушения его прав и законных интересов.

Адвокат. В производстве по административному делу может участвовать адвокат. Его полномочия по делу подтверждаются ордером, выдаваемым юридической консультацией, организацией, осуществляющей адвокатскую практику либо лицензией на право осуществления адвокатской деятельности и договором на представление интересов гражданина в деле. Адвокат вправе: знакомиться с материалами дела, делать выписки из материалов дела; от имени лица, интересы которого он представляет,

заявлять ходатайства, представлять доказательства, присутствовать при рассмотрении дела и участвовать в исследовании обстоятельств дела, приносить жалобу на решение по делу.

Представление интересов гражданина, участвующего в административном деле. Интересы гражданина в ходе разрешения административного дела могут представлять его законные представители (родители, усыновители, опекуны, попечители) в случаях, ес-

68

ли гражданин является несовершеннолетним либо в силу своих физических или психических недостатков не может сам осуществлять свои права по делу. Законные представители обладают теми же процессуальными правами и несут те же процессуальные обязанности, что и гражданин, интересы которого они представляют. Представительство интересов гражданина в ходе разрешения административного дела могут осуществлять также представители правозащитных организаций, трудовых и учебных коллективов, органов местного самоуправления по его просьбе. Они вправе: знакомиться с материалами дела и делать выписки из него, ходатайствовать о предоставлении копий документов, имеющихся в деле, и присутствии при рассмотрении дела, предоставлять доказательства. В отдельных случаях (в силу физических недостатков, болезненного состояния, преклонного возраста лица, интересы которого они представляют и по его просьбе) они могут приносить жалобу на решение по делу. По собственной инициативе и от своего имени они могут приносить жалобу на решение по делу в случае представления ими интересов душевнобольных лиц.

Свидетель. В качестве свидетеля по административному делу может быть вызвано любое лицо, о котором имеются данные, что ему известны какие-либо обстоятельства, подлежащие установлению по данному делу, способное в силу своих физических и психических качеств правильно воспринимать подобные обстоятельства. По вызову органа (должностного лица), в производстве которого находится дело, свидетель обязан явиться в указанное время, дать правдивые объяснения, сообщить все известное ему по делу и ответить на поставленные вопросы. В необходимых случаях по требованию органа (должностного лица), осуществляющего производство по делу, показания свидетелей могут быть получены в письменной форме. Не могут выступать в качестве свидетелей: защитник лица, привлекаемого к ответственности, а также адвокат и представитель общественной организации по обстоятельствам, которые стали им известны в связи с выполнением ими своих процессуальных обязанностей по делу; лица, которые в силу своих физических или психических недостатков не способны правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значения для дела и давать о них показания. При осуществлении производства по делу свидетель вправе: быть осведомлен об объеме своих процессуальных прав и обязанностей; отказаться свидетельствовать в отношении членов семьи или близких родственников, круг которых определяется законом; заявлять хода-

69

тайство о его допросе по месту жительства или пребывания. За отказ от дачи показаний, а также дачу заведомо ложных показаний свидетель может быть привлечен к административной ответственности.

Эксперт. В случаях, когда для разрешения либо оценки вопросов и обстоятельств, подлежащих установлению по административному делу, необходимы специальные

познания, орган (должност-ное лицо) может назначить экспертизу либо вызвать для дачи заключения в ходе рассмотрения дела. Эксперт обязан явиться по вызову в орган (должностного лица) и дать объективное заключение по поставленным перед ним вопросам. Эксперт вправе: знакомиться с материалами дела, относящимися к предмету экспертизы; заявлять ходатайства о предоставлении ему дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения; задавать лицам, участвующим в деле, вопросы, относящиеся к предмету экспертизы; присутствовать при рассмотрении дела. За дачу заведомо ложного заключения эксперт может быть привлечен к дисциплинарной или административной ответственности.

Переводчик. Переводчик назначается органом (должност-ным лицом), рассматривающим административное дело, по просьбе гражданина, не владеющего языком, на котором ведется производство по делу, либо по собственной инициативе в интересах полного и объективного установления обстоятельств рассматриваемого дела. Переводчик обязан явиться по вызову органа (должностного лица) и сделать полно и точно порученный ему перевод. За выполнение заведомо ложного перевода переводчик может быть привлечен к административной ответственности.

Возмещение расходов свидетелям, экспертам, переводчикам. В случае выполнения свидетелем, экспертом, переводчиком своих процессуальных обязанностей при рассмотрении административного дела за ними сохраняется в установленном порядке средний заработок по месту работы за время их отсутствия в связи с явкой в орган (к должностному лицу), в производстве которого находится административное дело.

ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ ОБЩЕОТРАСЛЕВЫХ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫХ КАТЕГОРИЙ ФИНАНСОВОГО ПРАВА

Теория права, поддерживающая концепцию отраслевого и институционального построения внутренней структуры системы права, одновременно сохраняет традиции формирования общих и специальных подразделений каждой правовой отрасли и института. На этой основе построены законодательные, а нередко и подзаконные акты. Примером тому выступают общие и специальные положения Конституции Украины, отраслевых кодификационных актов, других законодательных актов, где не всегда последовательно систематизируются правовые нормы, устанавливающие общие и специальные положения. Например, в законах Украины “О системе налогообложения”, “О государственной налоговой службе в Украине” и ряде других систематизация норм общего и специального характера ярко выражена соответствующими разделами. В Законе Украины “О налогообложении прибыли предприятий”, ст. 1 которого содержит характеристику более тридцати категорий, имеющих общее значение для всех правоотношений, связанных с этими терминами, отсутствует раздел, систематизирующий общие положения. Проблемы формирования общих и

специальных положений на каждом уровне систематизации правовых норм связаны с научным методологическим подходом к их решению, что позволяет в действующем законодательстве оптимально отражать ориентиры общего и специального правового регулирования. Как известно, к общим относятся понятия, в которых отражены признаки целого класса однородных предметов, носящих одно и то же наименование (4). Выделение этих признаков в целях формирования обобщающих категорий позволяет получить надежные ориентиры для формирования специальных положений. Так, установленные в нормах общих положений Конституции Украины категории и принципы выступают в качестве основополагающих ориентиров для формирования правовых норм любой отраслевой направленности. В свою очередь, нормы общих положений Закона Украины “О бюджетной системе в Украине”, включая такие категории, как “бюджет”, “бюджетная система”, “бюджетное устройство и его принципы” и другие, позволяют в

71

нормах специального направления использовать первые в качестве фундаментальных. На их основе сформированы признаки, характеризующие обобщенные критерии конкретного института финансового права, по которым определяется, с одной стороны, однородность финансово-правовых отношений, а другой — их институциональная специфика.

Отсутствие кодификационного акта, систематизирующего отраслевые нормы финансового права, не лучшим образом сказывается как на процессах правотворческой и правоприменительной практики, так и на заинтересованности в теоретическом осмыслении общеотраслевых категорий. Специалисты в области финансового права справедливо отмечают, что национальная финансовая наука только начинает развиваться (6). Начальный этап ее становления в Украине характеризует ее направленность по пути закрепления, прежде всего институциональных особенностей отрасли. Данное направление характерно и для процесса формирования финансового законодательства не в качестве целостной отраслевой системы, а по отдельным институциональным блокам.

В качестве примеров можно привести утвержденные Верховной Радой Украины постановления “Об основных положениях налоговой политики в Украине” и “Об основных направлениях бюджетной политики”. Заметим, что концептуальные положения финансовой политики до настоящего времени не нашли отражения в правовой форме. Соответственно, за это время, когда законы Украины “О системе налогообложения” и “О бюджетной системе в Украине” претерпели изменения нескольких новых редакций, законодательного акта о финансовой системе до настоящего времени нет даже в плане работы законодательного органа.

В каких же направлениях обогатилась национальная наука финансового права? Наиболее фундаментальное научное исследование осуществлено Н.П. Кучерявенко в области теоретических проблем правового регулирования налогов и сборов (5). Полезное исследование проблем правового регулирования валютных отношений отражено в монографии Е.А. Алисова (1). Представляют серьезный научный интерес опубликованные выступления на научных конференциях специалистов в области финансового права (7). Однако большинство этих ученых разрабатывают институциональные направления, что свидетельствует об отсутствии интересов в исследовании общих положений науки финансового права и практики формирования систематизированного финансового законодательства.

Такое положение отражает закономерный процесс начального этапа наработки отраслевого правового инструментария, который практически необходим для первичного урегулирования специфических экономических отношений в период формирования независимой государственности с попыткой перехода к принципам и стандартам рыночной экономики.

Накопленный к настоящему времени массив национального финансового законодательства, с одной стороны, и теоретические исследования в области науки финансового права, осуществленные как отечественными, так и зарубежными учеными — с другой, позволяют приступить к обобщению основных понятий и категорий финансового права, без которых остаются невидимыми и слабо выраженными как внешние, так и внутренние связи отраслевой науки и отраслевого законодательства.

Если в сложных экономических условиях проявляют жизнеспособность общие положения всех отраслей права, обеспечивающих регулирование имущественных отношений, то нет никаких видимых причин для того, чтобы эти качества общих положений финансового права не нашли адекватного им формального закрепления. Выявление этих качеств на уровне научного исследования представляет в настоящее время особый интерес и актуальную необходимость в связи с тем, что затянувшийся экономический кризис с периодическими обострениями порождает политизированное направление, связанное с обвинением в доминировании концепций монетарной политики, якобы содержащей причины и следствия кризисных явлений. Это направление может продолжить застой в развитии финансовой науки в целом и науки финансового права, в частности и, как следствие — продолжить деформированное развитие национального финансового законодательства.

Следует признать, что на рубеже XXI ст. своевременным выступает призыв к представителям науки финансового права с предложением разобраться в собственном научном и практическом хозяйстве, провести инвентаризацию всех ценностей, разделить их с иными отраслевыми науками (2), т.е., другими словами, завершить создание основных системообразующих конструкций отрасли, которые призваны обеспечивать необходимые связи институциональных механизмов правового регулирования финансовых отношений. Спроектированные и действующие нормы финансового права, обеспечивающие работу механизмов уплаты и взимания платежей в бюджетные и целевые государственные фонды, во внебюджетные и

иные финансовые фонды, должны быть систематизированы на более высоком уровне, чем институциональные, как и механизмы расходования значительных финансовых средств. Это позволит не только увидеть отдельные разрозненные блоки финансовых ресурсов и возникающих в связи с ними финансовых правоотношений, но и создать целостную систему общих финансовых объектов и связанных с ними структур. Как известно, к проблемам формирования в Украине такого сектора финансовой системы, как внебюджетные фонды, неоднократно обращались и законодательный орган, и правительство. Принятый в первом чтении 14.01.1999 г. Закон Украины “Об источниках финансирования деятельности органов государственной власти” пытается вернуть эти фонды в рамки правового поля. Однако регулирование различных частей единой системы вновь осуществляется без учета тех общих критериев, которые должны быть наделены посредством правового инструментария все без исключения механизмы формирования и использования финансовых ресурсов государства. Это в

полной мере относится и к так называемым “специальным счетам”, через которые обращаются неконтролируемые финансы органов государства и самоуправления, что значительно ослабляет основной сектор финансовой системы — бюджетную систему.

В Украине, как и в других частях ранее единого государства, еще долгое время будет болезненно ощущаться операция по расчленению единого экономического организма. Процесс обеспечения единства на новом экономическом пространстве связан с необходимостью формирования общих государственных и иных социальных институтов, обеспечения надежных внутренних и внешних взаимосвязей как между ними, так и с международным сообществом. надежное функционирование любого социального механизма можно обеспечить лишь на основе подчинения всех его конструктивных частей общим критериям, принципам и взаимосвязям. Это условие в полном объеме распространяется на общие положения финансового права, в которых должны отражаться все объединяющие его институты, категории и принципы, выступающие в качестве системообразующих для структурных институтов, обеспечивающих всю совокупность необходимых им внутренних и внешних взаимосвязей.

Представляется, что формирование общих положений финансового права целесообразно начать с выяснения места финансовой системы в непосредственно общей по отношению к ней системе. Это позволит выявить однородные признаки, которые соединяют

74

финансовые отношения с той группой экономических отношений, которые непосредственно взаимодействуют как часть и целое посредством правовых механизмов.

Дальнейший поиск общих для всей финансовой системы категорий и принципов возможен путем анализа институциональных критериев, в которых, несомненно, заложены общеотраслевые признаки, что и позволит сделать их обобщение. Здесь уместно применение методологии и, даже можно сказать, технологии, которая была использована в Новой Англии на первом этапе построения независимой правовой системы. Образное описание этой технологии предложено американскими специалистами в следующих формулах. Сырье и даже формирование основных элементов новой американской правовой системы не были американского происхождения. Новая Англия подогнала традиционные английские законы к нуждам нового общества, меняющегося с беспрецедентной скоростью и, что не менее важно, способствовала введению совершенно иной традиции, нацеленной на разработку общих основ жизнеспособности американского права (3).

Обобщение конструктивных элементов взаимодействия между относительно обособленными институтами финансового права, жизнедеятельность которых в режимах публично-правового регулирования оказалась достаточно эффективной, послужит основой для определения тех понятий и категорий общеотраслевого характера, которые до настоящего времени, как это ни кажется странным, отсутствуют в правовом оформлении. К их числу относится в первую очередь следующие понятия — правовые категории: “финансы”, “финансовые ресурсы”, “финансовые доходы и расходы”, “финансов-вая система”, “принципы финансовой системы”, “механизмы формирования и функционирования финансовых фондов”, “финансовые правоотношения, их состав и содержание”, “система налоговых платежей”, “источники финансовых фондов” и т.п.

Попытки определения названных категорий предпринимались в юридической литературе. Вместе с тем до настоящего времени они, во-первых, не восприняты в качестве правового инструментария, что обуславливает необходимость усиления предлагаемых конструкций. Во-вторых, их рассмотрение осуществлялось, как правило, в отрыве от других системообразующих категорий общеправового уровня. В-третьих, обильный отраслевой законодательный материал, наработанный за 8-летний срок построения национальной системы права, и в составе такой отрасли публичного права, как фи-

75

нансовое, особенно в связи с принятием Конституции Украины требует осуществления глубокого анализа значительного массива правовых норм в целях учета позитивных и негативных последствий их реализации при формировании общеправовых категорий и принципов.

Вне четкого определения этих категорий невозможным представляется выяснение не только предмета финансового права, т.е. осуществления маркировки тех границ, за которыми публично-правовое регулирование отношений, связанных с финансовыми ресурсами, выступает фактором отчуждения частной и корпоративной заинтересованности в их возникновении, с одной стороны, а с другой — наведения элементарного порядка внутри отраслевой системы, т.е. приведения в действие всех ее элементов в соответствии с общими потребностями единой системы.

Список литературы: 1. Алисов Е.А. Правовое регулирование валютных отношений. - Харьков: Консум, 1998. - 140 с. 2. Бельский К.С. Финансовое право. - М.: Юрист, 1995. - 156 с. 3. Бурстин Дэниел. Американцы: национальный опыт. - М.: Прогресс, 1993. - 667 с. 4. Кондаков Н.И. Логический словарь. - М.: Наука, 1971. - 655 с. 5. Кучерявенко Н.П. Теоретические проблемы правового регулирования налогов и сборов. - Харьков: Консум, 1997. - 255 с. 6. Пацюркивский П.С. Финансовое право и наука финансового права. В учебнике: Финансовое право. - Харьков, 1998. - 495 с. (С. 57-65.) 7. Правове регулювання державних доходів та видатків// Доповіді та виступи на міжнарод. наук-практ. конф. 24-26 вересня. - Харків: Акад. прав. наук України, 1998. - 350 с.

В.Я. Настюк, канд. юрид. наук

ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ МИТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У зв'язку зі зняттям державної монополії на зовнішньополітичну і зовнішньоекономічну діяльність, становленням в Україні якісно нової митної системи, швидким розвитком митних відносин переглядаються підходи до засад законодавчого регулювання митної справи.

Законодавче закріплення положень, пов'язаних з приведенням митної справи в Україні у відповідність до сучасних вимог, вимагає всебічного врахування теорії і практики у сфері митної законотворчості. Йдеться про приведення чинного законодавства до потреб основних напрямів функціонування митної системи, а саме:

76

участі органів Державної митної служби у формуванні Держбюджету, регулюванні митно-тарифних відносин, забезпеченні режиму переміщення громадян і транспортних засобів через митний кордон, здійсненні заходів боротьби з контрабандою і порушенням митних правил, посиленні міжнародних зв'язків, науково-технічного і кадрового забезпечення тощо. Кожний із зазначених напрямів вимагає окремого висвітлення. Однак відповідно до цієї статті зупинимось лише на проблемах, пов'язаних з визначенням ролі митної системи у формуванні Держбюджету як інструменту впливу на різні сторони діяльності платників митних податків.

Вважаємо за доцільне коротко зупинитись як на характеристиці особливостей формування митної системи, так і на ролі митної служби в здійсненні процесу митного забезпечення зовнішньополітичної і зовнішньоекономічної діяльності Української держави.

Митна система кожної країни відбиває її специфічні умови; у світі немає держав з тотожними митними системами. Але це не означає, що створення митної системи і митної політики відбувається спонтанно. Є певні засади, що визначають підхід держави до цієї сфери діяльності. Для того щоб ця діяльність давала позитивні результати, необхідне, зокрема, додержання принципів системності при формуванні митної системи.

Митна система — це сукупність митних органів, що справляють митні платежі і заходи. Системність полягає у тому, що ці останні повинні бути взаємопов'язані між собою, органічно доповнювати один одного, не вступати у суперечність із системою в цілому та її елементами. Системний підхід означає, що мають реалізовуватись обидві функції мита. З позиції фіскальної митна система має забезпечувати гарантоване і стабільне надходження доходів у державних бюджет, з позиції регулюючої — забезпечувати державі можливість впливати на всі сторони встановленого порядку й організації переміщення через митний кордон товарів та предметів, обкладання митом, оформлення, здійснення контролю щодо реалізації митної політики України. При цьому слід виходити з того, що фіскальна функція буде реалізовуватись у всіх видах мита, навіть якщо вони створювалися насамперед як відповідні митні інструменти. Регулююча функція при певних умовах може проявлятися, а може й ні. Хоча вона об'єктивно притаманна миту і митним зборам, її дія не завжди очевидна, не завжди спрямована так, як передбачалося при введенні того чи іншого митного оподаткування товарів і предметів.

77

Фіскальна і регулююча функція діють взаємопов'язано, їх не можна протиставляти одна одній. Не можна також поділяти митні платежі на суто фіскальні і регулюючі. Це просто надуманий підхід, бо без фіскальної дії не може бути регулюючої і навпаки. Однак при створенні системи митних платежів, митних зборів і встановленні ставок митного тарифу треба пам'ятати, що їх першочерговою є фіскальне призначення. Добре, коли ці функції поєднуються повною мірою, але навряд чи це можливо щодо всіх видів мита, особливо на сучасному перехідному етапі розвитку нашого суспільства.

Виходячи із зазначених функцій, очевидно, митна система має включати широке коло митних платежів різної цілеспрямованості і джерел надходжень. Оскільки практично неможливо, щоб одночасно в одному митному платежі реалізовувались обидві функції, система митних платежів має включати такі, які заперечували б повноту справлення платежів і зборів при здійсненні експортно-імпорتنих операцій та

їх своєчасне перерахування до Державного бюджету. Без них вона не може безперебійно фінансувати свої видатки в тому числі спрямовані на раціональне й обгрунтоване їх використання для утримання і розбудови всієї митної системи. Найкращими для виконання цього завдання є специфічні митні платежі й універсальні акцизи, а також податок на добавлену вартість (ПДВ), у справленні яких беруть участь митні органи. Таких платежів у системі митного формування Держбюджету завжди повинно бути кілька видів.

Це необхідно, по-перше, тому, що за певних обставин може трапитися зрив у мобілізації одного з них, по-друге, в різних регіонах митної території неодинакові умови зовнішньоекономічної діяльності, що відбивається на сумах надходжень. Різноманітність у системі митних платежів невілює ці та інші відмінності.

Наявність у системі митних платежів яскраво вираженої фіскальної цілеспрямованості не свідчить про недосконалість цієї системи, а відбиває одне з найважливіших її функціональних призначень в умовах розвитку ринкової економіки. Без таких різноманітних платежів вона буде недієздатною. Кількість митних платежів, ставок митних зборів, на які покладається здебільшого регулююча функція, теж має бути досить значною. Неможливо за допомогою одного чи двох видів митного обкладання впливати на всі сторони експортно-імпоротної діяльності підприємств, на всі сфери зовнішньополітичного і зовнішньоекономічного життя. Звичайно, було б ідеально мати в руках держави один митний інструмент і за його

78

допомогою вирішувати всі проблеми. Та це нереально. Наскільки різноманітні міжнародні зв'язки, настільки ж різноманітною повинна бути система митних інструментів і механізмів, спрямованих на забезпечення реалізації митної політики органів Державної митної служби.

Система митно-тарифних та позатарифних ставок має бути досить розгалуженою. Звісно, є певні межі, але вони законодавством чітко не визначені. Очевидно одне: митних платежів і зборів повинно бути достатньо. Проте врешті-решт справа не тільки в кількості видів мита. Їх платників цікавить не стільки кількісних митних податків, які вони сплачують, скільки загальна їх сума і частка в одержуваному прибутку. І саме з цієї позиції необхідно будувати митну систему, щоб надмірний митний тягар не примушував платників приховувати свої прибутки, і як наслідок — не призводив до подальшого зростання тіньової економіки, скорочення обсягу виробництва (послуг), а відповідно до цього і робочих місць.

Основними джерелами митного права в Україні є Митний кодекс (6), закони, укази Президента України та нормативні акти Кабінету Міністрів України. Серед основних напрямків, за якими відбувається розвиток законодавства, слід окреслити два. Перший з них — це встановлення єдиного митного тарифу (систематизований звіт митних ставок), порядку нарахування і стягнення митних платежів, другий — створення нормативної бази з питань організації митного контролю за додержанням митного законодавства, що реалізується в інституті митної служби, удосконаленні її функцій, створенні державного реєстру учасників зовнішньоекономічної діяльності, визначенні компетенції органів Державної митної служби України.

Митне законодавство України встановлює і визначає види митних платежів, коло платників, об'єкти митного оподаткування, ставки та митні пільги. Це, так би мовити, перша частина справи. Після прийняття відповідного Закону розгортається процес за двома напрямками — правозастосувальним і правозмінним.

Перший — це тлумачення положень закону, уточнення та роз'яснення, що здійснюються, як правило, Державною митною службою України щодо порядку стягнення митних платежів, особливостей переміщення окремих категорій товарів та інших предметів через митний кордон, а також усього різномаїття питань, що виникають у процесі застосування митного законодавства.

Правозмінний напрям — це корегування законів за змістом,

79

внесення змін, які найчастіше регулюють (послабляють чи посилюють) митний тиск щодо окремих категорій учасників зовнішньоекономічної діяльності. Це укази Президента і постанови Кабінету Міністрів. Розглядаючи правозмінний напрям діяльності, можна більш детально ознайомитися з економіко-політичним підґрунтям митної законотворчості. Група нормативних актів дуже важлива, адже через призму митного регулювання часто проглядають пріоритети у митній політиці держави щодо суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. При вивченні пріоритетів, покладені в основу цих законодавчих актів, їх можна умовно поділити на такі групи: акти, що містять заходи, спрямовані на підтримку національного товаровиробника та внутрішнього ринку; підвищення ставок ввізного мита; зниження ставок ввізного мита; недопущення зниження митної вартості; скасування незаконних митних пільг; удосконалення структури митного тарифу. Нормотворчість по вказаних питаннях проходить досить інтенсивно. Так, Кабінетом Міністрів на підставі рішень Митно-тарифної Ради України в 1998 р. прийнято понад десятка постанов “Про внесення змін до ставок ввізного мита окремі види товарів” (6).

Нинішня ситуація в законотворчості є наслідком “політики перехідного етапу” або “економіки нерівних можливостей”. Вона призводить до необхідності прийняття термінових заходів “латання дірок”. Урядові необхідна обґрунтована стратегічна митна концепція, а її бракує. Митна політика відповідно не має чіткої лінії розвитку і характеризується переважно фіскальною спрямованістю, що ніяк не сприяє залученню іноземних інвестицій в економіку, зростанню експорту й імпорту товарів, збільшенню надходжень до бюджету і, нарешті, підвищенню свідомості платників мита. Йдеться про складання планових річних показників на зразок союзних, але досвід становлення митних систем колишніх соціалістичних країн Східної Європи говорить про те, що економічне зростання спостерігається там, де існує стабільна законодавча база, де є довіра до держави та її окремих інститутів.

Аналіз відповідних законодавчих актів надає можливості скласти загальне уявлення про митне законодавство України. Ознайомлення з його нинішнім станом доводить необхідність його систематизації у вигляді єдиного зібрання кодифікованих законодавчих актів з чіткою ієрархією узгодженості. Ідея не нова, але втілити її у нинішню законотворчість важко, необхідно досягти хоча б відносної стабільності законодавства, з'ясувати, які пріоритети важливіші —

80

тимчасові чи довгострокові, визначити стимули сплачування митних платежів, напрями гармонізації та уніфікації із загальноприйнятими у світовій практиці нормами і стандартами митної справи. Для цього, на нашу думку, слід використовувати і новітні теоретичні розробки в галузі митного законодавства як у нашій країні, так і за її межами (2; 3; 5).

Реформування митного законодавства в Україні має поєднувати зарубіжний досвід правового регулювання митної справи не лише з реаліями перехідного періоду, але й з

його подальшими ймовірними перспективами після подолання кризових явищ. Оновлене законодавство повинно сприяти:

— забезпеченню повноти справлення платежів при здійсненні експортно-імпортних операцій та їх своєчасне перерахування до Державного бюджету;

— сприянню розвитку торговельних стосунків з іншими країнами, досягнення позитивного сальдо в зовнішньоторговельному балансі держави;

— стимулюванню зовнішньоекономічної діяльності, захисту інтересів вітчизняних товаровиробників;

— стабілізації митної системи, зростанню надходжень митних платежів до Держбюджету та подоланню тенденції до так званої тіньової економіки;

— оптимізації ставок митного тарифу.

Чинна митно-тарифна система виявилася неспроможною вирішити ці завдання. На стан цієї системи, на наш погляд, негативно впливають:

— надмірна кількість спеціальних митних ставок, що призводить до неконтрольованих надприбутків, створює неординакові умови для підприємств;

— розширення неоподаткованого товарообігу в межах договорів про вільну торгівлю;

— недостатня деталізація та оптимізація тарифних ставок.

Особливо разючою є невідповідальність існуючої системи визначення митної вартості і кодування товарів відповідній довідковій базі з цих питань. Відсутність достовірної класифікації товарів і звітності сприяє скороченню митного податкового поля, викривленню митної статистики. Так, упродовж 1996-1997 рр. різниця у розрахунках Державної митної служби України і Євростатом по імпорту й експорту склала понад 670 млн. дол. США (4, с. 8). Це також

81

наносить шкоду економіці, зменшує доходи бюджету. Значні деформації і нестабільність мають місце в тарифних ставках і шкалах митного оподаткування. Усе це призводить до невинного скорочення експортно-імпортних операцій, виникнення додаткової потреби в коштах, поглиблення кризи неплатежів за митні процедури і послуги.

Підсумуючи викладене, сформулюємо найбільш загальні засади митної політики:

— рівність суб'єктів митних відносин (передбачається скасування пільг стосовно ввезення окремих товарів, організаційно-правової форми та форми власності суб'єкта митного оподаткування з метою недопущення зламу тарифних методів регулювання зовнішньої торгівлі);

— економічна ефективність митного оподаткування (тарифно-митна система повинна встановлювати діючі середньозважені ставки митного тарифу відповідно до потреб економіки нашої держави);

— юридична спрощеність і розподіл відповідальності (митні закони мають бути прямої дії, відповідальність за стан роботи має розподілятися між відповідними органами митної служби);

— оперативність (митна система мусить швидко реагувати на зміну міжнародних обставин — коригування митно-тарифних ставок з урахуванням інфляції, санкцій, міжнародних договорів тощо);

— міжнародна відповідність (митна система повинна відповідати принципам, прийнятим у міжнародній практиці і сучасному міжнародному митному законодавстві).

Додержання вказаних положень, на нашу думку, буде сприяти подальшому розвитку ринкових відносин економіки України, процесам її інтеграції у світовому господарську систему, радикальному вдосконаленню митного законодавства, його гармонізації й уніфікації з Митним кодексом Європейського співтовариства.

Необхідно уніфікувати Єдиний митний тариф України, який, на нашу думку, повинен мати комплексний характер, відповідати сучасним міжнародним нормам і будуватися як мінімум на дев'ятизначній системі опису і кодування. Уніфікація тарифу буде можлива після впровадження в життя Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності — УКТЗЕД (національний варіант товарної номенклатури зовнішньоекономічної діяльності). Важливим чинником формування митної політики має бути при-

82

йняття нового Митного кодексу України, який так само, як більшість кодексів країн з ринковою економікою, об'єднуюватиме чинні на сьогодні Митний кодекс і Закон України «Про єдиний митний тариф» (1).

Список літератури: 1. Бахрак Д.Н.; Кивалов С.В. Таможенное право России. - Екатеринбург, 1995. 2. Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 16. - Ст. 203; 1994. - № 20. - Ст. 116. 3. Габричидзе Б.Н. Таможенное право. - М.: БЕК, 1995. 4. Голос України. - 1999. - № 1. - С. 8. 5. Кивалов С.В. Таможенное право (Административная ответственность за нарушение таможенных правил). - Одесса: Одес. ун-т; Юрид. ин-т: Астропринт, 1996. - 176 с. 6. Офіційний Вісник України. - 1998. - № 33. - Ст. 1254.

Е.В. Шевердина, канд. екон. наук

ПРАВА НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКОВ: ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И АЛГОРИТМЫ ПРАКТИКИ

Право всегда было и остается основой деятельности любого государственного органа в целом и налоговой администрации в частности. Согласно ст.6 Конституции Украины органы законодательной, исполнительной и судебной власти осуществляют свои полномочия в установленных ею пределах и в соответствии с Законами Украины. Именно соответствие деятельности органов государства законам Украины составляет предмет частых споров между налоговыми органами и налогоплательщиками. И чем больше принимается нормативных актов, тем больше появляется в них норм и положений, которые противоречат Основному Закону государства и нарушают права граждан Украины, а иногда даже несогласованность.

Так, положение Конституции, позволяющее Президенту издавать Указы по экономическим вопросам, не урегулированным законами, стало поводом для появления нормативов, прямо противоречащих действующему законодательству. Поэтому Верховная Рада вынуждена была принять Постановление, связанное с началом действия Закона Украины «О порядке установления ставок налогов, сборов (обязательных платежей), других элементов налоговых баз, а также льгот по налогообложению» (1; № 52. - С. 8).

Согласно Постановлению Верховной Рады Украины «О порядке применения нормативно-правовых актов, которые регулируют вопросы налогообложения в

нормативно-правовые акты, кроме законодательных, изданные до вступления в силу упомянутого Закона, увеличивавшие ставки налогов (сборов и обязательных платежей) или изменявшие объекты и другие элементы налоговых баз и льготы по налогообложению, а также устанавливавшие налоги и сборы, не предусмотренные Законом Украины «О системе налогообложения», утрачивают силу в частях, противоречащих Закону «О порядке установления ставок налогов, сборов (обязательных платежей), других элементов налоговых баз, а также льгот по налогообложению» с момента его опубликования (17.12.98), и не подлежат выполнению налогоплательщиками, т.е. Правительству и Президенту рекомендовано в 10-дневный срок отменить изданные ими нормативно-правовые акты.

Беспредел чиновников налоговых органов связан с принятием Постановления КМУ от 18.12.98 г., № 1997 «О порядке применения косвенных методов определения объемов операций, которые облагаются налогом на добавленную стоимость» (З; № 13. - С. 24). В соответствии с данным постановлением под «прямыми» и «косвенными» методами следует понимать следующее. Прямые методы определения налогооблагаемых операций - получение информации из отчетов, деклараций, записей и регистров бухгалтерского учета налогоплательщика, т.е. все то, что субъект предпринимательства представляет непосредственно в налоговые органы и честно декларирует.

Косвенные методы определения налогооблагаемых операций - методы отслеживания операций, связанных с хозяйственной деятельностью налогоплательщика, при помощи информации, полученной из иных источников. Иными словами, здесь уже налоговый орган проявляет инициативу по опосредованной добыче и анализу информации для определения дохода и соответствующего размера налоговых обязательств своих подопечных.

Порядок предусматривает следующие случаи применения косвенных методов:

- а) выявление нарушения требований к ведению бухгалтерского и налогового учета, фактов уничтожения, потери или непредставления документов;
- б) ведение неполного учета фактических издержек производства;
- в) выявление фактов сокрытия дохода, куда, как оказалось, может относиться: длительная убыточность предприятия или его простой; несоответствие уровня жизни руководителей, учредителей,

предпринимателей и членов их семей задекларированным доходам, отношения с фиктивными структурами; предоставление, получение и погашение кредитов (!?), безосновательное увеличение объема операций за наличные и др.

На наш взгляд, требования данного документа явно и грубо противоречат законам. Как видим, их суть сводится к тому, чтобы налоговые органы могли применять санкции к любому предприятию. Правда, налогоплательщику представляется возможность оправдаться. О расхождениях при использовании косвенных методов Государственная налоговая администрация Украины (ГНАУ) предлагает налогоплательщику документально обосновать выявленную проверкой разницу. И пока налогоплательщик будет доказывать свои права, средства будут списаны в бесспорном порядке.

На основании обобщения судебной практики по поводу отмены решений налоговых органов (признание недействительными актов ненормативного характера) можно привести основные причины, из-за которых чаще всего эти решения отменяются судами (признаются недействительными):

— отсутствие ссылок на конкретное законодательство, которое нарушил налогоплательщик, как в актах проверок, где установлены эти нарушения, так и в следующих решениях о применении финансовых санкций;

— ссылка на документы ГНАУ, которые не являются нормативными в соответствии с действующим законодательством (не прошли регистрацию в Минюсте Украины) или не признаются судом как отвечающие действующему законодательству (ст. 83 АПК);

— ошибки при ссылках на законодательные акты (применение законодательства, уже не являющегося действующим, ошибочное трактование отдельных положений законодательства);

— нарушение порядка наложения административных штрафов на физических лиц и их законных прав во время этой процедуры (отсутствие письменных объяснений, письменных вызовов на рассмотрение материалов нарушения и т. п.);

— применение штрафов и финансовых санкций за действия или бездеятельность, которые в соответствии с действующим законодательством не являются нарушениями (расширенное толкование перечня нарушений);

— оставление без рассмотрения и надлежащей оценки доказательств налогоплательщика в свою пользу или отсутствие конкретных аргументов, опровергающих эти доказательства, как в акте про-

85

верки, так и в последующем решении о применении санкций;

— отсутствие обоснованных, понятных суду расчетов сумм недоимки, скрытых от налогообложения, штрафных санкций (4, с. 28).

В соответствии с Разъяснениями Высшего арбитражного суда Украины от 17.03.98 г., № 02-5/96 возобновлен предыдущий порядок судебного обжалования решений налоговых органов, согласно которому плательщики могут подавать жалобы (заявления) на такие решения сразу в суды, не обращаясь предварительно в вышестоящие налоговые органы (2; № 2. - С. 172). Это не касается требований об обратном взыскании списанных сумм, по которым сохраняется необходимость предварительного обращения в налоговые органы. Таким образом, отныне сам налогоплательщик может выбирать, куда ему подать жалобу - в вышестоящий налоговый орган или в арбитражный суд. Не исключена возможность и одновременного применения обоих механизмов обжалования. В этом случае следует руководствоваться Положением о порядке подачи и рассмотрения жалоб плательщиков налогов государственными налоговыми администрациями (новая редакция утверждена ГНА Украины 03.03.98 г., № 93 и зарегистрирована в Минюсте Украины 17.03.98 г., № 176/2616) (3; № 11. - С. 45).

Следует принять во внимание, что отмена решения налогового органа по результатам конкретной проверки не лишает его возможности исправить в новом решении свои, установленные контролирующим органом ошибки и снова применить санкции за это же нарушение. Подобное возможно потому, что отменяется лишь решение, а не акт проверки. Акт проверки лишь фиксирует наличие или отсутствие определенных юридических фактов, является доказательством определенной позиции

налогового органа и основанием для его решения о применении санкций. Следовательно, после признания судом решения (например о применении финансовых санкций) недействительным соответствующий налоговый орган может по этому же акту проверки вынести новое решение о применении санкций. Понятно, что при этом он должен учесть свои предыдущие ошибки, указанные в судебном решении. Впрочем, налогоплательщик также имеет право снова обратиться в суд и ходатайствовать о признании уже нового решения налогового органа недействительным (п. 1. 1 Информационного письма Высшего арбитражного суда от 16.10.95 г., № 01-8/732 «О некоторых вопросах практики применения отдельных норм действующего законодательства при разре-

86

шении споров»).

В порядке, предусмотренном указанным Положением, рассматриваются жалобы как юридических, так и физических лиц на решения государственных налоговых администрации о:

- а) приостановлении операций по текущим и другим счетам, открытым налогоплательщиками в банках и других кредитных учреждениях;
- б) принудительном взыскании не внесенных в срок налогов и неналоговых платежей в бюджет;
- в) применении финансовых санкций;
- г) наложении административных взысканий.

Следует отметить, что обжалованию подлежат именно решения, а обжалование неправомερных действий работников налоговой службы данным актом не предусмотрено. В разъяснении Высшего арбитражного суда Украины (ВАСУ) также говорится об обжаловании действий. Получается путаница. В любом случае невозможность обжаловать конкретные действия конкретного налогового органа, не связанные с принудительным взысканием налогов или наложением санкций, существенно ограничивает права налогоплательщиков.

Подача жалобы с необходимыми для ее рассмотрения документами может производиться как в администрацию, которая приняла обжалуемое решение, так и в вышестоящую налоговую администрацию. При этом вышестоящей для районной ГНА в городе с районным делением является городская, для районной и городской (кроме г. Киева и Севастополя) — областная ГНА или ГНА Республики Крым соответственно. В ГНАУ подаются жалобы на решения ГНА в Республике Крым, областях, г. Киеве и Севастополе.

Если жалоба подается в администрацию, вынесшую обжалуемое решение, то в течение 3-х дней она передается в вышестоящий орган.

Жалобы рассматриваются в течение 1-го месяца с момента их поступления, а жалобы на постановления по делу о наложении административного взыскания - в течение 10-ти дней. По окончании рассмотрения жалобы принятое решение направляется жалобщику и той налоговой администрации, действия которой обжалуются.

Если налогоплательщик не согласен с решением, принятым по результатам рассмотрения его жалобы, он может обжаловать это решение в вышестоящую ГНА в течение года с момента его вынесения, но не позднее 1-го месяца со дня ознакомления с этим ре-

87

шением руководителя предприятия (организации), гражданина. Трудно сказать, чем обосновано такое резкое сокращение сроков обжалования - разве что желанием как можно более затруднить для налогоплательщика этот процесс. Однако, если пропуск срока обжалования был вызван уважительными причинами, этот срок может быть возобновлен по заявлению жалобщика руководителем вышестоящей налоговой администрации.

Ничего не сказано о праве налогоплательщика обратиться с жалобой в следующую инстанцию, если решение от предыдущей ГНА не поступило в установленные сроки. Однако, исходя из требований ВАСУ и примеров сложившейся практики, целесообразно подавать жалобу в вышестоящую ГНА сразу же по прошествии установленного для рассмотрения жалобы срока с учетом времени почтовой пересылки.

Как правило, подача жалобы не приостанавливает действия обжалуемого решения, однако существуют два исключения. Во-первых, если есть достаточные основания считать, что обжалуемое решение незаконно, председатель ГНА или его заместитель вправе полностью либо частично приостановить действие этого решения до окончания рассмотрения дела. Во-вторых, приостанавливается действие постановления о наложении административного взыскания, если оно обжаловано в течение 10-ти дней с момента вынесения.

Налогоплательщик, подавший жалобу, имеет право:

- лично изложить аргументы лицу, которое проверяет жалобу, принимать участие в такой проверке;
- ознакомиться с результатами проверки;
- представлять дополнительные материалы или настаивать на их запросе налоговой администрацией, рассматривающей жалобу;
- присутствовать при рассмотрении жалобы;
- пользоваться услугами адвоката или другого уполномоченного доверенностью представителя;
- получить письменный ответ о результатах рассмотрения жалобы;
- высказывать устно или письменно требование о тайне рассмотрения дела;
- требовать возмещения убытков, причиненных неправомерным решением;
- отзываться или аннулировать жалобу письменным заявле-

88

нием в любое время до момента принятия решения по ней.

Таким образом, правовые нормы, регламентирующие защиту прав налогоплательщиков, являются, на наш взгляд, поверхностными, они не содержат четкой детализации, что, в свою очередь, оставляет широкое поле для самодеятельности и превышения полномочий ответственных лиц налоговой службы. Однако, как показывает практика, эти нормы остаются последней надеждой предпринимателя на восстановление своих прав и защиту законных интересов.

Список литературы: 1. Відомості Верховної Ради України. - 1998. 2. Вісник Вищого арбітражного суду України. - 1998. 3. Офіційний вісник України. - 1998. 4. Теньков С. Разрешение споров в арбитражных судах.// Вестн. налог. службы. - 1998. - № 13. - С.28-31.

О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ОБСЛЕДОВАНИЯ НАЛОГОВЫМИ ОРГАНАМИ ПОМЕЩЕНИЙ НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКОВ

Отличительной чертой действующего налогового законодательства Украины является отсутствие в нем определения важнейших понятий и терминов, юридических и организационных принципов налогообложения, достаточно полной регламентации производства по делам о налоговых правонарушениях, общих правил наложения взысканий и т.д. Обследование налоговыми органами помещений налогоплательщиков вполне можно отнести к одному из наиболее не урегулированных, с точки зрения налогового законодательства, действий, относящихся к так называемому производству по делам о налоговых нарушениях. Действительно, процессуальные нормы, связанные с производством по делам о налоговых нарушениях, базируются на нормах, близких к административному производству, однако не тождественны им, поскольку налоговые нарушения имеют свою специфику, накладывающую определенные особенности применения обычных административно-процессуальных норм.

89

Такие процессуальные особенности связаны с особыми правами и обязанностями налогоплательщиков и налоговых органов, особенностями привлечения к ответственности, возможностями самостоятельного осуществления оперативно-розыскной деятельности и предварительного следствия, неразглашением сведений, ставших известными налоговым органам в ходе проведения документальных проверок, а также спецификой обследования помещений налогоплательщиков.

Вместе с тем было бы не правильным утверждать, что механизм обследования помещений определен процессуальными нормами, применяемыми налоговыми органами. Таких норм фактически в действующем налоговом законодательстве Украины не существует, как нет и самого понятия «обследование» помещений, используемых налогоплательщиками. Тем не менее обследования помещений налогоплательщиков проводятся налоговыми органами на вполне законных основаниях. В частности, п.3 ст. 11 Закона «О государственной налоговой службе в Украине» позволяет налоговым органам, в том числе и налоговой милиции, «обследовать любые производственные, складские, торговые и иные помещения предприятий, учреждений, организаций независимо от форм собственности и жилища граждан, если они используются как юридический адрес субъекта предпринимательской деятельности, а также для получения доходов» (1). Помимо указанного Закона, сотрудникам налоговой милиции в соответствии с требованиями подпункта «а» п. 15 ст. 11 Закона Украины «О милиции» разрешено «входить беспрепятственно в любое время суток на территорию и в помещения предприятий, учреждений и организаций в том числе таможни, и осматривать их с целью предотвращения преступлений, преследования лиц, подозреваемых в совершении преступлений, при стихийных бедствиях и иных чрезвычайных обстоятельствах». Пункт 24 ст. 11 того же Закона регламентирует проведение осмотра налоговыми милиционерами с участием администрации проверяемых объектов «производственных,

складских и иных служебных помещений и территорий с целью проверки охраны государственного и коллективного имущества, соблюдения правил продажи товаров и предоставления услуг населению» (2). Пункт 3.2. «Порядка периодичности проверок и проведения обследований производственных, складских, торговых и других помещений», утвержденного приказом Государственной налоговой администрации Украины от 30.07.98г. , № 371, регламентирует периодичность обследования «любых складских,

90

торговых и других помещений предприятий, учреждений и организаций по мере возникновения необходимости в их проведении» (3). Таким образом, налоговые органы имеют право на следующие самостоятельные и вместе с тем взаимосвязанные действия: а) беспрепятственно входить в любые помещения и обследовать их; б) проникать в жилые помещения и обследовать их против воли проживающих в них граждан.

Учитывая, что перечень вышеприведенных нормативных актов, регулирующих обследование налоговыми органами помещений, используемых налогоплательщиками, в данный момент является исчерпывающим, получить, к сожалению, объективные разъяснения украинского законодательства о том, как осуществляется процесс обследования, какие документы предоставляют налоговым органам право на его проведение, каким образом оформляется эта процедура и, наконец, как «беспрепятственное» вхождение в любые помещения, жилища граждан и их обследование (осмотр) соотносятся с соблюдением законности и провозглашенным в ст.30 Конституции Украины правом граждан на неприкосновенность жилища, не представляется возможным.

Тем не менее представляется, что процесс обследования должен включать в себя присутствие не менее двух незаинтересованных лиц, а также проверяемого лица, фиксирование хода и результатов обследования, вручение копии документа лицу, у которого проводилось обследование (осмотр) помещения, и т.д. Не являясь следственным действием, обследование помещений налогоплательщиков может производиться исключительно в пределах проведения налоговыми органами документальной проверки .

Основанием для проведения обследования помещений могут служить сведения, полученные проверяющими органами о наличии у налогоплательщика помещения, где находятся (или могут находиться) документы, свидетельствующие о сокрытии налогов или иных обязательных платежей. Органы налоговой милиции осуществляют осмотр помещений на основании требований п. 3, 15 ст.11 Закона Украины «О милиции». Право на проведение обследования помещения должно предоставляться проверяющим должностным лицам исключительно при наличии у них предписания (поручения), подписанного руководителем налогового органа, и соответствовать тем же требованиям, что и поручение на проведение документальной проверки хозяйственной деятельности налогоплательщика. Особое значение приобретает письменное предписание при обследова-

91

нии жилых помещений плательщиков, используемых ими как юридический адрес или для получения доходов. Если же такого предписания у налогового органа нет, а обследование проведено (что зачастую и происходит), можно с полной уверенностью утверждать, что для налоговых органов открывается возможность без достаточных

оснований проникать в жилище граждан, тем самым грубо нарушая конституционный принцип его неприкосновенности.

В этой связи представляется интересным и то, что налоговая милиция, являясь согласно ст. 19 Закона « О государственной налоговой службе Украины» структурным подразделением налоговой службы страны, не должна относиться к правоохранительным органам. Вместе с тем налоговая милиция имеет право в соответствии с указанной статьей Закона на проведение оперативно-розыскных мероприятий, к которым относится и так называемый негласный осмотр помещений не только налогоплательщиков , но иных лиц, обоснованно подозреваемых в совершении преступлений. Проникновение в жилые помещения граждан, в частности, для проведения негласного осмотра, осуществляется согласно п. 7 ст.8 Закона Украины « Об оперативно-розыскной деятельности» с санкции Генерального прокурора Украины, которая уже предполагает наличие соответствующего письменного документа руководителя органа, давшего право на проведение негласного осмотра жилища налогоплательщика. В этом случае, по понятным причинам, платательщик налогов в известность не ставится.

Обследование (осмотр) помещений налогоплательщиков, будучи сложным мероприятием, требует от сотрудников налоговой службы тщательной предварительной подготовки. Так, должен быть установлен владелец обследуемого помещения, наличие вооруженной охраны, ее возможное противодействие, предположительное местонахождение документов, свидетельствующих о сокрытии налогов. Перед началом обследования налогоплательщику должны быть разъяснены его обязанности и права, а также правомочия налоговой службы. Удостоверившись в личности руководителей и должностных лиц проверяемого предприятия, а также других находящихся в обследуемом помещении лиц, сотрудники налоговых органов вправе потребовать необходимую документацию. При проверке документов должны соблюдаться требования п. 1 ст. 11 Закона «О государственной налоговой службе в Украине», а также инструкции министерства финансов Украины« О порядке изъятия у предприятий, организаций, учреждений, граждан должностными

92

лицами государственной налоговой инспекции документов, свидетельствующих о сокрытии (занижении) дохода (прибыли) или сокрытия иных объектов от налогообложения» от 19.05.92г., №7.

Осмотр вещей, товаров и иных предметов, находящихся в помещении, осуществляется, как правило, в присутствии лица в собственности или владении которого они находятся. В случаях, не терпящих отлагательства, такой осмотр может быть проведен с участием двух незаинтересованных лиц в отсутствие собственника (владельца). При необходимости в ходе обследования (осмотра) может производиться фото- или киносъемка, видеозапись, снимаются копии с документов и т.д.

По окончании обследования помещения должен быть составлен протокол, в котором указываются дата и место его составления, должность, фамилия сотрудника налогового органа , установочные данные должностного лица проверяемого предприятия. Далее в протоколе описывается процедура обследования помещения, отмечаются заявления, замечания, поступившие от участников обследования. Протокол обследования помещения составляется в двух экземплярах и подписывается всеми участвовавшими в нем лицами.

К сожалению, следует признать, что современная практика налоговых органов, производящих обследования (осмотр) помещений налогоплательщиков, далека от совершенства и больше напоминает обыск. Однако, как известно, обыск – это следственное действие, которое никак не может подменять обследование. Отличия указанных действий вполне очевидны и не требуют дополнительных комментариев. Вместе с тем, обследование налоговыми органами помещений налогоплательщиков является принудительной мерой обеспечения исполнения налогового обязательства, может быть связано с существенным ограничением их прав и носить репрессивный характер. Поэтому для того, чтобы обеспечить максимальную законность действий налоговых органов при проведении обследований (осмотров), защитить при этом права налогоплательщиков, необходимо тщательным образом, детально разработать данную процедуру с учетом требований Конституции и законов Украины.

Список литературы: 1. Ведомости Верховной Рады Украины. - 1991. - № 6. - С. 37. 2. Ведомости Верховной Рады Украины. - 1991. - № 4. - С. 20 3. Содержится в компьютерной базе данных «Гроссбух» системы «Динай», 1999.

ДОКУМЕНТАРНЫЙ АККРЕДИТИВ КАК ФОРМА РАСЧЕТОВ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Расширение связей субъектов предпринимательской деятельности Украины (резидентов) и их партнеров-нерезидентов влечет за собой переход к стабильным международным формам расчетов. Наиболее выгодной формой расчетов для экспортера и обеспечивающей максимальную защиту интересов участников внешнеэкономической сделки является документарный аккредитив.

По существу, аккредитив – это письменное обязательство, выдаваемое банком покупателя (банком-эмитентом), о выплате экспортеру товаров (бенефициару) через авизирующий или подтверждающий банк в стране бенефициара, которое всегда обеспечивает соблюдение условий аккредитива и предоставления необходимых к нему документов в специально установленные сроки.

При осуществлении расчетных операций в форме документарного аккредитива банки и их клиенты руководствуются «Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов» в редакции 1993 г. (публикация Международной торговой палаты¹ — № 500). Они подлежат применению лишь в том случае, если стороны оговорили такое применение в своем договоре. Статья 1 этих Правил четко закрепляет:

“Настоящие Правила применяются ко всем документарным аккредитивам, включая резервные аккредитивы, в той мере, в которой эти Правила могут быть к ним применены, и являются обязательными для всех заинтересованных сторон при отсутствии прямо выраженного соглашения об ином” (1, с. 39). Они будут включаться в каждый документарный аккредитив путем указания в нем, что последний подчиняется Унифицированным правилам и обычаям для документарных аккредитивов.

В английском праве Унифицированные правила не имеют силы норм права или статуса торгового обычая. Они применяются лишь в том случае, если стороны включили их в свой договор. Так обычно поступают английские банки, заключая договор с английским контрагентом, зарубежным коммерсантом либо другими банками. Аналогичное положение характерно и для Франции.

МТП постоянно пытается стандартизировать документацию по аккредитивным сделкам, издавая Сборники заключений Комиссии по банковской практике относительно толкования и применения банками указанных Правил.

В аккредитивной форме расчетов обычно различают четыре стадии:

а) экспортер и иностранный покупатель по договору купли-продажи соглашаются о платеже посредством аккредитива;

б) иностранный покупатель (приказодатель на аккредитив) дает поручение банку в месте нахождения своего предприятия (банк-эмитент) открыть аккредитив в пользу экспортера (бенефициара) на условиях, которые определяет покупатель в своих инструкциях банку-эмитенту;

в) банк-эмитент договаривается с авизиующим банком в месте нахождения экспортера об учете, акцепте либо оплате тратт экспортера по представлении продавцом транспортных документов;

г) авизиующий банк уведомляет экспортера о том, что он учтет, акцептует либо оплатит тратты продавца по представлении грузовых документов. Авизиующий банк может осуществить такие операции, как не принимая на себя каких-либо обязательств, так и подтвердив аккредитив, открытый банком-эмитентом.

Иногда, когда банк имеет представительство в стране нахождения иностранного покупателя и экспортера, стадии 3 и 4 объединяются и банк-эмитент уведомляет экспортера об открытии аккредитива в его пользу непосредственно либо через свое отделение по месту нахождения экспортера.

В этом анализе следует обратить внимание на два момента: во-первых, стадии 1 и 4 важны только для экспортера, потому что в договоре купли-продажи с иностранным покупателем он должен выбрать наиболее приемлемый вид аккредитива и соответствующее уведомление авизиующего банка; во-вторых, если надлежащие документы представлены до истечения срока аккредитива, возникает обязательство оплатить бенефициару покупную цену. При безотзывном аккредитиве это должен сделать банк-эмитент, при подтвержденном – авизиующий банк. По своей природе это обязательство является договорным. Банк, принявший на себя такое обязательство, может отказаться выполнить указания покупателя не

95

производить платеж продавцу, который исполнил условия аккредитива, и не принять отзыва аккредитива.

Вопрос определения надлежащего права аккредитивной сделки встает редко, так как в большинстве стран банки при проведении операций по аккредитиву исходят из Правил и однообразие практики исключает возможность коллизии норм права по большинству правовых проблем. Однако, если необходимо определить надлежащее право аккредитива, а в самом аккредитиве оговорка о применимом праве отсутствует, согласно общим принципам обязанность определить правовую систему, с которой обусловленный аккредитив имеет наиболее тесную и реальную связь, возложена на суд. Естественно, что данный вопрос совершенно не связан с вопросом определения системы права, регулирующего отношения между продавцом и покупателем по

договору купли-продажи, лежащего в основе аккредитива, так как последний порождает несколько видов договорных отношений.

Применительно к отношениям между покупателем и банком-эмитентом, по мнению английских юристов, правовой системой, наиболее тесно с ними связанной, вероятно, будет право той страны, в которой банк осуществляет деятельность и где открывается аккредитив. Данный вид отношений основан на отношении клиент - банкир, и в таком договоре всегда действует оспоримая презумпция в пользу права страны банка (2, с. 212).

Применительно к отношениям, в которых участвуют продавец (бенефициар по аккредитиву) и авизирующий банк, наиболее тесно связанной с ними системой права должно быть право страны последнего. Причем это характерно и для отношений между продавцом и банком-эмитентом.

Наибольшие затруднения в банковской практике вызывает вопрос об отношениях между банком-эмитентом и авизирующим банком. В таких межбанковских сделках общие условия деятельности (или заведенный порядок) допускают вывод в пользу права страны наиболее тесной связи. При отсутствии таких указаний можно полагать, что совокупность обстоятельств часто приводит к выводу о превалирующем праве страны авизирующего банка. В связи с тем, что данные нормы права, вероятно, будут применяться к отношениям банка с продавцом-бенефициаром, было бы нежелательно применение различных систем права к двум аспектам одной и той же коммерческой сделки.

Основными принципами норм права, относящимся к ак-

96

кредитивам, являются автономия аккредитива и строгое соответствие (исполнение).

Аккредитивная сделка по своей природе обособлена и независима от лежащего в ее основе договора. Банк, производящий операции по аккредитиву, занимает лишь одна проблема: соответствуют ли представленные продавцом документы условиям аккредитивного поручения. Аккредитив, таким образом, является сделкой с документами. Для банка не имеет значения, является ли договор, на основании которого открыт аккредитив, договором купли-продажи (продуктов питания, оборудования) или каким-либо другим договором. Банк может отказаться оплатить аккредитив только в одном случае: если докажет, что документы, по внешнему виду соответствующие условиям аккредитива, фальшивые и что бенефициар вовлечен в обманные действия. Иногда на этот случай делается ссылка как на возражение об обманных действиях.

Принцип автономии аккредитива закреплен в Правилах следующим образом:

Аккредитив по своей природе представляет собой сделку, обособленную от договора купли-продажи или иного договора (-ов), на котором он может быть основан, и банки ни в коей мере не связаны и не обязаны заниматься таким договором (-ами), даже если в аккредитиве есть какая-либо ссылка на такой договор (ст.3).

По операциям с аккредитивами все заинтересованные стороны имеют дело только с документами, но не с товарами, услугами или другими видами исполнения обязательств, к которым могут относиться документы (ст. 4).

По своей автономной природе аккредитивы в определенной степени приближаются к переводным векселям.

В практике иностранных судов отмечается, что жизненно важно, чтобы каждый банк, открывающий аккредитив, выполнил взятые на себя обязательства. Банк никоим

образом не связан каким-либо спором, который может возникнуть между покупателем и продавцом. Покупатель может утверждать, что товары не соответствуют условиям договора, и заявить, что он имеет встречное требование на бóльшую сумму. Несмотря на это, банк должен выполнить свое обязательство. Аккредитив сходен с переводным векселем, выданным в оплату покупной цены за товары. Он равнозначен платежу наличными и должен быть оплачен. Не допускается никакого зачета либо встречных требований с целью уменьшения ответственности. В то же время, как переводной вексель выдается по-

97

купателем продавцу, аккредитив открывает банк в пользу продавца, чтобы избежать того, что может по своему характеру быть зачетом либо встречным требованием.

Принцип права, в соответствии с которым банк может отклонить документы, не соответствующие точным условиям аккредитива, обычно называется доктриной строгого соответствия. Это правило, которое не всегда должным образом оценивают экспортеры, основано на том, что авизирующий банк выступает как специальный агент банка-эмитента, который, в свою очередь, является специальным агентом покупателя. Если такой агент с ограниченными полномочиями действует за их пределами (по банковской терминологии - своего мандата), принципал (банк-эмитент или покупатель) вправе не признать такое действие агента, который может получить от него возмещение и вынужден нести коммерческий риск сделки. Если цены на рынке упали, покупатель легко поддается искушению отказаться от принятия акцептованных банком документов на том основании, что они не соответствуют строго условиям аккредитива. Более того, банк имеет дело с финансированием, а не с товарами. Обычно он не знаком достаточно хорошо с обычаями и практикой отдельной отрасли торговли. Если представленные документы не соответствуют строго условиям аккредитива и банк отказывается от их принятия, экспортеру следует немедленно связаться со своим иностранным покупателем и попросить его дать указание банку принять документы в том виде, в котором они предъявлены. Отказ банка отступить хотя бы в небольшой и явно незначительной мере от условий аккредитива, которые не санкционированы Инструкцией или Правилами, в подавляющем большинстве случаев находит поддержку судов.

Если банк производит оплату по подтвержденному аккредитиву, хотя представленные документы страдают пороками, принципал (банк-эмитент или покупатель), в зависимости от обстоятельств лишается права отказывать в возмещении выплаченной суммы, если он одобрил такой платеж. Выводом о намерении одобрить совершенный платеж при соответствующих обстоятельствах может послужить даже продолжительное бездействие или молчание принципала. В договоре на условиях СИФ (Правила Инкотермс в ред. 1990г.) при отказе принять документы принципал должен руководствоваться указанной в них стоимостью. Если, например, покупатель, зная дефекты в документах, бездействует и пытается отказаться от них после прибытия товаров и их осмотра в

98

порту назначения, то считается, что он одобрил платеж банка.

Согласно доктрине строгого соответствия банк действует в пределах своих полномочий, отказывая в приеме представляемых продавцом документов, если в них не содержится сведений, которые определены в аккредитивном поручении.

И за эти рамки банк выходить не обязан. В частности он не должен касаться вопросов правовой значимости и ценности требуемых им документов. Даже если их правовая ценность представляется спорной, документы соответствующей формы могут иметь определенную коммерческую ценность для покупателя (2,с.204). Иллюстрацией является требование в аккредитивном поручении о том, чтобы бортовой коносамент (транспортный документ) содержал определенное описание товара. Значимость такого описания ничтожна. Учитывая обычные условия в коносаменте о том, что вес, мера, марка, количество, качество, содержание и стоимость, как они объявлены в коносаменте грузоотправителем, считаются неизвестными перевозчику, тем не менее банк должен настаивать на том, чтобы коносамент содержал обусловленное описание. При отсутствии дополнительных указаний не обязательно банк должен отказаться от принятия такого коносамента на том основании, что оговорка «вес, мера и т. д. неизвестны» не исключена.

Действующее право по этому вопросу было обобщено рядом юристов Великобритании, которые отмечали что: а) банкир не должен заниматься вопросом о том, по какой причине покупатель требует определенные документы; б) исключаются документы, которые являются почти такими же или которые действуют точно так же, как и документы, им определенные; в) в то время, как банк вправе в разумных пределах толковать двусмысленности в полученном им мандате, при ясно определенных в мандате полномочиях необходимо строгое соответствие действий банка условиям такового; г) документы должны быть приняты или отвергнуты без промедления и без необходимости их длительного исследования и д) представление документов, которые по надлежащему ознакомлению с ними требуют дальнейшего исследования и могут привести к судебному процессу, является ненадлежащим представлением (2, с. 210).

Таким образом, следует различать две ситуации: когда двусмысленны инструкции по аккредитиву (мандату) и когда двусмысленны представленные документы. Если двусмысленными являются указания по аккредитиву, то наилучший выход из положе

ния для банка – запросить разъяснение. Когда же это сделать невозможно, банк пользуется защитой, как если бы он действовал разумно. Английские суды отмечают, что когда банк получает от своего клиента двусмысленные или неясные инструкции, он не считается нарушившим договор, если такие указания истолкует разумным образом даже тогда, когда более внимательное обсуждение вопроса толкования при судебном разбирательстве дает основания полагать, что предпочтительным является иное понимание.

Если представленные документы двусмысленны, предложение в принципе является ненадлежащим. Банк, однако, проверяя документы, не должен настаивать на жестком и излишне детальном выполнении точных формулировок во всех случаях. Если надлежащим образом прочитанные и осмысленные слова в инструкциях и представленных документах имеют одно и то же значение, если они согласовываются, не являясь, тем не менее, идентичными, банк не должен их отвергать.

И все же дозволенные банкам пределы толкования документов весьма ограничены.

Банк принимает на себя риск, если не настаивает на строгом соответствии документов. На практике в исключительных случаях банк может согласиться принять

двусмысленный документ на свой риск —с оговоркой либо по представлении гарантий возмещения ущерба. Если банк решает отказаться от документа, он должен в извещении об отказе изложить расхождения, на которых основано его непринятие. Данное правило направлено на то, чтобы бенефициар имел возможность исправить дефект, если он может это сделать до истечения срока действия аккредитива. Если документ отвергается банком-эмитентом, последний должен немедленно известить об этом авизующий банк либо по каналам телекоммуникационной связи, либо (если это невозможно) любым другим ускоренным способом, чтобы данный документ был доставлен в определенное время в его распоряжение.

Банк-эмитент, а также авизующий либо подтверждающий банк должны иметь «разумное время» для проверки документов. Продолжительность разумного времени в каждом случае зависит от разных обстоятельств: это сложность представленных документов, язык, необходимость срочности в связи со скорым прибытием судна, на котором перевозятся товары, возможные возражения по поводу уплаты покупателем из-за подозреваемого или действительного обмана со стороны продавца и др. С точки зрения английской

100

банковской практики, разумным считается срок в 5-6 банковских дней, а в исключительных случаях — 8 (2, с. 207). При нормальных обстоятельствах банки Великобритании выдерживают такие сроки; как правило, принятие документов или отказ от их принятия осуществляется в течение 3-х дней. В некоторых странах, особенно в развивающихся, банки устанавливают для проверки документов более длительные сроки.

Обычно банку дается указание о производстве платежа по представлении ряда документов в комплекте: это транспортный документ (например, коносамент), счет-фактура и страховой полис (или сертификат). Счет-фактура должен содержать полное описание товаров в соответствии с указаниями по аккредитиву. Что же касается других документов, то в них они могут быть описаны в общей форме.

Некоторая свобода в описании товаров в документах допускается, исключая счет-фактуру. В то же время все документы, представляемые банку, должны четко и недвусмысленно относиться к тем же самым, конкретным товарам. Идентификация товаров и их описание в документах — это не один и тот же вопрос. Если документы недвусмысленно не связаны с одним и тем же товаром, предложение считается ненадлежащим.

В мировой практике накоплен богатейший опыт использования аккредитивной формы расчетов, что представляет возможность использовать его и банкам Украины. В условиях нестабильной экономической ситуации для повышения ответственности сторон и предотвращения мошенничества и злоупотреблений использование аккредитивной формы расчетов является весьма целесообразной. Гарантии, даваемые данной формой расчетов, повышают стабильность в сфере платежей.

Список литературы: 1. Международное частное право: Учеб. пособие / Сост.: Д.В. Задыхайло. - Харьков: Консум, 1998. — 752 с. 2. Шмиттгофф К.М. Экспорт: право и практика международной торговли / Пер. с англ. — М.: Юрид. лит., 1993. — 512 с.

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ В ПРАВОВОМ МЕХАНИЗМЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАНЯТОСТИ НАСЕЛЕНИЯ

Право на труд занимает ведущее место среди социально-экономических прав личности любой общественно-экономической формации, так как оно является предпосылкой для осуществления всех других прав; оно такое же естественное, присуще человеку, как и право на жизнь: от того, насколько реально это право, зависит реальность других прав граждан, ибо труд является необходимым условием существования человека и цивилизации.

Право на труд — это обеспеченная и гарантированная государством, закрепленная в законодательстве возможность трудящихся работать в избранной ими с учетом общественных потребностей в сфере трудовой деятельности в качестве наемного работника (или предпринимателя) по трудовому договору либо самостоятельно по гражданско-правовому договору.

Основным социальным назначением права на труд является обеспечение занятости, предоставления трудящимся работы и средств существования.

Право на занятость — это закрепленное в законодательстве право трудящегося, достигшего определенного возраста и нуждающегося в работе, на государственное содействие в получении работы в соответствии с призванием, способностями, приобретенной специальностью (квалификацией) и с учетом общественных потребностей или необходимой профессиональной подготовки для этого, включая право на трудоустройство, профориентацию, профконсультацию, подготовку и переподготовку и другое, которому соответствует обязанность государства в лице его компетентных органов оказать такое воздействие.

Тем самым право на занятость выступает в качестве правомочия реализовать свои возможности на получение государственного содействия и требовать от соответствующих органов и должностных лиц надлежащего выполнения этой обязанности.

Категории “право на труд” и “право на занятость” взаимосвязаны. Когда идет речь об обеспечении занятости, имеется в виду и обеспечение права на труд.

В основе реальности права на труд и на занятость лежит их

102

гарантированность. “Правовые гарантии... прав граждан — это те установленные законом, нормами права средства, способы, которыми охраняются и защищаются права граждан, пересекаются и устраняются, восстанавливаются нарушенные права” (4, с. 180).

Под гарантией понимается ручательство, поручительство, порука, обеспечение (1, с. 344). Гарантия — это средство обеспечения беспрепятственного осуществления прав и свобод граждан. Гарантировать — значит создавать реальные условия, необходимые для осуществления гражданами своих прав и свобод.

Гарантиям права на труд и права на занятость присущи следующие свойства: законодательное их закрепление (государством в лице его органов принуждения); возможность для субъекта, нуждающегося в гарантиях, права на обращения в соответствующие органы (суд и другие органы управления государства); обязанность

этих органов принять обращение и дать надлежащий ответ; возможность реального исполнения реакции государства (реальность решения суда; реальность исполнения административного органа); при отсутствии возможности реализовать решение государственного суда право обратиться в Международный (Европейский) Суд и получить решения этого суда и др.

Предлагаемое понятие гарантий применительно к праву на труд, следовательно, и праву на занятость. Оно позволяет сформулировать правовой механизм этого института и назначение Государственной службы занятости, которая своей деятельностью призвана способствовать полной реализации гражданами принадлежащего им этого права.

Не менее важное назначение правового механизма юридических гарантий заключается и в том, чтобы достижение указанных результатов происходило в рамках законодательства. Подтверждение тому — создание в системе Государственной службы занятости специальной инспекции по контролю за соблюдением законодательства о занятости населения (3, с. 56).

В системе правового механизма юридических гарантий реализации права на обеспечение занятости в науке трудового права выделяют два вида гарантий: общие и дополнительные (2, с. 21, 27). Мы же рассматриваем в Законе “О занятости населения” еще один вид гарантий — особые.

Так, согласно с. 4 Закона “О занятости населения” установлены государственные гарантии на выбор профессии и вида деятельности, которые рассчитаны на всех трудоспособных гражд-

103

дан в трудоспособном возрасте. К ним относятся: а) добросовестность труда, выбор или изменение профессии или вида деятельности; б) защита от необоснованного отказа в принятии на работу или необоснованного увольнения, а также содействие в сохранении работы; в) бесплатное содействие в подыскании подходящей работы и в трудоустройстве в соответствии с признанием, способностями, профессиональной подготовкой, образованием с учетом общественных потребностей всеми доступными средствами, включая профессиональную ориентацию и переподготовку; г) выплата выходного пособия работникам, которые утратили постоянную работу на предприятиях или в организациях в случаях и при условиях, предусмотренных действующим законодательством; д) бесплатное обучение безработных новым профессиям, переподготовка в учебных заведениях или в системе Государственной службы занятости с выплатой стипендии; е) выплата безработным в установленном порядке пособий по безработице, материального пособия членам семьи, находящимся на их содержании и других видов пособий; ж) включение периода переподготовки и обучения новым профессиям, участия в оплачиваемых общественных работах, получения пособия по безработице и материальной помощи по безработице в общий трудовой стаж, а также в непрерывный трудовой стаж; з) предоставление работы по специальности на период не менее трех лет молодым специалистам — выпускникам государственных учебных заведений государства, ранее заявленных предприятиями, учреждениями, организациями.

Дополнительные гарантии предоставляются гражданам, особо нуждающимся в специальной защите и не способным на равных конкурировать на рынке труда, путем бронирования на предприятиях, в учреждениях, организациях, независимо от формы собственности, с числом более 20-ти человек до 5 % от общего количества рабочих

мест. К этой категории граждан закон относит: женщин, имеющих детей возрастом до 6-ти лет; одиноких матерей, имеющих детей до 14-ти лет или детей-инвалидов; молодежь, закончившую или прекратившую учебу в средних общеобразовательных школах, профессионально-технических учреждениях образования; уволенных со срочной военной или альтернативной (невоенной) службы, при условии, что рабочее место предоставляется впервые; детей-сирот, а также лиц, достигших 15-ти лет, которые по согласию одного из родителей или лица, их заменяющего, могут приниматься на работу. Также дополнительные гарантии

104

предоставляются лицам предпенсионного возраста и лицам, освобожденным после отбытия наказания или принудительного лечения.

Законодатель разрешил в счет квоты бронировать рабочие места с льготными условиями работы, в том числе с надомным трудом, что немаловажно для устройства на работу такой категории граждан, которые по состоянию здоровья или другим причинам не могут работать на производстве полный рабочий день (женщины, имеющие малолетних детей, молодежь, инвалиды и др.).

Особые гарантии предоставляются работникам, утратившим работу в связи с изменениями в организации производства и труда (ст. 49², 49³ КЗоТ, ст. 26 Закона “О занятости населения”). Это: предупреждение работников о предстоящем увольнении персонально не позднее определенного срока; учет преимущественного права на оставление на работе определенных категорий работников; предоставление работодателем работнику другой работы на том же предприятии, если таковая имеется; предоставление статуса безработного при условии регистрации последнего в службе занятости в течение 7-ми дней после увольнения.

Цель гарантий в сфере занятости как юридического института состоит в том, чтобы способствовать беспрепятственному осуществлению права на труд, развитию инициативы работников, достижению определенных социально-экономических результатов. Гарантия — это средство реализации правового института, который служит механизмом обеспечения реальной занятости населения.

Правовой механизм обеспечения занятости населения создан (хотя и в переходной период) в силу определенных экономических причин, однако использовать его полностью в надлежащем масштабе еще не представляется возможным. Существование особого механизма защиты отдельных категорий граждан, ищущих работу, свидетельствует о наличии реальных гарантий права на обеспечение занятости.

Список литературы: 1. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. - Т. 1. - М.: Рус. яз., 1989. 2. Пашков А.С. Занятость, безработица, трудоустройство. - СПб.: СКФ Россия-Нева, 1994. 3. Положення про інспекцію по контролю за додержанням законодавства про зайнятість населення, затверджена постановою Кабінету Міністрів УРСР від 24 червня 1991 р. № 47 із змін. та доп., внесеними Постановою Кабінету Міністрів України. - 1998. - 14.09.98. - № 1435. Офіційний вісник України. - 1998. - № 37. - Ст. 1358. 4. Строгович М.С. Основные вопросы советской социалистической законности. - М.: Наука, 1966.

105

Д.В. Задыхайло, канд. юрид. наук

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ФУНКЦИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВОВОЙ ИНСТРУМЕНТАРИЙ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ

Тема соотношения категорий “экономика”, “государство”, “право”, конечно же, не нова. Однако свойства данной материи таковы, что позволяют быть уверенным в ее неисчерпаемости. Особенно очевидно это с позиций современной социально-экономической проблематики в Украине. Ведь попытка создать оптимальное законодательное регулирование рыночной экономики и предпринимательства как ее динамичной составляющей требует уяснения всего механизма правового воздействия. А это предполагает определение сфер и объектов, методов и средств правового воздействия и в конечном итоге — особенностей правовых режимов функционирования тех или иных сторон рыночной экономики. Однако вся юридическая проблематика регулирования экономических отношений требует изначальной определенности в главном: в чем же, собственно, состоят функции государства по отношению к рыночной экономике.

Если предположить, что государство как политическая корпорация, призванная управлять обществом, обладает единой коллективной волей, то в социально-ролевом смысле по отношению к экономической жизнедеятельности общества оно должно исходить, как представляется, из следующих “корпоративных” интересов:

1. Функционально-альтруистического, под которым следует понимать заботу государства о развитии экономических отношений общества, повышении их продуктивности как исходного фактора общественного развития вообще, поскольку таковым является номинальное назначение государства. (Безусловно, что демократические принципы, лежащие в основе функционирования институтов государственной власти и, в первую очередь, выборность делают уголовным определение данного интереса как альтруистического).

2. Прагматического, под которым следует понимать заботу государства о материальном содержании самого себя как корпорацию.

3. Производных, под которыми следует понимать заботу государства о выполнении неэкономических функций, (например

106

социальных) первичной, материальной основой для реализации которых является продуктивная экономика и наполненный государственный бюджет.

Поскольку два последних интереса носят производный, вторичный характер, а для их реализации государство располагает относительно отработанными бюджетно-фискальными технологиями, целесообразно более детально остановиться на реализации интереса, названного нами *функционально-альтруистическим*.

Фиаско командной экономики в мировом масштабе автоматически поставило перед рядом государств проблему формирования на рыночной основе жизнеспособной экономики. Помимо политических и организационных проблем, требующих решения в рамках данной задачи, немало их возникло и в юридической науке, призванной перевести экономические функции государства в режим правовой урегулированности и законности. И первым камнем преткновения здесь является четкое уяснение вопроса о содержании и соотношении между собой экономических функций государства в контексте обязанностей последнего обеспечить условия продуктивного функционирования рыночной экономики. К сожалению, в рамках науки теории

государства и права не удастся обнаружить сколь-нибудь системных подходов к данной проблеме. что объясняется, очевидно, недостаточной актуализацией новой экономической проблематики в среде теоретиков. Последнее обстоятельство можно считать провоцирующим для предложения “отраслевиками” в порядке дискуссии собственных соображений по этому поводу.

Роль государства по отношению к рыночной экономике, думается, можно свести к трем постоянным главным функциям. Первую функцию можно назвать *учредительно-обеспечивающей*. Главной задачей государства в рамках данной функции является создание организационно-правовой формы существования рыночных отношений, институциональных форм капитализма. И хотя экономисты едины во мнении, что не существует четкого и общепризнанного понятия капитализма, присутствует, однако, определенный консенсус в понимании основных составляющих рыночную экономику как систему. Среди них обычно называют: автономию субъектов экономической деятельности, базирующуюся на частной собственности, свободу предпринимательства как движущую силу рыночной экономики; экономическую конкуренцию; свободное ценообразование; гармонизирующую роль государства. Таким образом, задачей государства является правовое закрепление указанных

107

институтов рынка, создающих режим предпринимательской деятельности в параметрах, обеспечивающих рыночную саморегуляцию. В практическом плане это означает необходимость осуществить правовое закрепление и охрану: права частной собственности, ее равноправия с другими формами собственности; организационно-правовых форм предпринимательских юридических лиц; регулирования договорных обязательств, обеспечивающих предпринимательский оборот; регулирования организационно-правовых форм и деятельности субъектов рыночной инфраструктуры, каковыми являются коммерческие банки, страховые компании, товарные и фондовые биржи, инвестиционные компании, и т.д.

Данная деятельность государства называется *учредительной* еще и потому, что государство не только конституирует ключевые экономические права и свободы, но и учреждает специальные органы государственной исполнительной власти в сфере управления экономикой. Такими органами являются Национальный банк Украины при всей специфике его статуса, Антимонопольный комитет Украины, Госстандарт, Комитет по надзору за страховой деятельностью и др.

Правовые средства регулирования, применяемые в рамках данной функции, различны, что образует в конечном итоге сосуществование различных правовых режимов в системе рыночной экономики. С одной стороны, это частно-правовые режимы регулирования деятельности субъектов предпринимательства в отношениях между собой и с потребителями на основе общедозволительного метода регулирования, с другой — публично-правовые, определяющие отношения между государством (его органами) и субъектами предпринимательской деятельности по поводу соблюдения последними установленного *публичного порядка осуществления предпринимательства* в Украине. Эти режимы основаны на императивном методе регулирования. Однако специфика содержания данного метода в регулировании экономических отношений проявляется через специфичность применяемых средств непосредственного правового воздействия. Среди них необходимо указать на такие средства: государственная регистрация, порядок признания субъекта в качестве экономического агента, игрока на рыночном поле; лицензирование как особый

порядок допуска к осуществлению отдельных видов деятельности; императивный порядок определения правосубъектности многих субъектов рыночной инфраструктуры; установление параметров монополизации рынков и

108

иных нарушений экономической конкуренции и многие другие. Применяются здесь и более универсальные средства публично-правового воздействия, например, контроль и юридическая ответственность за нарушения установленного публичного порядка занятия предпринимательством. Конечно, публично-правовые режимы, по существу, ограничивают предпринимательские свободы. Однако такие ограничения объективно необходимы, если исходить из того, что рыночный механизм имеет в качестве своего двигателя предпринимательскую мотивацию, во внеконтролируемом режиме стремящуюся к конфликту с публичными средствами, например, путем концентрации капитала, направленной на монополизацию рынка, либо путем проявления социальной безответственности по отношению к безопасности и доброкачественности производимых товаров и услуг. В развитых странах некоторые из средств публично-правового воздействия делегированы государством отраслевым органам самоуправления предпринимателей, что, по существу, не меняет картину.

Говоря об *учредительно-обеспечивающей* функции государства, следует указать еще на один аспект ее реализации. Речь идет о так называемой концепции “несовершенств рынка”. Одной из ее традиционных иллюстраций являются естественные монополии, которые, с одной стороны, не могут быть объектом рыночной саморегуляции, а с другой — привнесение в данный сектор конкуренции сопряжено с совершенно неоправданными затратами. Здесь государство путем прямого воздействия как бы восполняет действие рыночной саморегуляции, принудительно определяя, к примеру, ценовые параметры реализуемых естественными монополистами товаров и услуг.

Учредительно-обеспечивающую экономическую функцию государства можно сравнить с ролью организатора состязания, который кодифицировал правила игры для наступности их пониманию всех участников, а на себя взял роль судьи, допускающего игроков к состязанию, надзирающего за его ходом в соответствии с установленными правилами, а при необходимости штрафующего и удаляющего с поля нарушителей.

Однако при всей масштабности механизма реализации вышеуказанной функции публичный интерес в стабильно развивающейся экономике не может быть достигнут только в ее рамках. Так, наряду с определением функционирования субъектов предпринимательской деятельности государство пытается и должно ак-

109

тивно воздействовать на содержание рыночных процессов, рыночную конъюнктуру. Определенная цикличность в проявлениях рынка требует корректирующего и стимулирующего воздействия государства на макроэкономические показатели его жизнедеятельности. Такое воздействие и по объекту, и по применяемому инструментарию представляет собой вполне обособленную экономическую функцию государства, которую можно назвать *стимулирующе-корректирующей*, хотя ее направленность носит, в первую очередь, антикризисный характер. Реализуется данная функция через осуществление превентивных мероприятий государством через использование финансово-кредитных рычагов, включающих регулирование денежного обращения, валютных курсов, государственных инвестиций экономики, налоговых ставок и льгот, правил амортизации, процентных ставок рефинансирования

Национальным банком коммерческих банков и др. Все эти меры так или иначе направлены на ускорение или замедление инвестиционных процессов в экономике как главного фактора экономического роста. Данная функция реализуется в рамках публично-правового регулирования с использованием органов государственной исполнительной власти, таких как Министерство Финансов, Налоговая администрация, Национальный банк, Таможенный комитет и др.

Среди многообразия отношений государства и экономики нельзя не выделить обособленную группу, проявляющуюся в функционирующих на рынке многочисленных агентах государства — государственных предприятиях. И хотя юридически все они являются самостоятельными и обособленными от государства юридическими лицами — субъектами предпринимательской деятельности — их существование в системе рыночной экономики обусловлено особым публичным интересом. В силу этого интереса целые виды деятельности объявлены сферой государственной монополии. Существование государственного сектора традиционно объясняется также инвестиционной непривлекательностью целого ряда социально необходимых производств. Государство в этих случаях вынуждено создавать своих собственных экономических агентов, частично выводя их из-под сферы действия рыночных механизмов и создавая в большей или меньшей степени специфический правовой режим. Эту функцию государств в сфере экономики по созданию, управлению и поддержанию государственного сектора можно назвать *восполняющей*. Реализуется она посредством как частно-правовых так и публично-правовых режимов.

110

Таким образом, продуктивное воздействие государства на экономическую жизнь общества, организованную в виде рыночной экономики, как представляется, предполагает *реализацию* этих трех постоянных его функций.

Мировая практика регулирования рыночной экономики дает примеры достаточно разнообразного ноу-хау применения указанного инструментария данных функций. Мера использования тех или иных средств воздействия и их сочетание образуют понятие экономических моделей. Наиболее известными являются шведская, гонконгская, североамериканская, японская, бразильская и т.д. В основе выбора той или иной модели для собственного экономического развития лежит, как представляется, общественный консенсус об оптимальности соотношения частных и публичных интересов, а в субъективном плане — господствующие у правящей элиты научные доктрины экономического развития.

На процесс формирования модели регулируемой рыночной экономики, компоновку средств воздействия, существенное влияние оказывают внешние факторы, сопряженные с глобализацией мировой экономики. Это влияние проявляется как через обострение международной конкуренции и необходимость структурных перемен в экономике в направлении ее оптимальной специализации, так и через влияние международных организаций экономического развития и торговли.

Анализ экономических функций применительно к Украинскому государству был бы неполным, если не учесть социально-экономическую сверхзадачу производства “пусконаладочных работ” по монтажу и запуску рыночной экономики на “площадке”, где много десятилетий функционировала экономика командная. В качестве временной экономической функции посткоммунистических государств выступает *необходимость осуществления финансовой стабилизации*, неизбежной при кризисе экономики и

несостоятельности правящей элиты, структурной перестройки, неизбежной при переходе от закрытой экономики к открытой. К проблематике, требующей решения, относится также и общая либерализация предпринимательства, попавшего в объятия старой бюрократии.

ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ ОБ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЯХ

В. п. 2 ч. 1 Закона Украины “О режиме иностранного инвестирования” от 16.03.1996 г. (далее — ЗРИИ) иностранные инвестиции определены как “ценности, вкладываемые иностранными инвесторами в объекты инвестиционной деятельности в соответствии с законодательством Украины с целью получения прибыли или достижения социального эффекта” (1). Из данного определения следует, что одним из существенных признаков иностранных инвестиций является специальная цель их осуществления — получение прибыли или достижение социального эффекта.

В чем заключается смысл законодательного закрепления названных выше целей иностранного инвестирования? Представляется, что при помощи подобного решения законодатель стремился разграничить деятельность возмездную и безвозмездную по своему характеру, или, иными словами, подразделить иностранное инвестирование на возмездное (прибыльное) и безвозмездное (неприбыльное, направленное на достижение социального эффекта). Кроме того, указывая специальные цели осуществления иностранных инвестиций (получение прибыли и достижение социального эффекта), законодатель тем самым ограничивает иностранные инвестиции от так называемых потребительских сделок, когда имущество, имущественные права и иные ценности приобретаются с целью их личного (семейного), бытового потребления или использования.

Следует, однако, отметить, что ни ЗРИИ, ни иные акты законодательства Украины не раскрывают содержания терминов “прибыль” и “социальный эффект”, что в значительной степени снижает определенность данной нормы.

Остановимся более подробно на содержании термина “прибыль”, использованного законодателем при определении иностранных инвестиций. Наиболее часто данное понятие употребляется в отечественном законодательстве как категория финансового права и определяется его нормами, с одной стороны, как показатель конечного финансового результата деятельности предприятия (наряду с убытком), а с другой — как один из объектов налогооб-

ложения в Украине. ЗРИИ также содержит ряд норм, в которых упоминается о прибыли (доходе) и иных средствах, полученных иностранным инвестором вследствие осуществления иностранных инвестиций (ч. 3 ст. 5. ст. 11, 12 ЗРИИ). В данных нормах речь идет о совокупности поступлений денежных средств или имущества иностранному инвестору, на которые ЗРИИ и иные акты украинского законодательства распространяют особый правовой режим, во многом аналогичный правовому режиму

самих иностранных инвестиций. В данной связи следует отметить, что недостатком действующего законодательства является отсутствие прямого указания о том, какие именно поступления иностранного инвестора надлежит рассматривать как прибыль (доход) от инвестиций. Если обратиться к положениям двусторонних международных соглашений Украины о поощрении (содействии) и защите инвестиций, то практически во всех соглашениях при определении основных терминов обязательно раскрывается и термин “прибыль” (“доходы”). Им, как правило, обозначаются “все суммы, полученные в связи с инвестициями”, и в качестве таковых часто называются прибыль, проценты, дивиденды, роялти, прирост капитала, плата за услуги. Кроме того, нормы упомянутых выше двусторонних соглашений, посвященные вопросам перевода платежей, позволяют четко разграничивать прибыль (доходы), полученные иностранным инвестором от инвестиций, и иные поступления, в частности, средства, полученные в результате продажи или ликвидации иностранной инвестиции, в качестве компенсации либо заработной платы и пр.

Представляется целесообразным включение и во внутреннее законодательство Украины положений, конкретизирующих такое понятие как прибыль (доход) иностранного инвестора. Это позволит не только выделить те поступления иностранного инвестора, на которые законодательство распространяет специальное правовое регулирование, но и обоснованно разрешить вопрос о круге средств, реинвестирование которых возможно в валюте Украины (в соответствии с абз. 3 ст. 2 ЗРИИ). Учитывая изложенное, целесообразно было бы дополнить ст. 1 ЗРИИ п. 4 следующего содержания *“Прибыль (доход) иностранного инвестора — денежные средства (в валюте Украины или иностранной валюте), полученные иностранным инвестором на законных основаниях в результате осуществления им иностранных инвесторов на территории Украины, в частности, прибыль и доходы от хозяйственной деятельности, проценты, дивиденды, роялти, доходы от предостав-*

113

ления в аренду имущества и иные виды доходов. Не относятся к прибыли (доходу) иностранного инвестора денежные средства и имущество, полученные им в качестве компенсации в соответствии со ст. 9, 10 настоящего Закона, в результате продажи и иного возмездного отчуждения инвестиций или их возврата при прекращении инвестиционной деятельности”.

Однако в таком ли значении использован термин “прибыль” в п. 2 ч. 1 ст. 1 ЗРИИ при определении законодателем иностранных инвестиций? Представляется, что не совсем. Как уже было отмечено выше, указание в норме закона на такие две цели инвестирования, как получение прибыли и достижения социального эффекта, направлено прежде всего на разграничение возмездной и безвозмездной деятельности иностранного инвестора, а понятие “прибыль” приобретает при этом более широкое значение по сравнению с аналогичной категорией финансового права: оно используется, точнее, в своем общелексическом значении. По сути, такая цель, как получение прибыли, означает материальную заинтересованность иностранного инвестора в результатах своих действий, стремление к увеличению (или сохранению стоимости) своего имущества, которое в большинстве случаев и может быть определено финансовыми терминами “прибыль” или “доход”. При этом наличие данной цели отнюдь не исключает возможности существования у иностранного инвестора и иных целей или мотивов деятельности. Однако, если иностранные инвестиции осуществляются на возмездной основе, направлены или предполагают

получение в будущем определенной материальной выгоды, прибыли или дохода, такое иностранное инвестирование следует признавать прибыльным, не взирая на наличие у иностранного инвестора прочих, в том числе и ориентированных на общественную пользу мотивов деятельности.

Что же касается иностранного инвестирования, осуществляемого с целью достижения социального эффекта, то, как следует из сказанного выше, это прежде всего неприбыльная, безвозмездная деятельность иностранного инвестора, т.е. вложение им ценностей на территории Украины без получения встречного имущественного удовлетворения. Но законодателем установлена еще и дополнительная цель такой деятельности: она должна быть направлена на достижение социального эффекта, что подводит нас к необходимости уточнения данного термина.

Если понятие “прибыль” (или “доход”) довольно часто ис-

114

пользуется и в текстах нормативных актов, и в научной литературе, что позволяет с достаточной определенностью установить его значение, то термин “социальный эффект” почти не встречается в отечественном законодательстве и по существу является неправовым. В обычном, общераспространенном толковании данное словосочетание означает какое-либо результативное воздействие на общество, причем как положительное, так и отрицательное. В настоящее время, когда существует сложная структура социальных связей и усиливается взаимозависимость между различными субъектами социальных отношений, действие любого из них (индивида или коллектива), и в особенности в экономической сфере, может без преувеличения рассматриваться как имеющее социальный эффект. А потому выделение законодателем иностранных инвестиций, осуществляемых с целью достижения социального эффекта, без уточнения данного термина, крайне негативно влияет на определенность всей правовой конструкции иностранных инвестиций.

Бесспорно, что в п. 2 ч. 1 ст. 1 ЗРИИ имеется в виду именно положительный социальный эффект, что, иными словами, можно обозначить как общественно полезную деятельность иностранного инвестора. Очевидным примером такой деятельности является деятельность благотворительная, содержание которой раскрывается в Законе Украины “О благотворительности и благотворительной деятельности” от 16.09.1997 г. (2). Однако действующее законодательство не позволит с определенностью ответить на вопрос, подразумевается ли под социально эффективной деятельностью иностранного инвестора лишь деятельность благотворительная либо в данную категорию может быть включена и иная безвозмездная деятельность иностранных субъектов, связанная с размещением тех или иных ценностей на территории Украины. Какими могут быть объекты такой инвестиционной деятельности? Например, можно ли рассматривать открытие зарубежной общественной организацией своего филиала, отделения, представительства либо иной структурной ячейки в Украине как иностранное инвестирование, если такая организация не является благотворительной? Будет ли рассматриваться как иностранное инвестирование передача иностранным физическим или юридическим лицом имущественных ценностей религиозной организации, зарегистрированной на территории Украины?

Действующее законодательство Украины об иностранном инвестировании не позволяет с определенностью разрешить данные

115

вопросы, поскольку практически не рассчитано на регулирование неприбыльных, социальных иностранных инвестиций.

Отношения, возникающие при осуществлении неприбыльного иностранного инвестирования, составляют особую группу общественных отношений, значительно отличающихся по своему правовому характеру от отношений, складывающихся при иностранном инвестировании, осуществляемом на прибыльной, коммерческой основе. Для социальных инвестиций характерны иные формы осуществления (например, безвозмездная передача ценностей субъектам хозяйственной деятельности Украины, осуществляемая на основании гражданско-правовых договоров, включая взносы и пожертвования целевого характера; открытие филиалов, отделений, представительств и других структурных ячеек общественных (неправительственных) организаций зарубежных государств в Украине и др.); иной состав и иные цели деятельности участников правоотношений; иное содержание их прав и обязанностей (к основным правам иностранного инвестора, вложившего ценности на безвозмездной основе, могут быть отнесены: право контроля за использованием вложенных ценностей — контролироваться могут не только направления их использования, но и условия хранения или использования, эффективность использования и пр.; право требовать расторжения инвестиционного договора в определенных законом случаях). Ныне действующие нормы ЗРИИ подобной специфики неприбыльного иностранного инвестирования не учитывают, большинство его положений рассчитано на регламентацию иностранных инвестиций, осуществляемых на прибыльной, коммерческой основе. Между тем социальные иностранные инвестиции не менее важны для экономики Украины, а потому нуждаются в детальном законодательном урегулировании с целью создания правового механизма для их беспрепятственного и быстрого (неформализованного) осуществления и эффективной защиты.

Представляется, что данную проблему возможно разрешить при помощи принятия отдельного законодательного акта, регламентирующего осуществление неприбыльного иностранного инвестирования на территории Украины, где закреплялись бы:

- понятие иностранного инвестирования, осуществляемого с целью достижения социального эффекта;

- формы и конкретные механизмы его осуществления;

- порядок регистрации подобных иностранных инвестиций, предусматривающий создание системы предварительного го-

116

- сударственного одобрения конкретных инвестиционных проектов с точки зрения их социальной эффективности (речь идет не о введении разрешительной системы для социальных иностранных инвестиций, а о проведении экспертизы конкретного проекта с последующим предоставлением иностранному инвестору гарантий, что вложенные им таким образом ценности будут рассматриваться как иностранные инвестиции);

- права иностранного инвестора;

- предоставляемые ему гарантии и льготы.

Почему существует необходимость принятия такого законодательного акта?

Во-первых, таким образом в значительной степени устраняется неопределенность понятия “иностранные инвестиции, осуществляемые с целью достижения социального эффекта”, поскольку не только закрепляются их общее

определение и конкретные формы осуществления, но и вводится система предварительного государственного одобрения таких инвестиций, что как бы компенсирует правовую неопределенность термина “социальный эффект”, переводя его в категорию оценочных понятий.

Во-вторых, закрепляются характерные именно для социальных иностранных инвестиций формы и механизм осуществления, круг участников соответствующих правоотношений, их основные права и обязанности, т.е. находит отражение специфическая правовая природа подобных инвестиций.

В-третьих, особенности неприбыльного иностранного инвестирования влекут необходимость создания несколько иной по сравнению с закрепленной в нормах ЗРИИ системы государственных гарантий и льгот.

И в-четвертых, все перечисленные выше положения, касающиеся неприбыльного иностранного инвестирования, безусловно, можно было бы ввести в ЗРИИ (без принятия отдельного закона), но это усложнило бы структуру данного нормативного акта, привело бы к существенному увеличению его объема. Кроме того, как свидетельствует изложенное выше, правовое регулирование иностранного инвестирования, осуществляемого с целью достижения социального эффекта, должно в значительной степени отличаться от регламентации иностранного инвестирования как деятельности прибыльной, коммерческой, а потому вряд ли целесообразно проводить его в рамках единого законодательного акта.

117

Список литературы: 1. Ведомости Верховного Совета Украины. - 1996. - № 19. - Ст. 80. 2. Ведомости Верховной Рады Украины. - 1997. - № 46. - Ст. 292.

Н.В. Погорецька, канд. юрид. наук

ІНОЗЕМНІ ІНВЕСТИЦІЇ В ЕКОНОМІЦІ УКРАЇНИ: ЕКОНОМІЧНИЙ ТА ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ

Інвестиційна діяльність розпочалася з проголошенням в Україні Декларації про державний суверенітет України (1; 1990. - № 31. - Ст. 429). У цьому документі передбачена можливість розміщення на території нашої держави підприємств, установ, організацій, об'єктів інших держав, а також їх громадян.

Складна економічна ситуація в країні, одним із наслідків якої є інвестиційна криза, спонукає і державу, й українських підприємців частіше звертати свою увагу на іноземний капітал як на можливе джерело надходження вільних фінансових та матеріальних ресурсів, а також нематеріальних активів. Тому з 1991 по 1998 р. було прийнято комплекс законодавчих актів, які регулюють відносини в цій сфері. Це Закони України “Про захист іноземних інвестицій на Україні” від 10.09.1991 р.; “Про інвестиційну діяльність” від 18.09.1991 р.; “Про зовнішньоекономічну діяльність” від 16.04.1991 р.; “Про державну програму заохочення іноземних інвестицій в Україні” від 17.12.1993 р.; “Про режим іноземного інвестування” від 19.03.1996 р. (1; 1991. - № 46. - Ст. 616; 1991. - № 47. - Ст. 646; 1994. - № 6. - Ст. 28; 1996. - № 19. - Ст. 80).

Загальний обсяг іноземних інвестицій в економіку України з 1992 по 1998 р. склав \$ 2 053,8 млн. Сьогодні вирішення проблеми залучення в економіку України прямих

інвестицій є важливою умовою структурної перебудови і виходу з економічної кризи. Потреба національної економіки в інвестиціях оцінюється в \$ 40-50 млрд. з щорічним освоєнням в \$ 5-6 млрд. Але, незважаючи на збільшення обсягу іноземних інвестицій у поточному році майже в 1,5 рази, їх необхідність задовольняється лише на 10-12% (5, с. 64-66). Зарубіжні благодійні організації фінансують проекти, що відповідають їх програмним цілям. Фінансова допомога здійснюється у вигляді гарантів, які, як правило, мають інноваційний характер (3, с. 93).

Серед регіонів, що приваблюють іноземних інвесторів, є

118

Харківська область та м. Харків. У 1997 р. в економіку Харкова іноземними інвесторами вкладено \$ 35,3 млн., а в 1998 р. — \$ 41,5 млн. Темпи приросту можуть порадувати, але абсолютне їх значення для Харківського регіону з його могутнім науковим і промисловим потенціалом, широко розвинутою інвестиційною та комерційною інфраструктурою, високим рівнем освіти та кваліфікації робочої сили явно недостатнє (2, с. 44, 45).

Інвестиційна діяльність — це вид міжнародних економічних відносин, метою який є найбільш раціональний розподіл фінансових, матеріальних та інтелектуальних ресурсів, досягнення державою більш високих результатів в економіці, особливо у перехідний період, за рахунок залучення і використання переваг міжнародного капіталу, оновлення технологічної структури виробництва новими технологіями.

Прямі іноземні інвестиції є найбільш ефективним засобом інтеграції національної економіки в світове виробництво. З економічної точки зору, інвестиція — це вклад в статутний фонд підприємства, обов'язково визначений у грошовій формі, визначений у національній або іноземній валюті на базі цін міжнародних ринків або ринків України. Це своєрідне “переливання крові”, яке допомагає “послабленому організму економіки” провадити реформи або розвивати виробництво. На відміну від інших видів економічної допомоги, іноземні інвестиції мають ряд переваг економічного характеру.

По-перше, це реальний капітал для вкладення у виробництво послуг та товарів, “ноу-хау”, розвинутих форм виробничого менеджменту тощо.

По-друге, на відміну від позик та кредитів, вони не залишаються тягарем на зовнішньому борзі, а навпаки, допомагають його зменшенню і погашенню, що має загальносвітову економічну вигоду.

По-третє, це найбільш швидкий перехід від планової до сучасної ринкової економіки, інтеграція національного виробництва у світове шляхом виробничої та науково-технічної корпоратизації.

Як показує практика, найчастіше іноземні бізнесмени вкладають свої кошти в акціонерні товариства і товариства з обмеженою відповідальністю. Це обумовлено, мабуть, тим, що дані форми підприємств найбільш поширені за кордоном. Крім того, ці правові форми найбільш зрозумілі іноземним юристам, бо вони зустрічаються з ними в національному законодавстві своїх країн.

Підприємства з іноземними інвестиціями можуть бути створені: при 100% іноземного капіталу; шляхом придбання частки учас-

119

ті (паю, акції) в уже існуючому підприємстві з іноземною інвестицією; заснуванням спільного підприємства з українським засновником; придбанням підприємства у повну власність.

Україна пропонує широкий вибір внесення інвестицій. Крім цього, її законодавством не забороняється здійснювати інвестування без створення юридичної особи, на підставі договорів з суб'єктами господарської діяльності в Україні. Незважаючи на низку вищенаведених позитивних умов, деякі труднощі з'являються і при такій різноманітності засобів та форм здійснення інвестиційної діяльності. Наприклад, до цього часу не врегульовано питання про право власності на землю як гарантії інвестиційної діяльності. Земля була, є і буде найбільш вагомим гарантом захисту прав інвестора; це аксіома ринкової економіки. Невиправдане ігнорування такого становища в інвестиційній сфері — одна з найбільш вагомих причин падіння виробництва, повільних темпів розвитку підприємств у важкій і легкій промисловості, поглиблення кризи економіки в цілому.

Одним з головних чинників, які стимулюють інвесторів вкладати гроші в економіку нашої держави, є прийняття незалежного законодавства. Закон України “Про режим іноземного інвестування” від 19 березня 1996 р., який регулює відносини, пов'язані з іноземним інвестуванням розширив Закон “Про інвестиційну діяльність” від 18 вересня 1991 р.

Іноземні інвестори — це суб'єкти, які здійснюють інвестиційну діяльність на території України: юридичні особи, створені згідно з законодавством, відмінним від законодавства України; фізичні особи — іноземці, які не мають постійного місця проживання на території України і не обмежені в дієздатності; іноземні держави, міжнародні урядові та неурядові організації; інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, які визначаються таким законодавством України.

Підприємством з іноземними інвестиціями є підприємство (організація) будь-якої організаційно-правової форми, створене відповідно до законодавства України, іноземна інвестиція в уставному фонді якого складає не менше 10%. Воно отримує статус підприємства з іноземними інвестиціями з часу зарахування іноземної інвестиції на його баланс.

Згідно зі ст. 1 Закону України “Про інвестиційну діяльність” інвестиціями визначаються всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької діяльності, в результаті яких створюється прибуток (доход), досягається соціаль-

120

ний ефект. Такими цінностями можуть бути: кошти, цільові банківські вклади, паї, акції, інші цінні папери; рухоме і нерухоме майно (будинки, споруди, устаткування, інші матеріальні цінності); майнові права, що випливають з авторського права, досвід, інші інтелектуальні цінності; сукупність технічних технологічних, комерційних, інших знань, оформлених у вигляді технічної документації, навиків та виробничого досвіду, необхідних для організації того чи іншого виробництва, але не запатентованих (“ноу-хау”); права користування землею, водою, ресурсами, будинками, спорудами, обладнанням, а також інші майнові права; інші цінності.

Забороняється інвестування в об'єкти, створення і використання яких не відповідають вимогам санітарно-гігієнічних, радіаційних, екологічних, архітектурних та інших норм, установлених законодавством України, а також порушують права й інтереси громадян, юридичних осіб і держави, що охороняються Законом.

Стаття 2 Закону України “Про інвестиційну діяльність” установлює, що інвестиційною діяльністю є сукупність практичних дій громадян, юридичних осіб і держави щодо реалізації інвестицій. Інвестиційна діяльність здійснюється на основі:

інвестування, здійснюваного громадянами, недержавними підприємствами, господарськими асоціаціями, спілками і товариствами, а також громадськими і релігійними організаціями, іншими юридичними особами, заснованими на колективній власності; державного інвестування, здійснюваного органами влади й управління України, місцевих Рад народних депутатів за рахунок коштів бюджетів, позабюджетних фондів і позичкових коштів, а також державними підприємствами й установами за рахунок власних і позичкових коштів; іноземного інвестування, здійснюваного іноземними громадянами, юридичними особами і державами; спільного інвестування, здійснюваного громадянами та юридичними особами України, іноземних держав.

На превеликий жаль, Закон України “Про режим іноземного інвестування” від 19.03.1996 р., з даним завданням не справився. І справа не в загальній концепції правового регулювання іноземних інвестицій, закладеній у цьому Законі, а у відсутності конкретних механізмів реалізації багатьох його норм, що перетворює низку дійсно позитивних законодавчих рішень на декларації.

Не варто, однак, забувати, що правове становище іноземного інвестора визначається не тільки внутрішнім законодавством України, але і її міжнародними договорами. На сьогодні Україна уклала і ратифікувала двосторонні угоди про заохочення та захист іноземних

121

інвестицій з країнами СНД: Беларуссю, Азербайджаном, Вірменією, Узбекистаном, Молдовою (1; 1997. - № 5. - Ст. 34; 1998. - № 23. - Ст. 125; 1998. - № 26. - Ст. 164; 1998. - № 42. - Ст. 261), а також з Канадою, Німеччиною, Ізраїлем, Францією, Швейцарією (1; 1995. - № 22. - С. 162; 1994. - № 3. - Ст. 9; 1997. - № 3. - Ст. 11; 1995. - № 22. - Ст. 161; 1997. - № 3. - Ст. 9) та іншими державами. Норми цих договорів мають практичний інтерес для іноземного інвестора. Преш за все слід відзначити, що міжнародні угоди трохи інакше, ніж українське законодавство, окреслюють коло осіб, які можуть бути визнані іноземними інвесторами.

Закон України “Про режим іноземного інвестування” виходить з принципу, що тільки іноземний суб’єкт права може придбати статус іноземного інвестора. Однак деякі міжнародні договори відступають від цього принципу. Так, Угода з Францією (1; 1995. - № 22. - Ст. 161) передбачає, що іноземним інвестором може виступати компанія, прямо чи опосередковано підконтрольна громадянам чи юридичним особам одної з договірних сторін. Це значить, що створене згідно з українським законодавством підприємство з іноземними інвестиціями, засновниками якого є французькі громадяни або юридичні особи, при здійсненні ними на території України інвестиційної діяльності набуває статусу іноземного інвестора.

У багатьох двосторонніх угодах дається обмовка про те, що іноземним інвестором може бути компанія чи організація, яка не має прав юридичної особи. Наприклад, в Угоді з Чеською Республікою (1; 1995. - № 38. - Ст. 290) говориться, що термін “юридична особа” означає будь-яку організацію осіб, яка не має статусу юридичної особи, однак розглядається в якості компанії її законами.

Більш широко, а в низці договорів угод і більш конкретно, на відміну від норм внутрішнього законодавства, дається сама категорія “інвестиції”. Так, угоди з Францією та деякими іншими державами відносять до інвестицій будь-яке майно іноземного інвестора, яке знаходиться на території іншої держави, без жодної вказівки на необхідність економічного або господарського використання цього майна.

Хоча існують закони та міжнародні угоди, які регулюють інвестиційну діяльність, усе-таки іноземні потенційні інвестори, як показує практика, не мають великого бажання вкладати свої гроші в економіку України. Причинами цього — надзвичайно складний процес реєстрації, який має фактично дозвільний характер; постійні перереєстрації; надзвичайно тяжке податкове “ярмо”, яке спонукає до

122

перенесення діяльності підприємства у тіньову сферу; недосконалість і нестабільність законодавства, а звідси — відсутність можливостей реалізувати свої законні права; висока орендна плата; відсутність власності на землю та інші.

Слід зазначити, що законодавством України передбачені державні гарантії захисту іноземних інвестицій. Іноземні інвестиції в Україні не підлягають націоналізації. Державні органи не мають права реквізувати іноземні інвестиції, за винятком випадків здійснення рятівних заходів у разі стихійного лиха, аварій, епідемій, епізоотій. Зазначена реквізиція може бути проведена на підставі рішень органів, уповноважених на це Кабінетом Міністрів України. Рішення про реквізицію іноземних інвестицій та умови компенсації можуть бути оскаржені в судовому порядку відповідно до ст. 26 Закону України “Про режим іноземного інвестування”.

Іноземні інвестори мають право на відшкодування збитків, включаючи упущену вигоду і моральну шкоду, завданих їм внаслідок дій, бездіяльності або неналежного виконання державними органами України чи їх посадовими особами передбачених законодавством обов’язків щодо іноземного інвестора або підприємства з іноземними інвестиціями, відповідно до законодавства України.

Усі понесені витрати та збитки іноземних інвесторів, завдані їм внаслідок дій, зазначених у ст. 9 цього Закону, повинні бути відшкодовані на основі поточних ринкових цін або обґрунтованої оцінки, підтверджених аудитором чи аудиторською фірмою. Компенсація, що виплачується іноземному інвестору, має бути невідкладною, адекватною й ефективною. Вона визначається на момент припинення права власності, на час фактичного здійснення рішення про відшкодування збитків. Сума компенсації повинна сплачуватись у валюті, в якій були здійснені інвестиції, або в будь-якій іншій прийнятній для іноземного інвестора валюті відповідно до законодавства України. З моменту виникнення права на компенсацію і до моменту її виплати на суму компенсації нараховуються відсотки згідно з середньою ставкою відсотка, за яким лондонські банки надають позики першокласним банкам на ринку євровалют.

У разі припинення інвестиційної діяльності, але не пізніше 6-ти місяців, іноземний інвестор має право на проведення своїх інвестицій у натуральній формі або у валюті інвестування в сумі фактичного вкладу (з урахуванням можливого зменшення статутного фонду) без сплати мита, а також доходів з цих інвестицій у грошовій чи товарній формі за реальною ринковою вартістю на даний момент, як

123

що інше не передбачено законодавством або міжнародними договорами України.

Згідно зі ст. 12 Закону України “Про режим іноземного інвестування” іноземним інвесторам після сплати податків, зборів, інших обов’язкових платежів гарантується безперешкодний переказ за кордон своїх прибутків, доходів та інших коштів в іноземній валюті, одержаних на законних підставах при здійсненні іноземних інвестицій. Усі двосторонні угоди включають повний перелік платежів, механізм їх переказу. До таких переказів належать: додаткові суми для підтримання або збільшення інвестиції; прибутки, доходи, відсотки, дивіденди, роялті та інші поточні надходження;

суми, отримані інвестором у результаті продажу, повної або часткової ліквідації інвестиції; компенсації; заробітна плата та інші винагороди, одержані іноземними громадянами за працю та послуги, які вони виконували у зв'язку з інвестиціями. Угоди можуть передбачати й інші обмовки.

Порядок переказу за кордон прибутків, доходів та інших коштів, отриманих внаслідок здійснення іноземних інвестицій, визначається Національним банком України. Якщо в подальшому спеціальним законодавством України про іноземні інвестиції будуть змінюватися гарантії захисту іноземних інвестицій, зазначені в розд. II названого вище Закону, то протягом 10-ти років від дня набрання чинності таким законодавством на вимогу іноземного інвестора застосовуються державні гарантії захисту іноземних інвестицій, зазначені в цьому Законі.

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради України. 2. Дьомін О. Іноземні інвестори вклали в Харківську область лише \$ 41,5 млн.// Галицькі контракти. - 1998. - № 16. - С. 44, 45. 3. Колосов А. Гранты как форма иностранного инвестирования в Украине// Бизнес информ. - 1998. - № 13, 14. - С. 92-95. 4. Скляр Ю. Национальные особенности иностранного инвестирования // Бизнес информ. - 1998. - № 7. - С. 64-66.

ПРЕДМЕТ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО ДЕЛАМ ОСОБОГО ПРОИЗВОДСТВА, СВЯЗАННЫМ С ИЗМЕНЕНИЕМ ПРАВОВОГО СОСТОЯНИЯ ГРАЖДАН

Предмет доказывания — фундаментальное понятие в теории гражданского процессуального права, с которым неразрывно связано определение круга судебных доказательств, их относимости и допустимости, решение ряда других вопросов, обеспечивающих постановление законных и обоснованных решений. Правильное определение предмета доказывания является гарантией разрешения задач и достижения цели гражданского судопроизводства — защиты прав и законных интересов граждан, юридических лиц и государства. Этим в первую очередь объясняется необходимость единообразного понимания предмета доказывания, тем более, что в процессуальной науке это единое понятие до сих пор не выработано. Анализ существующих в юридической литературе точек зрения по данному вопросу дает основание из всего многообразия суждений выделить два основных направления: а) широкое понимание предмета доказывания, сторонники которого отстаивают положение, что в предмет доказывания необходимо включать все обстоятельства и факты, имеющие значение для дела (10, с. 48, 50, 55); б) узкая трактовка этого понятия, согласно которой предмет доказывания составляют только юридические факты материально-правового значения (2, с. 129; 5, с. 33; 6, с. 38, 39; 8, с. 8; 9, с. 36; 11, с. 6, 11, 12), разделяемая большинством процессуалистов и представляющая традиционный взгляд на предмет

доказывания как специфическую правовую категорию. В литературе распространено мнение, что предмет доказывания по гражданским делам определяется утверждениями и возражениями сторон (по делам особого производства — утверждениями заявителей и заинтересованных лиц). Однако в предмет доказывания должны включаться все факты материально-правового характера, имеющие юридическое значение, независимо от того, ссылаются или нет на них указанные субъекты. Поэтому правильнее исходить из того, что предмет доказывания определяется не только на основании утверждений и возражений заинтересованных лиц, но и с учетом подлежащей применению нормы материального права. Не случайно, М.К. Треушников пришел к правильному, на наш взгляд, выводу, что предмет доказывания по гражданскому делу имеет два источника формирования: а) основание иска и основание возражений против иска; б) гипотеза и

125

диспозиция нормы (или ряда норм) материального права, подлежащей применению (9, с. 37). Указанные положения сформулированы автором применительно к делам искового производства. Представляется, что они применимы и к делам особого производства с учетом, однако, материально-правовой природы этих дел, характера охраняемого законом интереса, являющегося объектом судебной защиты.

При осуществлении правосудия суду надлежит установить факты, с которыми подлежащая применению норма материального права связывает определенные юридические последствия, и определить эти последствия, и определить эти последствия (6, с. 38). Данный тезис в определенной степени действует и в отношении дел особого производства. При рассмотрении дел особого производства, отмечается в процессуальной литературе, суду приходится обращаться к нормам материального права как для выяснения юридической значимости факта (состояния), подлежащего установлению, так и для обоснования своего решения (3, с. 123).

Методика определения предмета доказывания по делам искового производства достаточно хорошо разработана в юридической литературе (6, с. 38-68; 8, с. 5-8), чего нельзя сказать о делах, рассматриваемых в порядке особого производства. Определение предмета доказывания по делам особого производства, на наш взгляд, должно осуществляться с учетом законодательной формулировки факта или правового состояния, подлежащих установлению; совокупности юридических фактов, с которыми нормы материального права связывают возможность наступления тех или иных правовых последствий; а в определенных случаях и с учетом цели, для которой необходимо их установление.

По делам об установлении правового статуса граждан сложность конструкции предмета доказывания заключается в том, что нормы, регулирующие порядок изменения правового состояния лица, являются нормами с относительно определенной гипотезой, т.е. нормами с незавершенным регламентом (1, с. 22; 6, с. 59-61). Как указывает С.В. Курылев, законодатель может придать юридическое значение индивидуальным особенностям дел не путем их типизирования в виде юридических фактов, а путем указания их общей характеристики в гипотезе нормы. Эти индивидуальные особенности дела, не предусмотренные прямо гипотезой нормы в качестве юридических фактов, но имеющие юридическое значение, которые согласно закону непосредственно определяются правоприменяющими органами, и следует именовать конкретными обстоятельствами дела, которые

126

подлежат учету при применении закона (6, с. 59, 61).

Так, согласно ст. 15 ГК Украины, гражданин, который вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами ставит себя и свою семью в тяжелое материальное положение, может быть ограничен судом в дееспособности. В предмет доказывания, таким образом, входят: а) факт злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами; б) факт тяжелого материального положения этого лица и его семьи; в) причинная связь между злоупотреблением спиртными напитками или наркотическими средствами и тяжелым материальным положением гражданина и его семьи.

Вместе с тем закон не раскрывает содержание понятий “злоупотребление спиртными напитками или наркотическими средствами” и “тяжелое материальное положение”. Устанавливать эти факты суд должен с учетом конкретных обстоятельств дела. Под злоупотреблением спиртными напитками или наркотическими средствами следует понимать такое чрезмерное или систематическое их употребление, которое находится в противоречии с интересами самого гражданина и его семьи, влечет за собой непосильные расходы денежных средств на их приобретение, что вызывает материальные затруднения и ставит семью в тяжелое положение. Решая вопрос о том, приводит ли такое злоупотребление к тяжелому материальному положению, суды нередко сравнивают доходы заявителя и заинтересованного лица (гражданина, об изменении правового состояния которого рассматривается дело). Однако факт наличия у членов семьи самостоятельного источника доходов, даже если их размер превышает доходы самого лица, не свидетельствует об отсутствии оснований для признания гражданина ограниченно дееспособным, в случае установления судом факта отчуждения гражданином имущества, расходования всей или значительной части доходов на приобретение спиртных напитков или наркотических средств, нахождения в связи с этим на полном или частичном содержании заявителя. На необходимость учитывать эти обстоятельства при рассмотрении данной категории дел неоднократно обращалось внимание в процессуальной литературе (4, с. 47, 48).

Тем не менее анализ судебной практики свидетельствует, что суды в отдельных случаях дают неправильную оценку указанным обстоятельствам. Например, суд отказал в удовлетворении заявления о признании Т. ограниченно дееспособным по тем основаниям, что не был подтвержден факт тяжелого материального положения семьи,

127

поскольку совершеннолетняя дочь работает и, соответственно, имеет самостоятельный источник доходов, а несовершеннолетний сын получает пенсию по случаю потери кормильца (матери).

Следует также подчеркнуть, что при рассмотрении подобных дел обязательно установление причинной связи между тяжелым материальным положением и злоупотреблением гражданином спиртными напитками или наркотическими средствами. Если гражданин ставит себя и свою семью в тяжелое материальное положение не в результате указанных в законе обстоятельств, а по иным причинам (увлечение азартными играми, коллекционирование и т.п.), то оснований для признания его ограниченно дееспособным нет.

Предмет доказывания по делам о признании гражданина недееспособным определяется в соответствии со ст. 16 ГК Украины, согласно которой гражданин может быть признан судом недееспособным, если он вследствие душевной болезни или слабоумия не может понимать значения своих действий или руководить ими. Следовательно, в предмет доказывания входят: а) факт душевной болезни или

слабоумия гражданина (медицинский критерий); б) факт недееспособности лица понимать значение своих действий или руководить ими (юридический критерий). Установление каждого из этих фактов и их оценка требуют специальных знаний, вывод о их наличии или отсутствии основывается на совокупности конкретных обстоятельств дела.

По делам о признании гражданина безвестно отсутствующим или объявлении его умершим предмет доказывания определяется на основании, соответственно, ст. 18 и 21 ГК Украины. Так, согласно ст. 18 ГК гражданин может быть в судебном порядке признан безвестно отсутствующим, если в течение одного года в месте его постоянного жительства нет сведений о месте его пребывания. Таким образом, предмет доказывания составят два факта: а) отсутствие сведений о месте пребывания гражданина в месте его постоянного жительства; б) истечение установленного законом срока, в пределах которого никаких сведений о данном лице не поступало.

Некоторые авторы в предмет доказывания по этим делам дополнительно включают: невозможность получения всеми доступными способами сведений об отсутствующем; отсутствие у суда предположений об умышленном сокрытии лицом своего местонахождения; постоянное место жительства безвестно отсутствующего; начало безвестного отсутствия (7, с. 14, 15). Указанные обстоятельства, на наш взгляд, не составляют предмет доказывания; они в сво-

128

ей совокупности могут лишь дать сведения о юридических фактах, входящих в предмет доказывания, с которыми норма материального права связывает рассматриваемые правовые последствия. Исключение, как представляется, может составить факт отсутствия у суда сведений об умышленном сокрытии лицом своего местонахождения (в целях уклонения, например, от уплаты алиментов или применения к нему других видов ответственности). Автор статьи разделяет мнение Ю.А. Поповой относительно того, что установление такого факта должно служить основанием для отказа в удовлетворении заявления о признании гражданина безвестно отсутствующим. Однако данное положение требует законодательного закрепления путем внесения дополнений в соответствующие нормы ГК и ГПК Украины.

В соответствии с действующим законодательством гражданин может быть объявлен умершим, если в месте его постоянного жительства нет сведений о месте его пребывания в течение трех лет, а если он пропал без вести при обстоятельствах, угрожающих смертью или дающих основание предполагать его гибель от определенного несчастного случая, — в течение шести месяцев. Военнослужащий или иной гражданин, пропавший без вести в связи с военными действиями, может быть в судебном порядке объявлен умершим не ранее, чем по истечении двух лет со дня окончания военных действий. Это позволяет определить предмет доказывания по данной категории дел, включив в него следующие факты: а) факт отсутствия сведений о месте пребывания гражданина в месте его постоянного жительства; б) факт истечения установленных законом сроков; в) факт наличия оснований предполагать смерть безвестно отсутствующего при определенных обстоятельствах.

В литературе высказано правильное, как представляется, суждение, что по делам об объявлении гражданина умершим ввиду его шестимесячного отсутствия в предмет доказывания кроме вышеуказанных фактов должен также включаться факт наличия причинной связи между безвестным отсутствием гражданина и обстоятельствами,

угрожающими смертью или дающими основание предполагать его гибель от определенного несчастного случая (7, с. 19, 46).

Особенностью предмета доказывания по этим делам является то, что в него могут входить общеизвестные факты. Ими могут быть обстоятельства, дающие основание предполагать гибель гражданина: землетрясение, наводнение, шторм, пожар и т.п.; начало и окончание военных действий; факты автомобильных, железнодорожных и авиакатастроф, кораблекрушений и т.д.

129

Правильное определение предмета доказывания по делам об объявлении гражданина умершим имеет значение не только для разрешения дела по существу, но и для отграничения их от дел об установлении факта смерти. Объявление гражданина умершим — это подтверждение судебным решением предположения о смерти данного лица. Однако это лишь констатация высокой вероятности смерти гражданина, но не установление факта смерти, как отмечает Ю.А. Попова (7, с. 21). Установление факта смерти лица при определенных обстоятельствах и в определенное время образует иной фактический состав: а) обстоятельства, с достоверностью подтверждающие смерть конкретного лица в точно установленное время (час, день, месяц, год); б) обстоятельства, при которых наступила смерть; в) отказ органов РАГСА в регистрации факта смерти. Суды, однако, не всегда учитывают эти различия. Так, суд установил факт смерти Д., наступившей в ноябре 1943 г. Из материалов дела видно, что Д. пропал без вести во время Великой Отечественной войны в 1943 г., что подтверждено извещением райвоенкомата, т.е. в данном случае речь должна идти не об установлении факта смерти, а об объявлении гражданина Д. умершим, поскольку существует лишь предположение о возможной смерти лица в связи с военными действиями.

Предметом судебной деятельности по делам об усыновлении детей, проживающих на территории Украины, согласно ст. 265⁴ ГПК является проверка законности оснований для усыновления. С учетом этого в предмет доказывания по делам данной категории должны включаться факты, с наличием или отсутствием которых закон связывает право заявителя на усыновление. Представляется, что предмет доказывания по делам об усыновлении составляют следующие группы фактов, подлежащих установлению в суде: а) факт целесообразности усыновления, его соответствия интересам ребенка (ст. 101 КоБС); б) факт способности заявителя быть усыновителем: достижение заявителем совершеннолетия, его дееспособность, наличие необходимой разницы в возрасте между усыновляющим и усыновляемым, что заявитель не лишен родительских прав, не состоит на учете в психоневрологическом или наркологическом диспансерах, не находится на лечении в указанных учреждениях, что по его вине не было отменено усыновление или признано недействительным, если он уже усыновлял ребенка, что им не поданы заведомо неправдивые документы, что он не преследует цель получить материальную или иную выгоду, что заявитель (заявители) имеет постоянных заработок либо

130

иные установленные законом виды доходов (ст. 103 КоБС); в) факт дачи лицами, указанными в законе, письменного согласия на усыновление, удостоверенного государственным нотариусом или администрацией государственного детского учреждения, в котором находится, содержится или воспитывается ребенок (ст. 105, 107, 109, 110 КоБС), а в случае достижения ребенком десятилетнего возраста — и факт его согласия на усыновление (ч. 1 ст. 104 КоБС), если иное не предусмотрено законом (ч. 2

ст. 104 КоБС). При этом законодатель не раскрывает понятия целесообразности усыновления и его соответствия интересам ребенка, а лишь обозначает как цель, которой должно быть подчинено применение указанных норм. Установление этого факта зависит от конкретных обстоятельств каждого рассматриваемого судом дела об усыновлении.

Изложенное позволяет сделать вывод, что структурирование предмета доказывания по делам особого производства, связанным с изменением правового состояния граждан, должно осуществляться на базе общей модели предмета доказывания, однако с учетом особенностей объекта судебной защиты, обусловленного правовой природы этих дел и спецификой подлежащих применению норм материального права.

Список литературы: 1. Блажеев В.В. Особое производство по гражданским делам, связанным с изменением правового статуса гражданина. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. - М., 1991. 2. Ванеева Л.А. Проблемы теории судебных доказательств // Актуальные проблемы теории и практики гражданского процесса. - Л.: Изд-во ЛГУ, 1979. 3. Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе. - Владивосток, 1972. 4. Житкевич Л., Лутченко Ю. Ограничение дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками // Сов. юстиция. - № 8. - 1984. 5. Клейман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. - М.: Изд-во АН СССР, 1950 6. Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. - Минск: Изд-во БГУ, 1969 7. Попова Ю.А. Признание граждан безвестно отсутствующими. - М.: Юрид. лит., 1985. 8. Смышляев Л.П. Предмет доказывания и распределение обязанностей по доказыванию в советском гражданском процесс. - М.: Изд-во Моск. ун-та, 1961. 9. Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. - М.: Изд-во Моск. ун-та, 1982. 10. Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. - Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1976. 11. Штуткин Я.Л. Предмет доказывания в гражданском процессе. - М.: Госюриздат, 1963.

СПРИЯННЯ ФІЗИЧНИМ ТА ЮРИДИЧНИМ ОСОБАМ В РЕАЛІЗАЦІЇ ЇХ ПРАВ ЯК ФУНКЦІЯ НОТАРІАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Нотаріальна форма охорони та захисту цивільних прав зараз набуває все більшого значення і поширення. Вона спрямована на зменшення обсягу цивільних справ, що вирішуються у судах, на надання стабільності та безконфліктності існуючим цивільним правовідносинам між різними суб'єктами права. Метою нотаріальної діяльності є надання документам, фактам та певним правам фізичних або юридичних осіб безспірного характеру, що вирішує завдання охорони та захисту законних цивільних прав та інтересів (5, с. 3). Досягнення цієї мети відбувається через реалізацію функцій, властивих лише нотаріальній діяльності.

У процесуальній літературі зазначалося, що поняття “функція” може застосовуватися у різних значеннях. Найбільш широкого поширення набуло його розуміння як основного напрямку діяльності, компетенції (1; 3). На думку П.С. Елькінд, яка досліджувала проблему кримінально-процесуальних функцій, під останніми слід розуміти спеціальне призначення і роль суб’єктів кримінального судочинства, що відбиваються у процесі реалізації в тому чи іншому конкретному напрямку кримінально-процесуальної діяльності (7, с. 46). М.Л. Якуб, навпаки, розуміючи під кримінально-процесуальною функцією вид, напрямок кримінально-процесуальної діяльності, пише: “Невірно вважати, ніби у здійсненні функції відбиваються роль і призначення суб’єкта” (8, с. 86). Цю ж точку зору висловив І.М. Зайцев, зазначаючи, що неправильно визначати як функції дії конкретних учасників процесу. У такому розумінні функція просто не потрібна для аналізу процесуальних дій, поведінки, бо означає тільки їх різновид. За думкою І.М. Зайцева, розуміння функції визначається: цільовими настановами, які реалізуються через функції; процесуальними засобами їх досягнення; відповідними цивільними процесуальними нормами. Як правові утворення функції можуть існувати лише за умови їх юридичної регламентації. Функцією цивільного судочинства можна вважати нормативно регламентовану спрямованість процесуальних дій щодо реалізації завдань і цілей цивільного судочинства (4, с. 8, 9).

Грунтуючись на наведених положеннях, уявляється можли-

132

вим розуміти під функціями нотаріальної діяльності її основні напрямки і вирізнити три найбільш суттєвих функції нотаріальної діяльності: забезпечення безспірності і доказової сили документів; забезпечення законності при укладенні угод та вчиненні інших нотаріальних дій; сприяння громадянам та юридичним особам у здійсненні їх прав та законних інтересів.

Остання функція потребує докладного аналізу, бо останнім часом набуває все більшого значення, що пояснюється декількома підставами. По-перше, Конституція України (ст. 3) закріпила пріоритет прав людини і громадянина, проголосила, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави. Ці важливі положення Конституції України реалізуються, зокрема, і через діяльність нотаріату.

По-друге, обов’язки щодо сприяння фізичним і юридичним особам у здійсненні їх прав наближають українських нотаріусів до нотаріусів латинської школи, які беруть безпосередню участь у підготовці контрактів, здійснюють певну діяльність як радники сторін, намагаючись виключити саму можливість появи правових спорів. Саме тому в країнах латинського нотаріату цей інститут розглядається як інститут превентивного правосуддя, що функціонує за принципом стародавніх римлян: коли працює нотаріус, суди відпочивають.

Функція сприяння фізичним та юридичним особам чітко простежується в чинному законодавстві. Відповідно до ч. 2 ст. 5 Закону України від 2 вересня 1993 р. “Про нотаріат” (далі — Закон) нотаріус зобов’язаний сприяти громадянам, підприємствам, установам, організаціям у здійсненні їх прав і захисті законних інтересів, роз’яснювати права та обов’язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду. Стаття 4 Закону надає нотаріусу право витребувати від підприємств, установ, організацій відомості і документи, необхідні для вчинення нотаріальних дій; складати

проекти угод і заяв; виготовляти копії документів та витяги з них, а також давати роз'яснення з питань учинення нотаріальних дій і консультації правового характеру.

Аналіз цих та інших статей чинного Закону дозволяє зробити висновок, що розглядувана функція проявляється в реалізації таких повноважень нотаріуса: з'ясування відповідності волевиявлення особи її діям та намірам (ч. 2 ст. 54 Закону); надання допомоги у виборі оптимального варіанту угоди, що, в свою чергу, полягає у роз'ясненні прав та обов'язків, відповідних законів та підзаконних

133

актів, попередженні про наслідки вчинюваних нотаріальних дій (ст. 5 Закону), складанні проектів угод і заяв; виготовлення копій документів і витягів з них (ст. 4 Закону); витребування необхідних документів-доказів (ст. 46 Закону) тощо.

На відміну від суду, який розглядає законність угоди у випадках, якщо з неї виник спір, коли договір уже укладено, але це якимось чином не влаштовує сторони, нотаріус має головним чином справу з появою юридичних правочинів. З допомогою нотаріуса угоди укладаються, а юридичні договірні відносини виникають.

При цьому нотаріус не є мовчазним свідком укладання цивільно-правових угод. Його роль при цьому зовсім інша, аніж роль судді при вирішенні цивільної справи, який не тільки не зобов'язаний, але й не має права допомагати стороні шляхом роз'яснення її матеріальних суб'єктивних прав та обов'язків. Суддя лише сприймає від сторін фактичний матеріал, що ними надається, і на підставі дослідження доказів постановлює рішення. Нотаріус же, навпаки, має стати безпосереднім учасником укладення угоди, бо зобов'язаний законом роз'яснювати кожній із сторін суть і значення вчинюваного акту, а сам має переконуватися в тому, чи розуміють це сторони і чи відповідає угода їх волі. І якщо при укладенні угоди відсутнє вільне волевиявлення, то немає й самої угоди. Таким чином, можна сказати, що нотаріус регулює волю сторін при вчиненні актів і творча роль нотаріуса в галузі юридичних угод значно більша, аніж це здається на перший погляд (2, с. III, IV).

Нотаріус зобов'язаний указувати громадянам і представникам юридичних осіб законні шляхи та способи досягнення їх цілей і реалізації їх інтересів, давати роз'яснення з питань вчинення нотаріальних дій.

Роз'ясненню має передувати з'ясування дійсних взаємовідносин між заінтересованими особами та їх справжніх цілей. Наприклад, якщо одна сторона бажає придбати будинок або квартиру, а інша згодна на відчуження тільки за умови надання їй довічної матеріальної допомоги, то відповідно до цих обставин нотаріус має посвідчити договір довічного утримання, а не договір купівлі-продажу або дарування, як інколи про це просять сторони.

Отже, завдання нотаріуса полягає в тому, щоб чітко з'ясувати дійсні взаємовідносини між сторонами, а також їх наміри. Сторони можуть уявляти собі зміст прав і обов'язків, ступінь їх забезпеченості. Тому нотаріус зобов'язаний ознайомити громадян і представників юридичних осіб з чинним законом, розтлумачити його

134

го, вказати, яким чином мають сторони оформити свої взаємовідносини. Він має роз'яснити кожній зі сторін повно і вичерпано її права, обов'язки, підказати найкращі способи забезпечення виконання зобов'язань контрагентом. Далі на підставі отриманої від нотаріуса інформації про обсяг своїх можливостей сторони вже самі повинні вирішувати, якою мірою вони їх використають. Скажімо, чи оберуть сторони,

приміром, такі способи забезпечення, як застава або неустойка, залежатиме від них самих, але важливо, щоб нотаріус попередив їх про надані законом можливості.

Крім того, існує в нотаріальному процесі інформація, роз'яснення якої є обов'язком нотаруса. Необхідно, наприклад, наголосити заповідачу, що у випадку існування на момент відкриття спадщини осіб, які входять до складу обов'язкових спадкоємців, вони отримають обов'язкову долю незалежно від змісту заповіту. При укладенні шлюбного контракту тлумачиться зміст ст. 27¹ КпШС України, при посвідченні договору найму жилого приміщення — ст. 91-94, 97 Житлового кодексу України, при посвідченні договорів про відчуження будівель або споруд сторонам роз'яснюється — ст. 22 і 30 Земельного кодексу України. У випадку, коли набувачем будівлі або споруди є іноземна фізична або юридична особа чи особа без громадянства, їм необхідно роз'яснити зміст ст. 8 Земельного кодексу України тощо.

При складанні проектів угод, довіреностей, заповітів нотаріус зобов'язаний, з'ясувавши справжні наміри їх учасників, документально зафіксувати волю останніх з урахуванням чинного законодавства. І тут досить важливою є та обставина, що розробка форми нотаріальних документів — це результат не тільки (і навіть на стільки) вимог законодавця, скільки багаторічної практики нотаріату, що базується на вимогах закону і повазі до інтересів усіх суб'єктів права.

Уся різноманітність цивільно-правових документів проходить через нотаріат, і цілком природно, що саме тут розробляються нові, найбільш доцільні форми документів, які задовольняють потреби цивільного обсягу. Нотаріуси оформляють практично всі документи, що існують у цивільно-правовій практиці і, таким чином накопичують великий досвід у своїй сфері, не доступний окремим особам. Зберігаючи те, що створено цим досвідом, нотаріат розробляє у зв'язку з вимогами нових життєвих обставин і нові форми документів. У цьому його значення й основа його подальшого розвитку (6, с. 4).

Одним із проявів функції сприяння фізичним і юридичним

135

особам у реалізації їх прав та інтересів є повноваження нотаріуса щодо витребування необхідних документів. Так, згідно зі ст. 46 Закону нотаріуси та інші посадові особи, які чинять нотаріальні дії, вправі витребувати від підприємств, установ чи організацій відомості та документи, необхідні для вчинення нотаріальних дій, що мають бути подані в строк, указаний нотаріусом або іншою посадовою особою, яка вчиняє нотаріальну дію. Цей строк не може перевищувати одного місяця.

Надання нотаріусу заінтересованою особою всіх необхідних для вчинення нотаріальної дії документів — найважливіша умова правильного вирішення нотаріальної справи, одна з гарантій недопущення помилок з його боку.

Перелік документів, необхідних для вчинення тієї чи іншої нотаріальної дії, як правило, чітко визначено в законодавстві. При цьому слід особливо зауважити, що нотаріус або інша посадова особа, яка вчиняє нотаріальну дію, не мають права вимагати від заінтересованої особи документів та відомостей, що не стосується вчинюваної нотаріальної дії, крім тих необхідних, передбачених законодавством.

Якщо нотаріус з'ясує, що особою не пред'явлено всіх потрібних документів і є необхідність у витребуванні додаткових відомостей, він не тільки приймає рішення про відкладення вчинення нотаріальної дії, але й зобов'язаний надати особі відповідні роз'яснення, а в необхідних випадках і витребувати такі документи, тобто реалізувати функцію сприяння.

Іноді вважають, що якщо для вчинення законної й обгрунтованої нотаріальної дії недостатньо даних, наданих заінтересованими особами, нотаріус має сам витребувати від відповідних установ усі необхідні відомості. Цю думку не можна визнати правильною, бо ст. 42 Закону чітко вказує, що нотаріальні дії вчиняються після їх оплати в день подачі всіх необхідних документів, тобто покладає обов'язок доводити обгрунтованість звернення за вчиненням нотаріальної дії шляхом пред'явлення певних документів-доказів на заінтересовану особу. У протилежному випадку особа, яка звертається до нотаріуса, взагалі могла б не надавати жодного документа, необхідного, наприклад, для видачі свідоцтва про право на спадщину, а всі ці документи мав би збирати нотаріус. Для чого тоді заводилася б нотаріальна діяльність?

Не виникає необхідності у витребуванні матеріалів, якщо вони знаходяться у розпорядженні особи, яка звернулася до нотаріу-

136

са, або без ускладнень можуть бути нею отримані у відповідних установах (копії судових рішень, довідки з місця проживання чи роботи і т.п.). У цьому разі нотаріус сприяє заявникові тим, що надає перелік документів, необхідних для вчинення конкретної нотаріальної дії, наприклад, стягнення заборгованості на підставі виконавчого напису. Якщо ж згодом потрібні документи-докази не будуть пред'явлені, нотаріальна дія не вчиняється.

Але бувають випадки, коли самому заявникові дуже важко (або просто неможливо) отримати деякі документи. Це може мати місце за підставами суб'єктивного характеру, старість, інвалідність, хворобливий стан, неправомірна відмова якої-небудь посадової особи видати такі довідки або тривала затримка з їх одержанням тощо. Іноді певні документи згідно з чинним законодавством видаються тільки обмеженому колу заінтересованих суб'єктів або взагалі не видаються без запитання компетентних органів (свідоцтва органів РАГСу, медичинські висновки, інформація про вклади тощо).

Тоді нотаріус складає запит і направляє його поштою належному адресатові.

У ст. 46 Закону міститься вказівка на два терміни — “відомості” і “документи”. Зазвичай до категорії документів відносять акти державних органів, які фіксують обставини, що мають юридичне значення, або правові відносини: рішення судів про наявність родинних стосунків, свідоцтва органів РАГСу про народження, довідки про належність жилого будинку певній особі тощо. Відомості ж складає будь-яка інша інформація, наприклад, повідомлення кредитної установи про відсутність вкладу на ім'я спадкодавця. Однак для використання у нотаріальному процесі вся ця інформація має бути викладена в письмовій формі і відповідати певним вимогам, передбаченим законодавством. Тому можна зробити висновок, що ніякої принципової різниці між документами та відомостями в нотаріальному провадженні не існує і вони мають бути поєднані під терміном “документи”.

Використання нотаріусом передбаченого ст. 46 повноваження автоматично тягне за собою застосування ст. 42 Закону, яка передбачає відкладення вчинення нотаріальної дії при необхідності витребування додаткових документів. Таке відкладення допускається на строк не більше одного місяця; саме він є тим максимальним строком, який може встановити нотаріус для подання потрібних документів. Однак слід зазначити, що, виходячи з конкретної обстановки (місце знаходження організації або установи, яка має надати

137

документи, час обігу кореспонденції тощо), нотаріус може і повинен встановлювати для цього коротші строки.

Як правило, повноваження певного органу щодо витребування необхідних документів забезпечується нормою, яка встановлює відповідальність за невиконання вимог цього органу. Однак чинне законодавство не містить санкції за невиконання вимог нотаріуса, тому виникає нагальна потреба законодавчого вирішення даного питання.

Крім розглянутих загальних правил вчинення нотаріальних дій, які є проявом функції сприяння фізичним та юридичним особам у реалізації їх прав та інтересів, ця функція проявляється також і в нормах, що закріплюють правила вчинення конкретних нотаріальних дій, тобто спеціальні правила. Слід зазначити, що вони сформульовані стосовно не тільки заявників, а й тих осіб, які не зверталися до нотаріуса, але права яких можуть зачіпатися вчинюваною нотаріальною дією. Наприклад, згідно зі ст. 63 Закону державний нотаріус, який одержав від спадкоємців повідомлення про відкриття спадщини, зобов'язаний повідомити про це тих спадкоємців, місце проживання або роботи яких йому відомо. Відповідно до ст. 69 Закону при видачі свідоцтва про право на спадщину за заповітом державний нотаріус перевіряє коло осіб, які мають право на обов'язкову частку в спадщині.

Таким чином, аналіз законодавства, що регулює нотаріальну діяльність, дозволяє стверджувати, що інститут нотаріату покликаний не тільки посвідчувати факти або фіксувати обставини, що мають юридичне значення, але й надавати суб'єктам правових відносин всебічну правову допомогу.

Список літератури: 1. Бачило И.Л. Функции органов управления (правовые проблемы оформления и реализации). - М.: Юрид. лит., 1976. - 200 с. 2. Вольман И.С. Нотариальное положение. - СПб: Законоведение, 1912. - 286 с. 3. Горшенев В.М., Шахов И.Б. Контроль как правовая форма деятельности. - М.: Юрид. лит., 1987. - 176 с. 4. Зайцев И.М. Процессуальные функции гражданского судопроизводства. - Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1990. - 137 с. 5. Комаров В.В., Котенко В.Д. Нотариат (нотариальные действия): Конспекты лекций. - Харьков: Укр. юрид. академия, 1992. - 25 с. 6. Линецкий А.М. Нотариат советских республик. - Кн. 1. - Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1927. - 282 с. 7. Элькин П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. - Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. - 143 с. 8. Якуб М.Л. О понятии процессуальной функции в советском уголовном судопроизводстве // Изв. вузов.: Правоведение. - 1973. - № 5. - С. 83-89.

ПРИМЕНЕНИЕ ИНОСТРАННОГО МАТЕРИАЛЬНОГО ПРАВА В МЕЖДУНАРОДНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Согласно ст. 11 ГПК Украины суд решает дела на основании Конституции, иных актов законодательства Украины, международных договоров Украины в порядке, предусмотренном данным кодексом. Эта статья предоставляет суду Украины в

определенных случаях применять также нормы права других государств. В первую очередь в ней идет речь о применении норм материального права, которые регулируют спорные правоотношения, в том числе с иностранным элементом. В связи с этим возникает проблема, существующая в доктрине как международного частного права (в дальнейшем — МЧП), так и международного гражданского процесса (в дальнейшем — МГП), о применимом праве (*lex causae*).

Прежде чем перейти к выбору материального закона, подлежащего применению, судья должен уточнить характер спорных правоотношений и содержание правового требования, т.е. определить юридическую природу вопроса, требующего разрешения, например, выяснить, идет ли в данном случае речь о нарушении договора или о совершении деликта.

В этой связи необходимо затронуть вопрос о коллизионных нормах, в частности, их структуре и функциях. Это нормы, определяющие, право какого государства должно быть применимо к соответствующему правоотношению. Их, как правило, противопоставляют материальным. Последние, если применяются в данном споре, решают спор между участниками процесса по существу, коллизионные же не решают спора по существу, а лишь указывают на тот из коллидирующих законов, который подлежит применению. Особое назначение коллизионных норм проявляется в их структуре, которая согласно традиционному представлению включает в себя два основных элемента: объем — указание на те отношения, к которым должна применяться коллизионная норма, и привязку (иногда ее называют “формулой прикрепления”) — указание на подлежащую применению к данным отношениям правовую систему (национальное законодательство) [6, с. 37].

Именно объем коллизионных норм отражает характер и предмет правоотношений, а также содержание правового требова-

139

ния, которые должен определить судья в ходе подготовки дела к судебному разбирательству. Как правило, объем коллизионной нормы определяется посредством избрания одного из институтов гражданского права (право собственности, договоры и их виды, внедоговорные обязательства, наследование и т.д.), семейного права (браки, усыновление, установление отцовства, правоотношения родителей и детей и т.д.) и трудового права (трудовые отношения граждан, работающих за пределами своих государств). Затем в рамках названных и достаточно крупных правовых институтов судья осуществляет дифференциацию объема данных норм. Например, если спорное правоотношение касается права собственности, он должен уточнить, о каком имуществе идет речь — движимом или недвижимом и пр.

После определения характера спорных правоотношений и содержания правового требования, т.е. после уточнения объема коллизионной нормы, следующий шаг в подготовке дела к судебному разбирательству заключается в применении надлежащей нормы для выбора права, которая зависит от коллизионной привязки. Это наиболее важный элемент коллизионной нормы, ибо применимое право определяет конечные результаты правового регулирования.

Коллизионная привязка — это некий существенный факт, который устанавливает естественную связь между обстоятельствами дела и конкретной системой права [7, с. 37]. Что касается формулирования самой коллизионной привязки, то доктрина МЧП указывает на две возможные формы. Во-первых, возможно указание в качестве применимого права на право определенной страны. Таковым обычно является право

страны, в которой принята данная коллизионная норма. Во-вторых, возможно и указание общего признака, на основании которого определяется применимое право. Такие общие признаки обычно сводят к следующим шести формулам прикрепления (коллизионным привязкам), имеющим краткие латинские обозначения: а) личный закон участников отношений (закон гражданства, закон национальности юридического лица, закон местожительства или местонахождения) — *lex personalis*; б) закон места нахождения имущества — *lex rei sitae*; в) закон места совершения акта (правомерного — при сделках, неправомерного — при деликтах) — *lex loci actus*; г) закон места осуществления деятельности — *lex loci activitatis*; д) закон суда (арбитража), разрешающего спор, — *lex fori*; е) закон, с которым данное отношение наиболее тесно связано, — *lex causae* [5, с. 151]. В число коллизионных привязок в литературе по МЧП обычно включается также так называемая “автономия во-

140

ли”, в силу которой отношение может быть подчинено праву, избранному участниками этого отношения.

Таким образом, все названные формулы прикрепления, как это следует из их содержания, так или иначе учитывают юридическую и фактическую связь соответствующих отношений с правом страны, которое будет применяться к данным отношениям. В этом проявляется регулирующая функция коллизионных норм. Следовательно, надо иметь в виду, что конкретное правоотношение с иностранным элементом регулируют не только нормы материального права, на которые ссылается коллизионная норма. Нормы иностранного права сами по себе (без наличия коллизионной нормы) не имеют обязательной силы для суда иного государства. Лишь коллизионная норма придает силу этим нормам. В доктрине МЧП точка зрения о регулирующей функции коллизионных норм является преобладающей. Именно поэтому судья уже в стадии судебного разбирательства, постановляя решение по делу с иностранным элементом, в его мотивировочной части должен указывать как коллизионные нормы, содержащиеся в законодательстве Украины или международных договорах, так и нормы иностранного права.

Следовательно, иностранное законодательство по делам с участием иностранного элемента применяется судами Украины, когда об этом есть конкретное указание закона Украины или международного договора. Другими словами, выбор применимого права суд осуществляет на основании коллизионной нормы, которая содержит определенный критерий выбора национально-правовой системы в зависимости от связи правовых отношений с правом того или иного государства.

Например, согласно ч. 1 ст. 566¹ ГК Украины гражданская дееспособность иностранного гражданина определяется по закону страны, гражданином которой он является. По общему правилу форма сделки, совершаемой за границей, подчиняется закону места ее совершения (ст. 568 ГК). В соответствии со ст. 569³ ГК право собственности на вещь определяется по закону страны, где эта вещь находится. Согласно ч. 1 ст. 197 КоБС расторжение браков граждан Украины с иностранными гражданами, а также браков иностранных граждан между собой в Украине производится по законодательству Украины.

Коллизионные нормы, отсылающие к выбору законодательства той или иной страны, содержатся, как было отмечено, и в международных договорах о правовой помощи. Так, согласно Конвен-

141

ции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанной 22 января 1993 г. государствами — членами СНГ (в дальнейшем — Конвенция государств — членов СНГ), права и обязанности родителей и детей, в том числе обязательства родителей по содержанию детей, определяются законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой они имеют постоянное совместное место проживания, а при отсутствии постоянного совместного места проживания родителей и детей их взаимные права и обязанности определяются законодательством Договаривающейся Стороны, гражданином которой является ребенок. По требованию истца в алиментных обязательствах применяется законодательство Договаривающейся Стороны, на территории которой постоянно проживает ребенок (ст. 32).

С учетом изложенного, думается, нуждается в конкретизации ч. 2 ст. 11 ГПК, указывающая в общем на возможность применения норм других государств. Предлагается следующий вариант редакции этой нормы: *“В случаях, предусмотренных законодательством Украины, международным договором, а также на основании не противоречащего им соглашения сторон и признаваемого Украиной международного обычая суд применяет нормы иностранного права”*.

Проблема применения иностранного права имеет важное не только теоретическое, но и практическое значение. При его применении возникает множество вопросов, которые приходится разрешать суду прежде всего в ходе подготовки дела к разбирательству: выяснять и толковать иностранные законы, устанавливая содержание иностранного закона, уточнять наличие обратной отсылки и отсылки к праву третьей страны и др. Эти проблемы рассматриваются, как правило, в доктрине МЧП. В перспективе число дел с иностранным элементом, рассматриваемых судами общей юрисдикции, будет возрастать, что делает необходимым теоретическое рассмотрение этого сложного комплекса вопросов применения права в рамках МГП.

Специалисты в области МЧП выясняют прежде всего вопрос о том, каким образом суд применяет материальные нормы права другого государства, учитывая, что иностранное гражданское право является посторонним, чужеродным по отношению к отечественному праву. Классическим объяснением этого всегда было то, что иностранное право применяется не в силу произвольного решения судьи, а в силу обязывающих его норм внутреннего права (или

142

международного договора). Нормы иностранного права используются лишь тогда, когда право данной страны специально предусматривает это. Безусловно, с этим выводом стоит согласиться.

Но для МГП более важным и сложным представляется вопрос, если можно так сказать, о природе подлежащего применению иностранного права: должно ли оно рассматриваться как фактическое обстоятельство или же подлежит применению именно как право.

В странах “общего права” (Великобритании, США, а также во Франции) иностранное право не признается правовой категорией или юридической нормой; оно рассматривается как факт, а суд применяет его в принципе как и свое объективное отечественное право [7, с. 24, 25].

Согласно другой точке зрения применение иностранного права является таким же, как и применение отечественного права, вопросы иностранного права для суда представляют собой вопросы права, а не факта. Традиционно всегда считалось, что

правовые нормы известны суду (*jura novit curia*), факты же при рассмотрении дела в суде должны быть доказаны, как правило, самими сторонами [2, с. 103].

Особенность применения иностранной нормы состоит в том, что она должна применяться так, как в стране, ее принявшей, и толковаться так, как она толкуется в этой стране. Эти выводы в полной мере распространяются и на суды Украины. В отечественной доктрине иностранные правовые нормы, подлежащие применению в силу коллизионных норм, рассматриваются, как правило, именно как нормы права, как конкретные правила поведения, а не как существенные для данного дела фактические обстоятельства [4, с. 188, 370]. Что касается вопроса об установлении содержания иностранного права, то он решается по-разному в соответствии с внутренним законодательством того или иного государства.

Установление содержания иностранного права законодательство ряда европейских стран возлагает, чаще всего, на судью по должности *ex officio*. Роль сторон в установлении содержания иностранного права различна: суд может возложить на стороны предоставление соответствующей документации; стороны должны помогать суду в этом; на стороны не возлагается обязанность доказывания существования и содержания иностранного права.

Безусловно, проблема установления содержания иностранного права возникает и перед судами Украины. Несмотря на то, что

143

действующее гражданское процессуальное законодательство Украины на этот счет не содержит специальных правил, суды Украины имеют возможность для принятия мер к установлению содержания иностранного права. Для этого они могут воспользоваться содействием сторон, заинтересованных в применении этого права, запрашивать тексты законов иностранных государств у соответствующих учреждений юстиции. Так, согласно п. 1 Инструкции Министерства юстиции СССР “О порядке оказания судами и органами нотариата СССР правовой помощи учреждениям юстиции иностранных государств и о порядке обращения за правовой помощью к этим учреждениям” от 28 февраля 1972 г. в случае необходимости суды обращаются к Министерству юстиции, которое может запросить в установленном порядке соответствующие учреждения иностранных государств.

Для установления содержания иностранного права большое значение имеют договоры о правовой помощи, в которых содержатся правила о предоставлении взаимной информации о действующем (или действовавшем ранее) в иностранном государстве законодательстве и судебной практике. Например, в ст. 15 Договора между Украиной и Литовской Республикой, которая называется “Предоставление информации”, закреплено, что “центральные органы Договаривающихся Сторон предоставляют друг другу по просьбе информацию о действующем или действовавшем ранее в их государствах законодательстве и по вопросам его применения учреждениями юстиции”. Аналогичное правило содержится во всех других двусторонних договорах о правовой помощи, а также в Конвенции государств — членов СНГ.

С учетом необходимости двустороннего информационного обмена правовыми актами, было принято специальное соглашение между Правительством Украины и Правительством Российской Федерации об обмене правовой информацией. Это соглашение вместе с Протоколом о внесении изменений в него было подписано 8 февраля 1995 г. Согласно ст. 1 Соглашения “стороны признают необходимость

двустороннего информационного обмена правовыми актами по вопросам, указанным в Тематическом перечне нормативных правовых актов, подлежащих межгосударственному обмену, открытых к публикации”¹.

Наконец, суды Украины имеют уникальную возможность для установления содержания иностранного права благодаря присоединению Украины в 1995 г. к Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства, подписанной в Лондоне 7 июня 1968 г., и Дополнительному протоколу к ней, подписанному в Страсбурге 15 марта 1978 г. [3; 1993. - № 36. - Ст. 371, 372]. Основной целью Конвенции является создание системы международной взаимопомощи судебным органам государств-участниц в получении информации относительно

иностранного законодательства ^[2]. В соответствии со ст. 1 Дополнительного протокола к Конвенции Договаривающиеся Стороны обязуются предоставлять друг другу через специально созданные органы информацию относительно своего материального и процессуального права и организации судебной власти. Запросы об информации по этим вопросам могут: а) исходить не только от судебного органа (так было до 15.03.78 г.), но и от любого учреждения или лица, действующих в рамках официальных систем правовой помощи или юридического консультирования от имени материально малообеспеченных лиц; б) быть сделаны не только в случае фактического возбуждения дела (именно так решался вопрос в Конвенции до 15.03.78 г.), но и когда возбуждение дела предусматривается (ст. 3 Дополнительного протокола).

Конвенция урегулировала также вопрос о содержании запроса об информации. Согласно ее ст. 4 в запросе об информации называется судебный орган, от которого запрос исходит, а также характер дела. В нем указываются по возможности с максимальной точностью вопросы, по которым желательно получить информацию относительно законодательства государства, к которому обращен запрос, а если в этом государстве существует более одной правовой системы, — та правовая система, по которой запрашивается информация. В запросе указываются также факты, необходимые для его надлежащего понимания и для формулирования точного и однозначного ответа. Для разъяснения сферы запроса в необходимых случаях могут прилагаться копии документов.

Если несмотря на все попытки установить содержание иностранного закона не удастся, суды большинства иностранных государств применяют в этом случае *lex fori*, т.е. закон суда.

Выводы как отечественной, так и зарубежной доктрины, договорная практика, а также законодательный опыт иностранных государств позволяют в этой связи сделать предложение по совершенствованию действующего процессуального отечественного законодательства. Статью 11 ГПК Украины после ч. 2 считаем целесообразным дополнить новыми частями следующего содержания: *“При применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.*

В целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением к Министерству юстиции Украины и иным компетентным органам или учреждениям в Украине и за границей либо привлечь экспертов.

Лица, участвующие в деле, вправе представлять доказательства, подтверждающие содержание соответствующих норм иностранного права.

Если содержание норм иностранного права, несмотря на все предпринятые в соответствии с настоящей статьей меры, не установлено, суд применяет законодательство Украины”.

Следующий вопрос, логично вытекающий из предыдущей проблемы и традиционно занимающий определенное место в специальной литературе по МЧП, — это вопрос о последствиях неправильного толкования и неправильного применения норм иностранного права. Он заслуживает особого внимания в контексте определения подлежащего применению иностранного материального закона и значения этого подготовительного действия в последующем.

М.М. Агарков различал два случая неправильного применения иностранного закона как основания для отмены решения в кассационном порядке [1, с. 69-72]. В первом случае суд нарушил свою отечественную коллизионную норму, предусматривающую применение иностранного права, отказавшись применять тот или иной иностранный закон, хотя в силу коллизионной нормы он должен быть применен. В таком случае, по его мнению, нарушение советской коллизионной нормы бесспорно является поводом для кассации решения. Во втором — суд в силу коллизионной нормы применил иностранный закон, но применил его неправильно. Как пола-

146

гает автор, это нельзя считать кассационным поводом, поскольку нет нарушения “действующих законов”, ибо иностранное право не подпадает под это понятие.

С этими доводами справедливо, на наш взгляд, не соглашается М.М. Богуславский. Он пишет: “В современных условиях развития международного сотрудничества решающее значение должно иметь обеспечение лояльного применения иностранного права во всех тех случаях, когда такое применение предписано нашим правом, международными договорами или соглашением сторон” [5, с. 487]. Автор разделяет точку зрения тех специалистов, которые считают, что нарушение иностранного закона, к которому отсылает коллизионная норма национального права, является, по существу, нарушением этой последней нормы.

Ранее было обосновано, что применение иностранного права является таким же, как и применение отечественного, а вопросы иностранного права являются для суда вопросами права, а не факта. Иностранное право применяется в силу отсылки к нему коллизионной нормы, вместе с которой оно и составляет действующее законодательство, регулирующее данное правоотношение. Это действующее законодательство согласно ст. 11 ГПК суд обязан применить в конкретных случаях, причем независимо от того, ссылаются ли на него стороны в обоснование своих требований и возражений. Следовательно, нарушение или неправильное применение норм иностранного материального права, как и отсылающей к ним коллизионной нормы, является основанием для отмены или изменения решения суда в кассационном порядке (п. 2, 4 ст. 311, п. 4 ст. 312 ГПК), а также в порядке надзора (п. 2, 5 ст. 337, ч. 1 ст. 338 ГПК).

Список литературы: 1. Агарков М.М. Применение советским судом иностранного закона//Пробл. соц. права. - 1938. - № 3. - С 65-72. 2. Бюллетень чехословацкого права. - 1985. - № 1/2. 3. Ведомости Верховного Совета Украины. 4.

Лунц Л.А. Курс международного частного права: Общая часть. - М.: Юрид. лит., 1973. - 384 с. 5. Международное частное право: современные проблемы / Отв. ред. М.М. Богуславский. - М.: ТЕИС, 1994. - 507 с. 6. Попов А.А. Международное частное право. - Харьков: РА, 1998. - 220 с. 7. Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. - М.: Прогресс, 1982. - 496 с.

147

А.В. Анисимова, канд. юрид. наук

ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ СИТУАЦИЙ

В постановлении Верховной Рады Украины “Об основных направлениях государственной политики Украины в области охраны окружающей среды, использования природных ресурсов и обеспечения экологической безопасности”, разработанных в соответствии со ст. 16 Конституции Украины (1; 1996. - № 30. - Ст. 141), говорится, что “нынешнюю экологическую ситуацию в Украине можно охарактеризовать как кризисную, формировавшуюся в течение длительного периода из-за пренебрежения законами развития и воспроизводства природно-ресурсного комплекса Украины. Исключительной особенностью экологического состояния Украины является то, что экологически острые локальные ситуации осложняются большими региональными кризисами. Чернобыльская катастрофа с ее долговременными медико-биологическими, экономическими и социальными последствиями послужила причиной возникновения в Украине ситуации, приближающейся к уровню глобальной экологической катастрофы” (1; 1998. - № 38-39. - Ст. 248).

Специалистами замечено, что ущерб от чрезвычайных экологических ситуаций имеет тенденцию к возрастанию. Ущерб от чрезвычайных ситуаций в предыдущие годы составлял 5% валового национального продукта; это в среднем в мире. В последние годы он увеличился до 9%, а вскоре будет тратиться на ликвидацию последствий стихий больше, чем будем производить продукции. Сейчас расходуется 1,5-1,6 млрд. гривень ежегодно на ликвидацию последствий лишь аварии на Чернобыльской атомной электростанции (2; 1998. - 12 июня. - С. 3). Помимо этого, в связи с катастрофическим паводком в Закарпатской области, приведшим к разрушению большого количества строений (вследствие чего жители многих населенных пунктов накануне зимы остались без жилья) к большому материальному ущербу, значительному усложнению экологической ситуации, в целях обеспечения безопасности граждан, оказания им эффективной помощи, скорейшей нормализации обстановки Указом Президента от 7 ноября 1998 г., № 1227/98 территория Закарпатской области объявлена зоной чрезвычайной экологической ситуации (2; 1998. - 10 нояб. - С. 6). Ей выделена помощь на ликвидацию последствий наводнения из резервного фонда Кабинета Министров в сумме

148

10 млн. гривень. И, наверное, эта сумма не будет окончательной.

Но в экологическом законодательстве отсутствует развернутое определение чрезвычайных экологических ситуаций (ЧЭС), четкая правовая регламентация режима

функционирования их зон. Правовую основу ЧЭС составляют некоторые положения Конституции, предписания Законов Украины “Об охране окружающей природной среды”, “О чрезвычайном положении”, “О статусе и социальной защите граждан, пострадавших вследствие Чернобыльской катастрофы”, Концепции (основ государственной политики) национальной безопасности Украины, Постановления Кабинета Министров Украины “О порядке классификации чрезвычайных ситуаций”, “О единой государственной системе предотвращения и реагирования на чрезвычайные ситуации техногенного и природного характера” и др.

На основе анализа действующего законодательства можно определить, что чрезвычайные экологические ситуации представляют собой необычную обстановку на определенной территории, сложившуюся в результате аварии, опасного природного явления, катастрофы, стихийного или иного бедствия, повлекшие или могущие повлечь за собой массовые человеческие жертвы, заболевания населения, разрушение и истощение окружающей природной среды, значительные экологические и экономические потери и нарушение условий жизнедеятельности людей.

Экологические чрезвычайные ситуации тесно связаны с такими понятиями, как национальная безопасность, чрезвычайное положение. Однако два последние понятия по своему содержанию более широкие, чем ЧЭС, поскольку охватывают не только экологическую, но и иные сферы человеческой деятельности. Регламентируются они специальными нормативными актами — Законом Украины “О чрезвычайном положении”, Концепцией (основами государственной политики) национальной безопасности Украины и др. Вместе с тем в них содержатся также предписания, относящиеся к чрезвычайным экологическим ситуациям.

Президент Украины в соответствии с положениями Конституции (ст. 106) объявляет в случае необходимости отдельные местности зонами чрезвычайной экологической ситуации с последующим утверждением в течение 2-х дней этого решения Верховной Радой Украины (п. 31 ст. 85 Конституции) с момента обращения Президента. Верховная Рада не правомочна самостоятельно принимать решение о ЧЭС.

Зоны чрезвычайных экологических ситуаций проявляются в

149

трех видах: зона экологической катастрофы; зона повышенной экологической опасности; иные категории зон чрезвычайных экологических ситуаций (ч. 1 ст. 65 Закона “Об охране окружающей природной среды” — 1; 1991. - № 41. - Ст. 546). В основе данной классификации лежит степень опасности, наступающей вследствие деятельности человека либо разрушительного воздействия природных факторов.

Зонами экологической катастрофы объявляются территории, где вследствие деятельности человека либо разрушающего воздействия стихийных сил природы возникли устойчивые или необратимые изменения в окружающей природной среде, приведшие к невозможности проживания на них населения и ведение хозяйственной деятельности (ч. 2 ст. 65 упомянутого Закона). Катастрофа рассматривается как великомасштабная авария или иное событие, которое приводит к тяжким и трагическим последствиям. Катастрофическое состояние экологической ситуации подтверждается объективными данными экологической экспертизы (ст. 7 Закона “Об экологической экспертизе” - 1; 1995. - № 8. - Ст. 54).

Зонами повышенной экологической опасности (ч. 3 ст. 65) объявляются территории, где вследствие деятельности человека или разрушительного воздействия стихийных сил природы в окружающей природной среде на длительное время возникли

негативные изменения, ставящие под угрозу здоровье человека, сохранение природных объектов и ограничивающие ведение хозяйственной деятельности (1; 1991. - № 41). Данный вид ЧЭС по своим последствиям выступает более смягченным. Однако для принятия необходимо также заключение экологической экспертизы.

К третьему виду ЧЭС относятся такие ситуации, которые не попадают под первый и второй виды. Здесь также возникают ситуации, представляющие определенную опасность для жизнедеятельности людей и нормального состояния природы, но они не влекут катастрофических и других весьма опасных экологических и иных последствий.

Следует иметь в виду, что в Украине постановлением Кабинета Министров от 27 июля 1995 г. утвержден Перечень видов деятельности и объектов, представляющих повышенную экологическую опасность (22 вида) (5; 1995. - № 10. - Ст. 252).

Зоны ЧЭС — территории, официально объявленные таковыми. В решении компетентного государственного органа об объявлении соответствующей зоны экологически опасной должна быть

150

отмечена степень опасности и указан вид зоны.

Вместе с тем важными элементами ЧЭС являются: наличие угрозы; объекты, которые находятся в опасности; последствия; необходимость применения дополнительных средств, способов, дополнительных усилий для решения этих ситуаций и др. Все эти элементы рассматриваются в их совокупности или отдельно, в той или иной мере обладают признаками кризисности, специфичности и экстремальности

Классификация этих зон, их статус и правовые последствия, вытекающие из факта отнесения территорий к установленным категориям, в том числе относительно компенсации и льгот граждан, проживающих или находящихся временно в их пределах, определяется законодательством Украины.

Классификация чрезвычайных экологических ситуаций проводится по различным признакам: источникам возникновения, последствиям, масштабам, степени опасности, в зависимости от причин возникновения и т.д. Каждый признак имеет внутреннюю дифференциацию.

В зависимости от месторасположения источника возникновения ЧЭС можно подразделить на внутренние и внешние. Внутренние ЧЭС — источник непосредственно расположен на территории Украины, внешние — за ее пределами.

На основе анализа сущности пространственного распространения и объемов технических, материальных ресурсов, которые необходимы для ликвидации последствий ЧЭС, можно выделить пять уровней: международного, национального (общегосударственного), регионального, местного, объективного. *Международного уровня ЧЭС* — распространившаяся на территорию более одного государства, представляющая глобальную угрозу окружающей природной среде и населению, на ликвидацию которой затрачиваются средства нескольких государств. *Национального (общегосударственного)* — развивающаяся на территории двух и более областей и других территориальных образований или угрожающая трансграничным перенесением, а также, когда для ее ликвидации необходимы материальные и технические ресурсы в объемах, которые превышают собственные возможности отдельной области, но не меньше 1% объема расходов соответствующего бюджета. *Регионального* — распространившаяся на территории двух или более административных районов,

городов областного значения, Автономной республики Крым, областей, г. Киева и Севастополя или угрожающая перенесением на террито-

151

рию смежных областей Украины, а также в случае, когда для ее ликвидации необходимы материальные и технические ресурсы в объемах, которые превышают собственные возможности отдельного района, но не меньше 1% объема расходов соответствующего бюджета. *Местного* — когда ЧЭС выходит за пределы потенциально опасного объекта, угрожает распространением самой ситуации или ее вторичных последствий на окружающую природную среду, соседние населенные пункты, инженерные сооружения, а также когда для ее ликвидации необходимы материальные и технические ресурсы в объемах, превышающих собственные возможности потенциально-опасного объекта, но не меньше 1% объема расходов соответствующего бюджета. К ним также относятся чрезвычайные ситуации, которые не входят в утвержденный перечень потенциально-опасных объектов. К ЧЭС *объектового* уровня относятся все те, которые не подпадают по указанным определениям.

По причинам происхождения в соответствии с Постановлением Кабинета Министров Украины от 15 июля 1998 г., № 1099 “О порядке классификации чрезвычайных ситуаций” можно выделить четыре группы ЧЭС: техногенного, природного, социально-политического и военного характера (4; 1998. - № 28. - Ст. 1062). Суть *техногенного* характера — транспортные аварии (катастрофы), пожары, неспровоцированные взрывы или их угроза, аварии с выбросом (угроза выброса) опасных химических, радиоактивных, биологических веществ, временное разрушение сооружений и строений, аварий на инженерных сетях и сооружениях жизнеобеспечения, гидродинамические аварии на плотинах, дамбах и т.д. При причинами *природного* характера — опасные геологические, метеорологические, гидрологические морские и пресноводные явления, деградация почв и недр, природные пожары, изменения состояния воздушного бассейна, инфекционные заболевания людей, сельскохозяйственных животных, массовое заражение сельскохозяйственных растений болезнями или вредителями, изменение состояния водных ресурсов и биосферы и т.д. *Социально-политические* причины связаны с противоправными действиями террористического и антиконституционного правления и влекут наряду с другими и экологически неблагоприятные последствия. Чрезвычайные ситуации *военного* характера связаны с последствиями применения оружия массового уничтожения или обычных средств заражения, во время которых возникают вторичные факторы заражения населения вследствие уничтожения атомных гидроэлектростанций, складов и хранилищ радиоактивных

152

и токсических веществ и отходов, нефтепродуктов, взрывчатки, транспортных и инженерных коммуникаций и т.д.

В зависимости от степени опасности и сложности экологической ситуации и их последствий ЧЭС в литературе подразделяются на: критическую, острокритическую, кризисную и катастрофическую ситуации (3, с. 130, 131). Для *критической* чрезвычайной экологической ситуации характерно: хронически повышенный уровень загрязнения окружающей среды; устойчивая повышенная антропогенная нагрузка на среду; угроза дефицита пресной воды; снижение плодородия почв, растительного покрова и исчезновение плодородия почв, снижение растительного покрова и исчезновение многообразия видов животных, оскудение рыбных запасов; повышенный

уровень заболеваемости населения. При *острокритической* ЧЭС происходит: развитие устойчивых процессов разрушения экологических систем; многократно повышенная загрязненность среды, нарастание антропогенной нагрузки; угроза дефицита пресной воды; нарастание процессов истощения растительности и животного мира; потеря плодородия почв; достижение критической отметки уровня заболеваемости населения; рост смертности. *Кризисная* ситуация характеризуется: началом процесса разрушения экологической системы; глобальным загрязнением окружающей среды, многократно превышающим ПДК; многократным увеличением антропогенной нагрузки; дефицитом пресной воды; истощением поверхностных и подземных вод. Возникают потеря плодородия почв, полное истощение и оскудение лесной растительности, животного мира, резкое увеличение заболеваемости и смертности, превышающее во много раз средние показатели. Для *катастрофической* ситуации характерно: полное разрушение экологических систем; глобальное устойчивое загрязнение среды, многократное превышение предельных норм нагрузки; отсутствие питьевой воды; гибель лесов и животного мира; углубление процессов деградации почв; высокий уровень смертности и заболеваемости населения.

По последствиям ЧЭС можно классифицировать на необратимые, продолжительные, временные, существенные. Масштабы последствий ЧЭС определяются на основе экспертной оценки, прогноза или результатов модельных экспериментов, проведенных квалифицированными экспертами. В зависимости от полученных результатов разрабатывается план реагирования на возникшую конкретную ЧЭС.

По степени остроты — на реальные и потенциальные, которые требуют введения режима чрезвычайного положения неотложно,

153

без предупреждения или с соблюдением установленной законодательством процедуры; по скорости развития — на ситуации стремительно, быстро и слабо протекающие.

Представляется целесообразным регламентировать типичные чрезвычайные экологические ситуации, для того чтобы соответствующие службы имели четкий план действий и законодательное обеспечение их выполнения.

Итак, сложившаяся в Украине кризисная экологическая обстановка постоянно напоминает о необходимости принятия закона о зонах чрезвычайных экологических ситуаций, о чем говорится в ст. 92 Конституции Украины (1; 1996. - № 30. - Ст. 141). Закон в настоящее время разработан Институтом законодательства при Верховной Раде, но не принят. В “Основных направлениях государственной политики Украины в области охраны окружающей природной среды, использования природных ресурсов и обеспечения экологической безопасности” также указано, что при осуществлении систематизации экологического законодательства будет проведена кодификация первоочередных актов, которая включает принятие новых (безотлагательных) законов Украины о зонах чрезвычайных экологических ситуаций (4; 1998. - № 38-39. - Ст. 248).

Список литературы: 1. Ведомости Верховной Рады Украины. 2. Голос Украины. 3. Охрана окружающей природной среды: Постатейный комментарий к закону России. - М.: Республика, 1993. 4. Официальный вестник Украины. 5. Сборник Постановлений Украины.

До обговорення проекту нового КК України

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ НОВОГО УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ

В последнее время достаточно много внимания, в том числе и в средствах массовой информации, уделяется обсуждению проекта нового Уголовного кодекса Украины. И это неудивительно, ибо становление подлинно демократического, экономически мощного и политически стабильного правового государства немислимо без опоры на прочный правовой фундамент, в том числе и в области борьбы с

154

преступностью. Работа по созданию нового уголовного законодательства Украины вступила в свою завершающую фазу - проект Уголовного кодекса не только был представлен в Верховную Раду Украины (июнь 1997 г.), но и рассматривался в первом чтении на ее сессионном заседании (сентябрь 1998 г.).

Однако это не означает, что к настоящему времени он уже достиг своего совершенства, приобрел вполне законченный вид и поэтому «закрыт» для дальнейшего обсуждения. Любые предложения и замечания, в том числе критического характера, которые высказываются гражданами Украины, а тем более специалистами-юристами, должны быть тщательно изучены и обязательно учтены, но лишь при том условии, если они носят конструктивный характер, направлены на совершенствование законопроекта и действительно способны его улучшить.

В то же время вряд ли способна принести пользу критика, в основу которой положены весьма спорные, а подчас и явно ошибочные суждения, когда высказанные беспелляционным тоном замечания далеко не всегда аргументированы и зачастую носят не только чисто умозрительный, но и откровенно предвзятый характер. Такая критика направлена не столько на совершенствование законопроекта, сколько на дискредитацию в глазах общественного мнения как самого проекта УК, так и той большой работы, которая была проделана в процессе его подготовки.

К подобного рода «критическим выступлениям» можно отнести, на наш взгляд, и статью народного депутата Украины доктора юридических наук, профессора З. Ромовской «Преступление и наказания в новой редакции» (1, с. 11, 12), в которой проект УК объявляется поверхностным, не отвечающим требованиям научной взвешенности и справедливости, содержащим ошибки концептуального и юридического характера, игнорирующим «презумпцию невиновности» и отражающим идеологию крепостничества, а его авторы обвиняются в том, что «довольно часто позволяют себе вольное обращение с буквой и духом Конституции».

После ознакомления с «набором» столь тяжких обвинений вполне может сложиться впечатление (особенно у несведущего читателя), что в статье З. Ромовской речь, видимо, идет не о тщательно подготовленном и представленном в законодательный орган страны законопроекте, а лишь о каком-то самом первоначальном, предварительном его варианте.

На самом же деле в статье уважаемого народного депутата

155

дается оценка проекту, над разработкой и созданием которого велась тщательная работа в течение более шести (с 1992 г.) лет специально созданной для этого Кабинетом Министров рабочей группой, в состав которой вошли ведущие специалисты в области уголовного права - научные и практические работники. В основу этого документа положены научные исследования, национальный и международный опыт законодательства, следственно-прокурорская и судебная практика за многолетний период времени. Проект направлялся во все научные, учебные юридические заведения и практические ведомства Украины, дважды (в 1994 и 1997 годах) публиковался в печати, неоднократно обсуждался на многих республиканских и международных научно-практических конференциях и семинарах. За этот период времени рабочая группа получила, изучила и учла сотни предложений и замечаний по проекту УК, в обсуждении которого приняли участие не только специалисты Украины, но и их коллеги-юристы из ряда зарубежных государств, в частности, России, Белоруссии, Италии, Нидерландов, Португалии, Швейцарии, Швеции и др. С учетом высказанных замечаний и предложений проект УК в процессе подготовки последовательно прошел несколько этапов, причем итогом каждого был очередной вариант законопроекта (всего их было подготовлено 8). Последний вариант был представлен в Верховную Раду Украины не только после его всестороннего обсуждения, но и после согласования с Министерством юстиции, Генеральной прокуратурой, Службой безопасности и Верховным Судом Украины. Проект прошел международную экспертизу в Директорате по правовым вопросам Совета Европы и Институте сравнительного международного права в Швейцарии, рассматривался и был одобрен в Комитете Верховной Рады Украины по вопросам законности и правопорядка.

Однако ни научная, законодательная и практическая база, положенная в основу проекта УК, ни огромный объем работы, проделанный в процессе его подготовки ее участниками, ни их достаточно высокий профессиональный уровень, ни положительная оценка, полученная законопроектом в ходе его обсуждения не исключают, по мнению профессора З. Ромовской, признания его поверхностным и не соответствующим необходимым требованиям.

Какие же основные, наиболее принципиальные замечания высказывает и какие аргументы приводит автор статьи в обоснование столь критической оценки законопроекта?

Одно из принципиальных замечаний, высказанных З. Ро-

156

мовской, касается регламентации в проекте УК института необходимой обороны (ст.34). Во-первых, она считает односторонней позицию составителей проекта, которые необходимую оборону «трактуют лишь во взаимосвязи с нанесением ущерба нападавшему». Во-вторых, цитируя ст. 55 Конституции, согласно которой «каждый имеет право любыми, не запрещенными законом средствами защищать свои права и свободы от нарушений и противоправных посягательств», автор статьи приходит к выводу, что Основной Закон говорит о самозащите и «поэтому именно этот термин должен был бы использоваться в Уголовном кодексе».

Думается, что замечания подобного рода не нуждаются в комментариях и ничего, кроме удивления, вызвать не могут, поскольку ограничивать право лица на необходимую оборону лишь самозащитой и считать правомерным причинение при этом вреда не только посягающему, но и тем лицам, которые общественно опасно посягательства не осуществляли - означает допускать «чисто студенческие ошибки».

Между тем, оценивая проект УК в своем интервью Львовской газете «Высокий замок» (2, с. 3), профессор З. Ромовская заявила, что сама она «не прощает профессуре студенческих ошибок».

Не меньшее удивление вызывает и то, что подобного рода замечания обосновываются ссылками на Конституцию, в ч. 5 ст. 55 которой каждому представляется право «любыми не запрещенными средствами защищать свои права и свободы». Отсюда еще не следует, что в этой конституционной норме речь идет только и исключительно о праве лица на необходимую оборону. Защищать свои права можно и путем обращения за помощью, например, в правоохранительные органы, к родственникам и друзьям, что также не противоречит смыслу данной статьи, однако не имеет никакого отношения к институту необходимой обороны. Статья 55 далеко не единственная норма Конституции, в которой речь идет о защите прав и свобод личности. Поэтому совершенно недопустимо сводить необходимую оборону лишь к самозащите, когда в ст. 27 Конституции прямо указано, что «каждый имеет право защищать свою жизнь и здоровье, жизнь и здоровье других людей от противоправных посягательств».

Не могут быть приняты возражения З. Ромовской и против использования в проекте УК такого термина, как «мнимая оборона». Такой подход ей представляется неверным, поскольку в случаях, предусмотренных ст. 35 проекта, «имеет место мнимое нападение, а не мнимая оборона».

157

Без сомнения, термин «мнимая оборона» носит, в известной степени, условный характер, как, впрочем, и многие другие термины, используемые в праве. Однако, несмотря на его условность, он давно используется и в этом смысле вполне «прижился и устоялся» в науке уголовного права, а, главное, - его содержание правильно и совершенно однозначно оценивается в практике применения уголовного закона. Нельзя не учитывать и того, что термин «мнимая оборона» используется в проекте УК еще и потому, что он как бы корреспондирует, точнее, противопоставляется и служит своеобразным антиподом понятию «необходимая оборона». Ведь там, где в действительности имело место общественно опасное посягательство, была необходимой и оборона от него. В тех же случаях, когда реальное посягательство отсутствовало и лицо лишь ошибочно оценило как таковое действия потерпевшего, там и «оборона» носила как бы условный характер, не была действительно необходимой и, следовательно, оказалась лишь мнимой. Наконец, главная причина целесообразности использования предложенного в законопроекте термина заключается в том, что уголовно-правовая оценка в законе (ст. 35 проекта УК) дается не действиями потерпевшего, ошибочно воспринятым как посягательство, а, напротив, поведению именно того лица, которое допустило такую ошибку и в результате необоснованно причинило вред потерпевшему.

Нельзя согласиться с замечаниями З. Ромовской и по разд. VI «Неоконченное преступление и его виды». По ее мнению, в проекте вообще не дается определение понятию неоконченного преступления и обойден вниманием, т.е. не раскрыт вопрос о специфике его состава.

Однако, цитируя в обоснование этих замечаний ч. 1 ст. 20 проекта УК, где дается определение оконченного преступления, З. Ромовская не только «не замечает» ч. 2 этой же статьи, где оконченным преступлением признается приготовление к нему и покушение на преступление, но и полностью игнорирует ст. 21 и 22 проекта УК, в

которых с исчерпывающей полнотой описываются признаки, а, следовательно, тем самым и дается определение как приготовления, так и покушения.

Что же касается специфики состава неоконченного преступления, то она не только не обойдена вниманием в законопроекте, а, напротив, как раз подчеркивается в специально посвященной этому вопросу норме - ст. 23 проекта, из которой со всей очевидностью следует, что поскольку признаки состава неоконченного преступле-

158

ния закреплены не только в статьях Особенной части, но и в нормах Общей части УК, то и ответственность за предварительную преступную деятельность наступает и, соответственно, действия виновного квалифицируются как по ст. 21 или 22 Общей части, так и по той статье Особенной части УК, которая предусматривает ответственность за оконченное преступление. В связи с этим, остается загадкой, почему такое четкое законодательное решение в проекте проблемы ответственности за предварительную преступную деятельность оценивается в статье народного депутата как поверхностное и каким образом оно «может привести к различному толкованию конкретных (каких именно?) юридических норм».

3. Ромовская считает неудачным и использование в законопроекте ряда терминов и формулировок, поскольку, по ее мнению, это свидетельствует о «вольном обращении авторов проекта УК с буквой и духом Конституции» и «приводит к нарушению такой важной конституционной концепции, как «презумпция невиновности». Доказательство этого она усматривает прежде всего в несовпадении текста ч.1 ст.62 Конституции, согласно которой «лицо считается невиновным в совершении преступления и не может быть подвергнуто уголовному наказанию, пока его вина не будет доказана в законном порядке и установлена обвинительным приговором суда» и ч. 2 ст. 2 проекта УК, которая гласит, что «никто не может быть признан виновным в совершении преступления и подвергнут уголовному наказанию, иначе как по приговору суда и в соответствии с законом».

Во-первых, никаких принципиальных различий, а тем более расхождений или противоречий, в содержании этих формулировок не усматривается. Не совпадает лишь сам текст, но смысл предписаний остается неизменным. Во-вторых, из ч. 2 ст. 8 Конституции, согласно которой «законы и иные нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции Украины и должны, соответствовать ей», совсем не вытекает, что такое соответствие обязательно предполагает полное текстуальное совпадение, идентичность формулировок и терминов отраслевых нормативных актов и конституционных предписаний. В противном случае, пришлось бы признать не соответствующими Конституции и целый ряд иных отраслевых норм и институтов только потому, что общие конституционные идеи и положения находят в них свое дальнейшее развитие, уточняются и конкретизируются с учетом специфики той или иной отрасли права, предмета ее правового регулирования, особенностей понятийного

159

аппарата, терминологических приемов и языковых средств выражения. Ведь нельзя же признавать не соответствующей духу и букве Конституции, например, ст. 5 проекта УК только на том основании, что в ст. 58 Конституции лишь в общей форме говорится об обратном действии во времени законов, смягчающих или отменяющих ответственность, тогда как в ст. 5 проекта УК эти концептуальные конституционные положения развиваются и конкретизируются путем описания круга лиц, на которых

распространяется норма об обратной силе уголовного закона и посредством указания на то, что к числу уголовных законов, имеющих обратную силу, относятся те, которые устраняют преступность деяния, смягчают наказание или иным образом улучшают правовое положение лица, совершившего преступление.

По мнению З. Ромовской, игнорируется «презумпция невиновности» и в ст. 36 проекта УК, поскольку в ней говорится о задержании лица совершившего преступление, тогда как «совершило лицо преступление или нет - определение этого является исключительной компетенцией суда».

Последнее утверждение опровергнуть невозможно, однако авторы законопроекта и не пытались это сделать, ибо в его ст. 36 речь идет не о передаче кому-либо вместо суда его конституционного права на осуществление правосудия, а формулируется одна из поощрительных норм уголовного права, на основании которой правомерным признается поведение лица, которое осуществило задержание другого лица при условии, если все обстоятельства им содеянного с достаточной очевидностью и бесспорностью свидетельствовали, что совершенное этим лицом деяние было явно преступным. Так, видимо, трудно отказать в праве на задержание преступника тому лицу, которое было, например, свидетелем поджога дома или лишения жизни его близких либо, скажем, само подверглось разбойному нападению. Совершение преступления в подобных случаях - факт достаточно очевидный. Поэтому в ст. 36 проекта УК формулируются условия правомерности задержания преступника в подобных случаях и закрепляются определенные гарантии законности осуществления этого права. Однако все положения этой статьи проекта ровным счетом никакого отношения не имеют к «презумпции невиновности». Во-первых, потому, что в этой норме провозглашается лишь право на задержание, а не на обвинение и признание лица виновным в преступлении, что, безусловно, является прерогативой су

160

да. Во-вторых, закрепление принципа «презумпции невиновности» и в Конституции (ст. 62), и в отраслевых нормах (ст. 2 проекта УК) преследует совершенно иную цель, поскольку служит гарантией защиты прав и свобод личности, ее безопасности и неприкосновенности от незаконного привлечения к ответственности, необоснованного обвинения в преступлении и неправосудного осуждения в случаях, когда со стороны отдельных государственных органов или должностных лиц предпринимаются основанные не на законе, а на произволе попытки подменить собой судебную власть и заранее, т.е. еще до следствия и суда, сформировать соответствующее общественное мнение и объявить лицо виновным в якобы совершенном им преступлении с тем, чтобы ограничить законные права и свободы личности, осуществить над ним внесудебную расправу, подвергнуть противозаконным преследованиям и репрессиям.

Противоречит принципу «презумпции невиновности», как полагает З. Ромовская, и разд. X «Освобождение от уголовной ответственности», поскольку в ст. 41-46 этого раздела речь также идет о лице, совершившем преступление. Причем и здесь в обоснование своих замечаний она приводит довольно оригинальные суждения, согласно которым, «если уголовное дело уже открыто, речь может идти лишь о прекращении судопроизводства по делу. А если дело еще не открыто, но «действующие» лица уже примирились, уголовное дело вообще не открывается».

Прежде всего обращает на себя внимание используемая автором статьи терминология. Представляется, что уголовное дело может быть все же лишь *возбуждено*, а никак не «открыто», поскольку открыть можно, например, книгу или,

скажем, замок. Что касается существа замечаний, то, во-первых, из них вытекает, что уважаемый профессор, видимо, не усматривает различий между *основаниями* освобождения от уголовной ответственности, сформулированными в нормах уголовного права, и *порядком* такого освобождения, который устанавливается уголовно-процессуальным законом. Между тем именно из такого общепризнанного постулата как раз и исходит проект УК, где в разд. X перечислены *виды* освобождения от уголовной ответственности которые, как институт материального уголовного права, являются основанием для соответствующего процессуального решения, порядок принятия которого, как на это прямо указано в ч. 2 ст. 41 проекта УК, устанавливается Уголовно-процессуальным кодексом. Во-вторых, что касается самого процес-

161

суального решения об освобождении от уголовной ответственности, которое, как представляется, должно осуществляться только в судебном порядке, то прекращение уголовного дела означает не только прекращение судопроизводства по делу, как считает З. Ромовская, но и приводит к такому результату, как освобождение лица от уголовной ответственности и наказания.

Наконец, совершенным «процессуальным откровением» выглядит и утверждение З. Ромовской о том, что уголовное дело вообще не возбуждается (как она пишет, «не открывается»), если его «действующие» лица примирились. Если это положение характеризует действующий закон, то оно вряд ли может быть признано правильным без существенных оговорок, поскольку, как известно, функция обвинения в уголовном судопроизводстве носит публичный характер и как возбуждение уголовного дела, так и его прекращение в подавляющем большинстве случаев не зависят от волеизъявления сторон. Лишь очень незначительная часть уголовных дел так называемого «частного обвинения», перечисленных в ст. 27 УПК Украины, возбуждаются не иначе как по жалобе потерпевшего и подлежат прекращению в случае примирения последнего с обвиняемым.

Если же приведенное высказывание является предложением по совершенствованию действующего закона, то и в этом приоритет принадлежит авторам проекта УК, в ст. 43 которого сформулирован новый вид освобождения от уголовной ответственности - в связи с примирением виновного и потерпевшего и при наличии иных, указанных в законе условий.

Достаточно много места отводится в статье народного депутата критическим замечаниям по поводу регламентации в проекте УК института наказания. Так, она полагает необходимым отразить в проекте, что «целью наказания является прежде всего защита потерпевшего, имеющая в уголовном судопроизводстве специфическое проявление: через наказание преступника».

Полагаем, однако, что защита или, точнее, охрана личности, в том числе, разумеется, и потерпевшего, является скорее задачей всего уголовного законодательства в целом (ст. 1 проекта УК), так как решить ее путем наказания можно далеко не всегда (например, это невозможно при убийстве потерпевшего) и решение этой задачи обеспечивается не обязательно только с помощью

162

наказания, но и путем применения иных уголовно-правовых средств (например, освобождения от уголовной ответственности и наказания или применения принудительных мер воспитательного либо медицинского характера).

Одним росчерком пера разрешает профессор З. Ромовская и проблему, по которой вот уже многие десятилетия ведутся споры и высказываются различные мнения среди специалистов. «Само слово «наказание», - пишет автор статьи, - означает не что иное, как кару. Поэтому целью наказания никак не может быть кара, как это указано в проекте».

Не вдаваясь глубоко в анализ столь сложной и дискуссионной проблемы, считаем возможным обратить внимание на следующее. Во-первых признание кары в качестве одной из целей наказания имеет как своих сторонников, так и противников. Поэтому, будучи сторонниками этой позиции, члены рабочей группы, видимо, вправе отразить ее и в подготовленном ими законопроекте. Во-вторых, мнение о том, что кара является сущностью наказания и поэтому не может быть его целью, высказывается уже давно и неоднократно, однако отношение к нему во многом зависит от того, какой смысл вкладывается в содержание этих понятий. Заслуживает внимания и позиция, согласно которой кажущееся здесь неразрешимым противоречие легко устраняется, если рассматривать наказание не как месть и возмездие, а в качестве цивилизованной меры справедливости, состоящей в применении к виновному предусмотренных уголовным законом неблагоприятных последствий, а цель кары понимать не как стремление причинить страдания, а как утверждение или восстановление нарушенной преступлением социальной справедливости. В таком понимании кара, будучи сущностью наказания и являясь ближайшей, «промежуточной» его целью, одновременно выступает в качестве необходимого этапа и своеобразного средства достижения более отдаленных, «перспективных» его целей - исправления осужденного и предупреждения новых преступлений. Наконец, в-третьих, с позиции признания кары целью наказания его применение становится вполне объяснимым и целесообразным даже в тех случаях, когда лицо, отбывшее наказание, не исправилось и вновь совершило преступление. Ведь только цель кары и оказалась здесь, к сожалению, единственной реально достигнутой в результате применения наказания. В противном случае пришлось бы признать, что вся огромная работа, проделанная компетентными органами по

163

раскрытию преступления, изобличению виновного, осуществлению правосудия и исполнению наказания, оказалась не только безрезультатной, но и была просто бессмысленной.

Полагая, что признание кары целью наказания есть не что иное, как «повторение в проекте неточности действующего в настоящее время Уголовного кодекса», З. Ромовская в обоснование этого вывода приводит цитату из текста этого УК, которая имеет якобы следующее содержание: «Наказание имеет целью не только кару». На самом же деле в тексте ч. 1 ст. 22 действующего УК Украины 1960 г. используется совершенно иная формулировка: «Наказание не только является карой.., но и имеет целью...». Очевидная неточность в цитировании текста закона привела к тому, что изначально, основываясь на неверных посылах, профессор З. Ромовская упрекает создателей законопроекта в том, что, скорее, можно поставить им в заслугу. Ведь именно та формулировка, которая в действительности используется в УК 1960 г., в силу своей расплывчатости, нечеткости и в какой-то мере даже двусмысленности как раз и явилась одной из причин (если не была главной) различного толкования предписаний закона о целях наказания и возникшей по этому вопросу дискуссии. Поэтому заслуга

авторов проекта УК состоит в том, что в предложенной ими редакции ст.47 вопрос о целях наказания решен достаточно четко, определенно и последовательно, что исключает всякую возможность различного его толкования.

Возражает З. Ромовская и против предложенного в проекте деления наказаний на основные и дополнительные на том основании, что «времена меняются, а идеология крепостнической России - «лишение всех прав состояния» - продолжает жить и проявляется в том, что, кроме основного наказания, к «виновному» могут быть применены несколько дополнительных».

Во-первых, деление наказаний на «основные и дополнительные» отражает уже давно сложившуюся и вполне выдержавшую проверку временем законодательную традицию построения системы наказаний с учетом их функциональных возможностей и убедительных доказательств в пользу отказа от нее пока еще никем, в том числе и профессором З. Ромовской, не приведено.

Во-вторых, вряд ли можно оценивать институт дополнительных наказаний как проявление «идеологии крепостничества», поскольку уже давно доказано, что он является одним из эффективных средств индивидуализации и реализации превентивной функции

164

наказания. Ведь «разумное» сочетание дополнительного наказания с основным преследует цель не столько усилить меру наказания в целом (этого можно достичь и путем увеличения срока основного наказания или назначения более строгого его вида), сколько обеспечивает возможность «приспособить» ее к особенностям совершенного преступления, с тем чтобы устранить именно те условия и лишить виновного тех прав, которыми он или воспользовался для достижения преступных целей либо недобросовестное использование которых привело к преступным последствиям.

В-третьих, построение системы наказаний с учетом функционального их деления на основные и дополнительные присуще законодательным системам и большинства развитых зарубежных государств, например США, Франции, ФРГ, Японии и др. Более того, по УК некоторых из этих государств (например США) суд вправе назначить такие виды дополнительных наказаний и в таком количестве (вплоть до лишения избирательных прав и гражданства), что это может привести по существу к так называемой «полной гражданской деградации личности», однако при этом ни у кого это не ассоциируется с крепостнической идеологией, коль скоро речь идет о борьбе с наиболее опасными формами организованной преступности.

Что касается предложения З. Ромовской исключить «воз-можность лишения лица научного звания или, скажем, звания народного артиста или заслуженного учителя», то хотелось бы отметить, что ни в действующем УК (ст. 37), ни в его проекте (ст. 51) такое дополнительное наказание просто не предусмотрено. Во всех случаях совершения преступления лицом, имеющим почетное звание, ученую степень или звание, суд с учетом характера совершенного преступления и его связи с научной или преподавательской деятельностью, меры дискредитации осужденным почетного звания или звания ученого может лишь информировать об этом соответствующий орган (ВАК, Министерство образования, ученый совет и т.п.).

Критические замечания высказывает народный депутат и по поводу качества украинского языка, которым изложен законопроект, полагая, что «язык был одной из проблем его авторов».

С одними из этих замечаний можно соглашаться, с другими - спорить, но в любом случае они вряд ли могут быть в полном объеме адресованы авторам законопроекта, поскольку, как указано в

165

Пояснительной записке к проекту УК и о чем ни словом почему-то не обмолвилась З. Ромовская, он прошел языковедческо-терминологическую экспертизу в Институте украинского языка Национальной академии наук Украины.

Целесообразным считает З. Ромовская изменить и название самого кодекса и вместо «Кримінальний кодекс» именовать его «Карний кодекс України». Обосновывается ею это предложение тем, что термин «криминал» происходит от латинского «*criminalis*», что значит «преступный», а «поскольку, - как считает автор статьи, - в украинском языке слово «криминал» издавна ассоциируется исключительно с местом лишения свободы», то и название кодекса может восприниматься как «преступный». И «поскольку в Основной части кодекса речь идет о наказании, то и название его должно быть «Карний кодекс України».

Однако ни с одним из приведенных доводов согласиться нельзя. Во-первых, термин «криминал» происходит от латинского «*criminaliter*», а не «*criminalis*» (З, с. 46). Во-вторых, как в украинском, так и в русском языках слово «криминал» ассоциируется не с местом лишения свободы, а исключительно с преступлением. Достаточно сослаться на такие часто употребляемые словосочетания, как «криминальная личность», «криминальный авторитет», «криминальные структуры» и т.п. В-третьих, остается загадкой, что из себя представляет упомянутая автором статьи «основная часть кодекса», поскольку Уголовный кодекс состоит, как известно, из Общей и Особенной частей, причем, в большинстве норм которых речь идет как раз не о наказании, а о преступлении. Поэтому, если уж и стремиться к изменению названия кодекса, то, видимо, предпочтительнее было бы ввести в его наименование оба термина - «преступление и наказание» и назвать его «Кодекс України про злочини і покарання». Но стоит ли прибегать к столь «революционным» изменениям, если в соответствии с устоявшимися историческими, культурными, языковыми и, наконец, законодательными традициями название «Кримінальний кодекс України» как у населения, так и у специалистов-юристов не вызывает принципиальных возражений, вполне правильно воспринимается и однозначно ассоциируется со сводом законов о преступлениях?

Завершающим «аккордом» критических замечаний народного депутата является сопровождающий статью постскриптум, из которого следует, что ввиду «неточностей, допущенных харьковски-

166

ми авторами законопроекта», подготовку последнего необходимо приостановить, неточности «вычистить», а уж потом что-то совершенствовать».

Прежде всего отметим маленькую «неточность», допущенную самим критиком, который авторами законопроекта почему-то считает исключительно харьковчан, видимо, «не заметив», что из 25-ти членов рабочей группы лишь 7 человек представляют Харьковскую школу криминалистов. Что же касается остальных «неточностей» проекта, то высказанные по ним замечания авторами проекта уже подробно проанализированы. Остается лишь выяснить один вопрос: каким образом следует производить «чистку» законопроекта и как можно его улучшить, если необходимо «приостановить его подготовку»?

Таким образом, большинство высказанных в статье народного депутата, доктора юридических наук, профессора З. Ромовской замечаний по проекту УК представляются малоубедительными, носят весьма спорный, подчас, надуманный, а иногда явно тенденциозный и откровенно предвзятый характер. Что же касается оценки законопроекта в целом, то, как нам представляется, рабочая группа Кабинета Министров подготовила не просто «новую редакцию преступлений и наказаний», а достаточно качественный проект действительно *нового* Уголовного кодекса Украины.

Список литературы: 1. Голос Украины. - 1998. - 24 нояб. - № 225. 2. Высокий замок. - 1998. - 18 дек. 3. Латинская юридическая фразеология/ Под ред. Б.С. Никифорова.- М., Юрид. лит., 1979.- 264 с.

До обговорення проекту нового КК України

М.И. Бажанов, д-р юрид. наук

НАКАЗАНИЕ В ПРОЕКТЕ УК УКРАИНЫ

Система наказаний и порядок их назначения получили подробную регламентацию в проекте кодекса. Статьи по этим вопросам помещены в гл. XI «Наказание и его виды» и гл. XII «Назначение наказания». Особенности применения наказаний к несовершеннолетним предусмотрены в специальной главе проекта.

Решая все эти вопросы, проект сохраняет преемственность оправдавших себя норм, внося в них лишь незначительные изменения, но в то же время вводит совершенно новые предписания, обу-

167

словленные современными реалиями жизни и имеющие свое обоснование в науке и практике или вызванные результатами сравнительного правоведения.

1. В отличие от действующего УК проект дает определение понятия наказания. В ст. 47 наказанием признается мера принуждения, применяемая от имени государства по приговору суда к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключающаяся в предусмотренных законом лишениях и ограничениях прав и свобод осужденного. Это достаточно простое определение, но оно включает в себя основные признаки наказания: а) это мера государственного принуждения, б) применяемая по приговору суда, в) к лицу, виновному в совершении преступления, и г) состоящая в предусмотренных законом лишениях свободы и ограничениях прав и свобод осужденного. Отсюда видно, что единственным основанием применения наказания является совершение лицом преступления, вина в котором установлена обвинительным приговором суда, выносимым от имени государства.

Иначе говоря, наказание исключено, оно невозможно, если нет преступления. Никакие иные поступки человека, хотя и противоправные или аморальные, не могут влечь за собой уголовного наказания. Необходимая связка преступления и наказания закреплена в этом определении. Далее, в нем вскрыта сама сущность наказания как кары за содеянное — она состоит в причинении осужденному предусмотренных законом лишений по ограничению его прав и свобод. Именно причинение определенных лишений (свободы, права занимать определенные должности) и

ограничения прав и свобод (свободы передвижения, беспрепятственного общения со своими близкими, причинение моральных страданий, ущемление имущественных интересов и др.) отражает главный признак наказания, без которого самого наказания не существует.

2. Четко определяет ст. 47 проекта и цели наказания, считая ими: а) кару, б) исправление осужденного, в) предупреждение совершения новых преступлений осужденным и г) предупреждение новых преступлений иными лицами. Что касается целей специального и общего предупреждения, то эти цели наказания, известные действующему УК, не требуют каких-либо пояснений. А вот цель кары впервые так четко обозначена проектом. Из ст. 22 действующего кодекса можно было лишь вывести такую цель, да и то путем толкования. Причем сторонников такого толкования было значительно меньше, чем тех, которые отрицали за наказанием цель кары. Про-

168

ект, как представляется, правильно ставит все на свое место. Цель кары заключается в том, что наказание применяется как оплата за совершенное преступление, как восстановление попорченной совершением преступления справедливости. Цель кары как воздаяние за зло ярко будет выступать при применении пожизненного заключения, длительных сроков лишения свободы и др. Тем самым кара как цель наказания найдет свое отражение в соответствующей мере возмездия за содеянное.

В ст. 22 действующего УК целью наказания объявляется перевоспитание осужденного. Это явный пережиток советского прошлого. Парадоксально, но указание на цель перевоспитания осужденных впервые появилось в Законе о судостроительстве СССР, союзных и автономных республик от 16 августа 1938 г., т.е. в самый разгар сталинских репрессий. Поставив такую цель перед наказанием, законодатель сформулировал еще один миф социалистической действительности. Эта цель затем перешла и в действующий УК. Но ставить перед наказанием да еще при нынешнем состоянии нашей пенитенциарной системы (как и в целом перед исполнительной системой наказаний) такую цель — значит создавать еще одну иллюзию о возможностях наказания как социального явления. Конечно, в отдельных случаях в результате наказания можно достичь и нравственного (морального) исправления. Но ставить это как цель наказания с точки зрения науки неосновательно. Поэтому проект УК и не говорит о перевоспитании. Другое дело — цель исправления осужденного, заключающаяся в том, что в результате применения наказания осужденный вновь не совершит нового преступления. Это так называемое юридическое исправление, понятие которого многие связывают с именем Карла Грольмана, выступившего в начале XIX в. против теории психологического принуждения Ансельма Фейербаха (5, с. 65; 7, с. 1170). Такую цель можно ставить перед наказанием, и она, как показывает практика, в основном достижима. И хотя рецидив все еще достаточно велик, большинство отбывших наказание и условно-досрочно освобожденных от него вновь преступлений не совершают.

3. Значительные изменения предлагаются проектом УК по видам наказаний, т.е. по их системе. Прежде всего сама “лестница” наказаний в ст. 48 проекта строится в обратном порядке по сравнению со ст. 23 действующего УК — от менее тяжелых видов наказаний к более тяжелым. Эти наказания следующие: штраф; лишение воинского специального звания, ранга, чина, квалифицированного класса;

169

лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; исправительные работы; ограничение по службе для военнослужащего; конфискация имущества; арест; ограничение свободы; содержание военнослужащих в дисциплинарном батальоне; лишение свободы на определенный срок; пожизненное лишение свободы.

Отсюда видно, что введены новые виды наказаний: арест, ограничение свободы и ограничение по службе для военнослужащего. Последнее представляет собой нечто иное, как исправительные работы для военнослужащих (кроме военнослужащих срочной службы). Введение этого вида наказания вызвано тем, что исправительные работы в их чистом виде к военнослужащим не применяются и возможности индивидуализации наказания к этой категории осужденных резко суживается, сводятся по существу к лишению свободы. Возможности военных судов оказываются ограниченными по сравнению с судами общей юстиции. Введение рассматриваемого наказания устраняет эту несообразность действующего УК.

4. Проект отказывается от смертной казни. Можно много спорить о целесообразности такой отмены. Споры о допустимости смертной казни ведутся издавна, особенно в последние 150 лет. Наш соотечественник А.Ф. Кистяковский, работавший в Киеве, еще в 1867 г. резко выступил против смертной казни, посвятив этому обстоятельству монографию (3). У него было немало противников. Не утихают эти споры и до сего дня (6). Многолетнее применение этой меры наказания, особенно в годы советской власти, сделало в сознании людей смертную казнь неотъемлемой принадлежностью карательной системы. Однако вся Европа отказалась от этого наказания. Вступление в Совет Европы обязывает Украину отменить смертную казнь, установив прежде возможный мораторий на ее исполнение. Такой мораторий практически уже существует с 1997 г. Проект делает еще один шаг, полностью отказываясь от этого наказания, заменяя его пожизненным лишением свободы.

5. В связи с этим остановимся на положениях проекта УК, регулирующих наказание в виде лишения свободы. Предложенные здесь изменения установлены ст. 59 и 60 проекта и сводятся к следующему:

а) лишение свободы устанавливается на срок от одного года до десяти лет, а в случаях, предусмотренных в санкциях статей Особенной части УК, — до пятнадцати лет. Для несовершеннолетних максимальный срок лишения свободы не может быть более десяти

170

лет. (ст. 96 проекта);

б) при совокупности приговоров, если хотя бы одно из преступлений является особо тяжким, максимум лишения свободы повышен проектом до двадцать пять лет (ст. 67);

в) вопрос о режиме лишения свободы выведен из компетенции суда и будет решаться в порядке, установленном уголовно-исполнительным кодексом;

г) при пожизненном лишении свободы вводится условно-досрочное освобождение по отбытии осужденным не менее двадцати пяти лет этого наказания.

6. Итак, проект повышает минимум лишения свободы по сравнению с действующим УК (вместо трех месяцев — один год). Тем самым сделана решительная попытка отказаться от краткосрочного лишения свободы, которым считается осуждение к этому наказанию на срок до одного года. Проблема краткосрочного лишения свободы не нова. Она впервые была поставлена еще в 80-тые годы прошлого столетия. Так,

Энрико Ферри уже в первом издании своей Уголовной социологии резко выступил против краткосрочного лишения свободы, предлагая заменить его условным осуждением с обязательным возмещением причиненных подсудимым убытков (9, с. 562, 568). Представители социологической школы неоднократно обращались к этому вопросу, предлагая заменять его домашним арестом, поручительством, исправительными работами, осуждением с испытанием. Достаточно здесь сказать, что проблема краткосрочного лишения свободы и его субститативов обсуждалась на Брюссельском конгрессе Международного союза криминалистов (1889 г.), на конгрессах в Берне (1890 г.), Антверпене (1894 г.), Будапеште (1905 г.), Вашингтоне (1910 г.) (4, с. 157, 158, 186, 327). За ограничение краткосрочного лишения свободы высказывались и многие советские криминалисты (2, с. 100). Проблема эта имеет и сейчас большое практическое значение, так как во многих санкциях статей действующего УК предусмотрена возможность лишения свободы на срок до одного года. Его применяют нередко и в порядке ст. 44 УК. По выборочным данным краткие сроки в числе приговоров к лишению свободы колеблются в пределах от 20 до 50%. Однако краткосрочное лишение свободы имеет существенные недостатки:

а) значительный рецидив среди лиц, отбывших такое наказание (около 40%, причем 2/3 — это рецидив в течение первого года после освобождения); б) исправительное воздействие на таких осужденных здесь крайне ограничено; в) фактическое пребывание лица

171

в колониях значительно меньше срока, указанного в приговоре, ввиду зачета предварительного заключения, времени затраченного на этапирование к месту отбывания наказания; г) ввиду краткости срока незначительно карательное воздействие такого наказания; д) отрицательное воздействие на краткосрочников со стороны преступной среды остальных осужденных; е) даже кратковременный отрыв осужденных от привычной микросреды — семьи, коллектива, места жительства — отрицательно сказывается на их исправлении.

Эти и некоторые другие недостатки приводят исследователей к выводам, направленным на устранение отрицательных последствий краткосрочного лишения свободы. Признавая, в принципе, что лишение свободы на краткие сроки вообще может быть исключено, так как встречаются случаи, когда такое наказание имеет и частнопредупредительный, и карательный эффект, законодатель предлагает: а) установить минимум лишения свободы в один год; б) содержать таких лиц не в общих местах лишения свободы, а в специальных исправительных учреждениях с усиленным режимом, обеспечивая тем самым большее карательное воздействие; в) ввести новые виды наказаний — арест, ограничение свободы; г) шире предусмотреть в санкциях статей УК лишение свободы на небольшие сроки в альтернативе с другими, более мягкими наказаниями; д) использовать в санкциях наказания, вообще не связанные с лишением свободы.

Тщательное изучение этих предложений привело составителей проекта УК к необходимости: а) установить минимум лишения свободы в один год и тем самым исключить возможность осуждения ниже этого срока; б) вместо краткосрочного лишения свободы ввести наказание в виде ареста на срок от одного до шести месяцев; в) стремясь к тому, чтобы лишение свободы за преступления небольшой тяжести (ими в ст. 13 Проекта признаются умышленные преступления, за которые по закону предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не более двух лет или более

мягкое наказание, а также неосторожные преступления, за которые законом предусмотрено наказание не более трех лет лишения свободы или более мягкое наказание) назначалось как можно меньше, проект предусматривает в санкциях в альтернативе другие наказания, причем более мягкие — ограничение свободы, штраф. Назначение в этих случаях лишения свободы даже на срок свыше одного года возможно только при мотивировке, приведенной судом в приговоре, показывающей, почему суд исключил здесь применение иного наказания, не связанного с

172

лишением свободы.

7. Большое значение в качестве субстатива (заменителя) лишения свободы будет играть вводимое Проектом ограничение свободы. Согласно ст. 57 оно назначается от одного года до пяти лет и состоит в содержании лица в уголовно-исправительных учреждениях открытого типа без изоляции от общества в условиях осуществления надзора с обязательным привлечением осужденного к труду. Эти учреждения “полу-свободы” призваны заменить колонии-поселения для лиц, совершивших умышленные и неосторожные преступления, назначаемые в соответствии со ст. 25 действующего УК, при сохранении некоторых элементов ныне приостановленного условного осуждения с обязательным привлечением к труду. По Проекту ограничение свободы может назначаться, когда оно прямо предусмотрено в санкции соответствующей статьи или в порядке, предусмотренном в ст. 44 действующего УК.

8. Максимальный срок лишения свободы Проектом не изменен по сравнению с действующим законодательством. Он равен десяти, а в случаях, предусмотренных законом, — пятнадцати годам. Эти достаточно длительные сроки лишения свободы корректируются возможностью условно-досрочного освобождения, не знающего по Проекту никаких запретов, установленных в ст. 52¹ действующего УК.

Пожизненное лишение свободы в силу ст. 60 Проекта может быть назначено только за различные виды умышленных убийств при отягчающих обстоятельствах (те случаи, которые сейчас могут влечь за собой применение смертной казни). Запрещается применение пожизненного лишения свободы к женщинам, несовершеннолетним, а также к мужчинам, достигшим 65-ти лет. Пожизненное лишение свободы не бесперспективно. На основании ст. 77 Проекта к такому осужденному может быть применено условно-досрочное освобождение по отбытии им не менее двадцати пяти лет срока наказания, если судом будет признано, что осужденный не требует дальнейшего отбывания пожизненного лишения свободы.

9. В регулировании лишения свободы Проект вносит еще некоторые новации. Он отказывается от такого его вида, как заключение в тюрьме. Проект передает решение вопроса о виде режима лишения свободы из ведения суда в компетенцию администрации места лишения свободы.

Известно, что определение режима лишения свободы по действующему праву является исключительной прерогативой суда.

173

Так, ст. 25 УК устанавливает, что именно суд соответствующим категориям осужденных определяет для отбывания наказания колонии-поселения, колонии общего усиленного, строгого и особого режима. Но такой подход не учитывает в достаточной мере личность виновного, степень его социальной запущенности, глубину антисоциальных установок, стереотип преступного поведения и другие особенности, характеризующие осужденного. Сделать это в ходе судебного разбирательства

невозможно. В результате осужденные различной степени общественной опасности и антисоциальной направленности содержатся в одной и той же колонии, что, естественно, не способствует достижению целей наказания. Действующий закон устанавливает, что, в принципе, осужденный должен отбывать наказание в колонии одного и того же вида режима. Отсутствие так называемой прогрессивной системы отбывания наказания не создает у осужденных стимула к исправлению. Опыт многих стран свидетельствует, что для изучения личности осужденного требуется определенное время, с тем чтобы избрать затем оптимальный вариант режима отбывания наказания. Во многих странах принята прогрессивная система (иногда ее называют марочной), сущность которой заключается в том, что в зависимости от поведения осужденного улучшаются, или, напротив, ухудшаются условия его содержания, связанные в ряде случаев с изменениями режима. В Украине предполагается провести серьезную реформу пенитенциарной системы, которая должна быть передана в подчинение Министерства юстиции. В будущем Уголовно-исполнительном Кодексе предполагается установить, что прежде чем определить вид режима лишения свободы, осужденные должны будут пройти так сказать предварительный отбор, когда в течение определенного периода (например, шесть месяцев), его личность будет изучаться специалистами разного профиля (психологи, медики, педагоги) и лишь после этого на основании их заключения будет решаться вопрос о виде режима, на котором должен отбывать наказание осужденный. При этом должна быть внедрена прогрессивная система отбывания лишения свободы. При такой системе отбывания наказания в большей мере появятся стимулы к исправлению лица и обоснованности применения к нему уголовно-досрочного освобождения. Чтобы устранить усмотрение администрации мест лишения свободы, все эти вопросы могут решаться с участием представителей наблюдательной комиссии и министерства юстиции.

10. Наконец, еще об одном наказании — конфискации иму-

174

щества. В последнее время все чаще высказываются за ее отмену. Вопрос этот не нашел единодушного решения в рабочей комиссии по составлению Проекта. Поэтому в ст. 48, где указано на конфискацию как на вид наказания, предлагается и вариант об ее исключении из Кодекса. Основные аргументы в пользу этого решения сводятся к следующим: а) конфискацию имущества как вида наказания не знает цивилизованное уголовное право. Во Франции, например, она была отменена после Великой французской революции в 1790 г., в Пруссии, как в одном из влиятельных государств Германии до ее объединения, после революции 1848 г., а именно в 1850 г. (10, с. 253); б) это наказание свойственно феодальному праву и праву тоталитарных государств; в) носит чисто фискальный характер; г) безосновательно ущемляет право частной собственности; д) существенно затрагивает имущественные, да и личные права членов семьи осужденного, безвинно страдающих в этом случае. Не устанавливая конфискации имущества как вида наказания, абсолютно все страны в своих законах предусматривают обязательную конфискацию имущества, добытого преступным путем. Почти везде, в особенности после принятия в 1995 г. Международной конвенции об ответственности за отмывание средств, полученных преступным путем, введены специальные составы преступлений с достаточно суровыми санкциями за совершение указанных действий. В Проекте в ст. 193 также установлена наказуемость за

легализацию (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенного незаконным путем.

Именно эти соображения дают основание ставить вопрос об отказе от конфискации имущества как вида наказания. Если же она будет все же сохранена, то по крайней мере ее указание в санкциях статей следует резко сократить. В последнее время, однако, наблюдается противоположная тенденция. В УК то и дело вводятся санкции с этим видом наказания, причем за преступления, не являющиеся тяжкими (см. напр. ч. 2 ст. 148⁴, ч. 1 ст. 149, ч. 1 ст. 154, ч. 2 ст. 155³, ч. 1 ст. 155, ч. 1 ст. 155⁷, ч. 2 ст. 156²). В указанных статьях максимальная санкция до трех, а то и до двух лет лишения свободы. Иногда закон допускает конфискацию даже в соединении с исправительными работами. Эта тенденция в законодательстве представляется необоснованной. Во всех таких случаях достаточно дополнительного наказания в виде штрафа, размеры которого могут быть установлены в зависимости от тяжести преступления.

Следует отметить, что Проект сохраняет так называемую социальную конфискацию, не являющуюся, как известно, уголовным

175

наказанием. Речь идет о конфискации орудий и средств совершения преступления, используемых виновным (например, изъятии орудий лова при браконьерстве, средств незаконной охоты и др.).

11. Назначению наказания Проект посвящает самостоятельную главу. Сохраняя положения действующего УК об общих началах назначения наказания, смягчающих и отягчающих обстоятельствах назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено законом, Проект вносит в них лишь незначительные изменения и дополнения. Из них отметим следующие:

а) в ст. 62 и 63, где даны перечни смягчающих и отягчающих обстоятельств, имеется указание на то, что, если какое-либо из них предусмотрено в статье Особенной части в качестве признака преступления, влияющего на его квалификацию, суд не может еще раз учесть его при назначении наказания. Это положение давно выработано теорией и практикой, и его закрепление в законе вполне обоснованно, так как является конкретным выражением принципа *non bis in idem*;

б) по сравнению с действующим УК расширен перечень отягчающих обстоятельств, хотя он остается по-прежнему исчерпывающим. Так, к отягчающим обстоятельствам впервые отнесено совершение преступления на почве расовой, национальной или религиозной вражды или розни, в связи с выполнением потерпевшим служебного или общественного долга, совершение преступления преступной организацией;

в) назначение наказания за неоконченное преступление и при соучастии выделено в отдельную 64 статью Проекта;

г) в ст. 65 назначение наказания ниже низшего предела санкции или переход к другому, более мягкому виду наказания допускается Проектом лишь при совершении преступлений средней тяжести, тяжких и особо тяжких. Это объясняется тем, что за преступления небольшой тяжести в статье Особенной части устанавливается наряду с лишением свободы до двух лет (за неосторожные преступления — до трех лет) и другие, более мягкие наказания, почему суд и может их назначить осужденному;

д) предусмотрена возможность по основаниям, указанным в ст. 65 Проекта, освобождения лица от дополнительного наказания, если оно указано в санкции статьи в

качестве обязательного. Это положение, как известно, давно уже установилось в нашей практике, хотя действующим правом прямо и неурегулировано.

12. Существенные изменения и дополнения вносит Проект в

176

назначение наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров. Многие из имеющихся здесь пробелов в действующем УК восполняются теорией и практикой в ряде случаев путем достаточно сложного толкования.

Остановимся прежде всего на назначении наказания по совокупности преступлений, отметив здесь следующие положения:

а) как и действующая ст. 42 УК, Проект требует назначения наказания за каждое из преступлений, входящих в совокупность, однако, прямо указывает, что это не только относится к основным, но и к дополнительным наказаниям (ч. 1 ст. 66). Тем самым устраняются неясности ч. 2 ст. 42 УК, применение которой на практике в указанном смысле требовало специального обоснования;

б) сохраняя при назначении наказания по совокупности принцип поглощения менее строгого наказания более строгим и принцип полного или частичного сложения наказаний, Проект иначе определяет пределы такого сложения. Он подходит здесь дифференцированно в зависимости от тяжести входящих в совокупность преступлений. Если эти преступления не являются умышленными тяжкими или особо тяжкими, то предел сложения определяется (как и в действующей ст. 42 УК) максимумом санкции статьи, предусматривающей наиболее строгое наказание за входящие в совокупность преступления. В соответствии со ст. 12 Проекта тяжкими являются умышленные преступления, за которые в законе установлено наказание свыше пяти лет, но не более десяти лет лишения свободы, а особо тяжкими — те преступления, которые по закону наказываются на срок свыше десяти лет. Если хотя бы одно из преступлений, входящих в совокупность, относится к умышленным тяжким или является особо тяжким, предел сложения наказаний становится иным. Им является максимум данного вида наказания, указанный в Общей части. Таким образом, в этом случае суд при сложении наказаний может выйти за пределы санкции статьи, предусматривающей более строгое наказание. Он лишь связан пределами максимума наказания данного вида. А так как практически в этих ситуациях речь может идти о лишении свободы, то его максимумом является пятнадцать лет (ст. 59 Проекта). Следует отметить, что предложения о таком пределе сложения не раз вносились в научных публикациях.

Если хотя бы за одно из преступлений назначено пожизненное лишение свободы, оно поглощает все иные наказания, назначенные за преступления, входящие в совокупность (ст. 66);

в) Проект сохраняет норму, содержащуюся в ч. 3 ст. 42 дей-

177

ствующего УК, о назначении наказания по совокупности в тех случаях, когда после вынесения приговора по делу будет установлено, что осужденных виновен еще и в преступлении, совершенном до внесения приговора по первому делу;

г) применение дополнительных наказаний определяется такими предписаниями: они присоединяются к основному наказанию, назначенному по совокупности преступлений; если они одного и того же вида, то назначаются путем поглощения менее строго наказания более строгим или путем полного либо частичного сложения в пределах, указанных в ст. 66; если они разнovidны, то присоединяются к основному наказанию и исполняются самостоятельно.

14. Назначение наказания по совокупности приговоров согласно ст. 67 Проекта подчиняется следующим правилам:

а) наказание назначается по принципу сложения: к наказанию, назначенному за новое преступление, присоединяется полностью или частично неотбытая часть наказания по первому приговору;

б) пределом сложения является максимум данного вида наказания;

в) если хотя бы одно из преступлений является особо тяжким, предел сложения наказания повышается и составляет двадцать пять лет лишения свободы;

г) при назначении хотя бы за одно из преступлений пожизненного лишения свободы поглощаются все иные наказания;

д) дополнительные наказания подлежат присоединению к окончательно назначенному основному наказанию;

е) в ч. 5 ст. 67 установлен порядок назначения наказания по совокупности приговоров, когда лицом в течение неотбытого срока наказания совершено не одно, и два и более преступлений. Здесь имеет место сочетание совокупности преступлений и совокупности приговоров, и Проект решает данную ситуацию на основе рекомендаций, которые имеются в теории и разделяются практикой (1, с. 43). Суд обязан назначить наказание за вновь совершенные преступления, по правилам, обозначенным в ст. 66, т.е. по совокупности преступлений, в затем к окончательно наказанию присоединяют полностью или частично неотбытую часть наказания по первому приговору, руководствуясь уже правилами, изложенными в ст. 67 Проекта.

15. Для четкого решения вопросов, возникающих при сложении по совокупности преступлений и приговоров наказаний разных видов, Проект в ст. 68 устанавливает специальные предписания:

а) одному дню лишения свободы соответствует один день

178

дисциплинарного батальона и один день ареста; два дня ограничения свободы; три дня исправительных работ или ограничения по службе для военнослужащего;

б) при сложении приговоров к исправительным работам или ограничению по службе для военнослужащих сложению подлежат лишь сроки этих наказаний; удержания из заработка исполняются применительно к каждому приговору самостоятельно;

в) основные наказания в виде штрафа и лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью исполняются самостоятельно. Иногда эту ситуацию считают еще одним принципом назначения наказания по совокупности, принципов самостоятельного назначения и исполнения наказаний (8, с. 91);

г) дополнительные наказания разных видов исполняются самостоятельно.

Как видно из изложенного, нормы Проекта УК о назначении наказания представляют собой целостную систему, дающую возможность индивидуализировать наказание в соответствии с тяжестью преступления и особенностями личности осужденного. Устраняя пробелы действующего права, эти нормы составят ту юридическую базу, которая во многом будет определять карательную практику.

Список литературы: 1. Бажанов М.И. Назначение наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров. - Харьков: Харьк. юрид. ин-т, 1977. 2.

Карпец И.И. Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы. - М.: Юрид. лит., 1973. 3. Кистяковский А.Ф. Исследование смертной казни. - К.: Изд. / Под ред. П. Пантелеева, 1986. 4. Люблинский П.И. Международные съезды по вопросам уголовного права. - Петроград: Сенат. типограф., 1915. 5. Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права. - М.: Изд. А.А. Карцева, 1912. 6. Смертная казнь: за и против: Сборник / Под ред. С.Г. Келиной / Сост. О.Ф. Шишов, Т.С. Парфенова. - М.: Юрид. лит., 1989. 7. Таганцев Н.С. Лекции по русскому уголовному праву: Часть Общая. - Вып. III. - СПб., 1890. 8. Тютюгин В.И. Лишение права занимать определенные должности как вид наказания. - Харьков: Вища школа, 1982. 9. Ферри Э. Уголовная социология. - М.: Изд. В.М. Саблина, 1908. 10. Шаргородский М.Д. Наказание по уголовному праву эксплуататорского государства. - М.: Госюриздат, 1957.

ПОНЯТИЕ И ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ПРЕСТУПНОСТИ

Издавна в преступном мире многих стран рельефно обнаружили себя лица, которые многократно совершали кражи, мошенничество и иные корыстные преступления, достигая при этом известной ловкости и мастерства (1, с. 8-12). Они при этом проявляли упорство и нежелание отказываться от такого поведения, так как оно было для них источником средств к существованию. Опираясь на свой многолетний криминальный опыт, ими строился расчет на собственную безнаказанность. Таких людей называли то привычными и упорными, то хроническими и неисправными преступниками. В криминологической литературе к концу XIX в. закрепился для их обозначения термин “профессиональные преступники”. Естественно, этот термин условен. Его применение можно объяснять тем, что устойчивое преступное поведение внешне сходно в любой иной профессиональной работой.

Под профессией, как известно, в соответствии с общепринятым употреблением этого слова подразумевается вид трудовой деятельности, требующей определенной подготовки и приносящий материальный доход. Профессионал в любой отрасли деятельности достигает определенных необходимых навыков и умений в своей работе, благодаря чему и выделяется из числа других работников. Такое поверхностное сходство присуще и криминальному профессионалу. Он в течение ряда лет овладевает преступными навыками, осваивает тот или иной способ совершения преступлений, которые приносят ему материальное обогащение, а подчас и жизненное удовлетворение. Но если в социальном аспекте профессия означает полезное и официально разрешенное занятие, то профессия преступника, занимающегося криминальным промыслом, лишена общественной полезности; она имеет негативный, противозаконный характер.

В России в XIX в. начали выделяться среди криминальных профессионалов в значительном числе группы уличных преступников (“шпана”), карманные воры (“марвихеры”, “ерши”), взломщики сейфов (“шнифферы”, “медвежатники”), мошенники (“фармазонци-ки”), грабители (“громилы”) и т.п. В бытность СССР (20-е

годы) в условиях экономической разрухи и социальной нестабильности профессиональная преступность получила дальнейший размах, пополнилась новыми разновидностями, зачастую носящими насильственную окраску. В среде рецидивистов начали складываться группировки “воров в законе”. Названный контингент характеризовался беспрекословным соблюдением преступных (воровских) правил поведения, установлением в местах лишения свободы своей полной власти, демонстративным уклонением от полезной трудовой деятельности, безоговорочным признанием кастовых “законов” и “блатных” санкций и т.п. Эти люди подчеркивали свое особое положение среди преступников, претендуя на роль лидеров. Они представляют собой наиболее деградированную часть преступного мира, если так можно выразиться, его преступное дно.

180

В 30-е годы советские правоохранительные органы добились некоторых успехов в борьбе с профессиональной преступностью. Но удар по ней был нанесен всего лишь силой голой репрессии, что не могло окончательно решить данную сложную проблему. Но тем не менее названный поверхностный факт послужил основанием для голословных заявлений о том, что с профессиональной преступностью в СССР якобы покончено. Это был один из очередных пропагандистских мифов о преимуществах социализма. Даже был передан забвению сам термин “профессиональная преступность”. Ее исследования были свернуты и не проводились вплоть до 70-х годов. Однако профессиональная преступность фактически оставалась, существовала все эти годы и есть в настоящее время в странах СНГ, в том числе и в Украине, конечно, в обновленном виде и с учетом современных социально-экономических реалий.

Следует предварительно отметить, что профессиональную преступность нельзя смешивать ни с повторной, ни с рецидивной преступностью. Криминальный профессионал, ведущий долгое время преступный образ жизни, может не иметь судимостей. И далеко не каждый даже многократный рецидивист становится профессиональным преступником.

Следует предварительно отметить, что профессиональную преступность нельзя смешивать ни с повторной, ни с рецидивной преступностью. Криминальный профессионал, ведущий долгое время преступный образ жизни, может не иметь судимостей. И далеко не каждый даже многократный рецидивист становится профессиональным преступником.

Профессиональная преступность имеет следующие отличительные признаки:

1. Она носит постоянный и устойчивый характер. Профессиональные преступники на протяжении длительного времени многократно совершают преступления. Это вырабатывает у них определенную привычку, которая перерастает в норму обычного поведения. В их среде имеется значительное число лиц, систематически совершающих преступления в виде промысла, но не привлеченных к уголовной ответственности. Они, бывает, изобличаются по прошествии

181

ряда лет, но, отбыв наказание, вновь возвращаются к прошлому занятию. Криминальный профессионализм представляет собой разновидность сознательно продуманного и во всех деталях заранее подготовленного социального паразитизма.

2. Профессиональным преступникам присуща соответствующая специализация. Это признак проявляется в том, что у каждого из них имеется четкая установка на определенный вид преступных занятий — на совершение одинаковых либо однородных преступлений. Преступный контингент многообразен. Одни занимаются квартирными кражами, другие — хищением автомобилей, третьи — контрабандой и реализацией наркотиков, четвертые — мошенничеством и т.д.

Современный криминальный профессионализм обнаруживает тенденции к разносторонности и универсальности преступных действий, когда тот или иной

преступник имеет не одну “специализацию”, а переквалифицируется еще и на другую, осваивает дополнительный вид преступных занятий. Например, карманный вор, он же игрок в карты; рэкетир в необходимых случаях может быть киллером; вор-домушник — одновременно грабитель или разбойник. Такое обстоятельство придает современной профессиональной преступности повышенный экстремизм и жестокость.

Становление преступников-профессионалов происходит под влиянием опытных организаторов преступлений, но особенно зловещую роль в их формировании играют преступные группы, находящиеся в местах лишения свободы. Именно тут в значительной мере формируется преступный мир, происходит консолидация и специализация преступников. (Бывает, что в их среду втягиваются и работники исправительно-трудовых учреждений). В условиях свободы они быстро находят друг друга, создают преступные группировки по “интересам” со своей иерархией, подчиненностью и дисциплиной.

3. Занятие профессиональной преступной деятельностью предполагает наличие у ее субъектов соответствующей криминальной “квалификации”, т.е. необходимых знаний, навыков и умений, обеспечивающих подготовку, совершение и сокрытие осуществляемых преступлений. С их помощью обеспечивается уверенное достижение цели при наименьшем риске быть разоблаченным.

Криминальная “квалификация” отрабатывается на личном опыте, а также в процессе постоянного общения с профессионалами, имеющими большой преступный стаж. В конечном итоге названные навыки, знания и умение доводятся буквально до автоматизма. Такие

182

лица становятся профессионалами своего дела. Иногда они используют в качестве соучастников людей, имеющих практические некриминальные знания и опыт, а иногда и научные познания. Ведь отдельные виды преступлений вообще не могут быть совершены без использования специальных приемов.

Криминальные профессионалы имеют на своем вооружении соответствующий преступный инструментарий: универсальный набор ключей, специально разработанные отмычки, которые, в отличие от прежних “фомок”, более эффективны; сконструированные особым способом электродрели; приспособления для взлома и выбивания дверей и дверных коробок; крапленые карты; станки для изготовления различных фальсифицированных документов, бланков, печатей и т.п.

4. Профессиональные преступные занятия для их участников являются источником добычи средств к существованию. Совершаемые ими преступления преследуют цель извлечения основного либо существенного дополнительного дохода в виде денег или материальных ценностей.

Как показывает практика, противоправный доход профессиональных преступников в наши дни значителен. Его месячные суммы у отдельных из них колеблются в пределах от сотен до нескольких тысяч гривен. Наиболее “преуспевающие” криминальные авторитеты за год-два сколачивают значительные доходы. В этой связи можно сделать вывод, что интересующий нас контингент преступников осуществляет преступный промысел, направленный не только на обеспечение повседневного существования, но и на скопление первичного капитала.

Преступники-профессионалы вынуждены скрывать свою антиобщественную деятельность от посторонних лиц и, маскируясь под законопослушных граждан, создавать видимость трудовой деятельности: устраиваться на временную работу, на

работу с неполным рабочим днем (сторож, подсобный рабочий и т.п.), на иные должности, не требующие больших затрат времени. Идут они и на иные ухищрения (к примеру, симулируют какое-либо заболевание, дающее право на оформление инвалидности).

Типичный профессионал вообще официальную работу считает занятием зазорным. Он использует ее в качестве прикрытия. Собственно, этот вопрос в условиях рыночной системы, распространения частно-коммерческой деятельности, безработицы зачастую вообще снимается. Некоторые из профессионалов бывает, находятся на

183

нелегальном положении и “гастролируют” по регионам страны и ближнего зарубежья, совершая преступления.

5. Для преступников-профессионалов характерно стремление поддерживать связи с антисоциальной средой, близкой к его собственной ориентации и установкам. Наиболее прочные контакты они устанавливают преимущественно с преступниками одной и той же специализации, примером чему может служить то, что при распределении вновь прибывших осужденных в исправительно-трудовые учреждения по производственным бригадам многие из них, как правило, пытаются попасть в те бригады, где содержатся лица, отбывающие наказания за аналогичные преступления.

Систематическое ведение антиобщественного образа жизни вызывает у лица естественную психологическую потребность в повседневном общении со своими криминальными единомышленниками. Они практикуют проведение совместных сборищ (“сходки”, “правилки”, “разборки”), на которых решают вопросы, представляющие общий интерес (например, организация совместных действий, так как ряд преступных посягательств предполагает групповой способ их совершения), либо утрясают конфликтные ситуации между собой.

6. В среде профессиональных преступников установлена специфическая субкультура — присущие только им традиции, обычаи, различные неформальные нормы поведения, которые не соответствуют принятым в обществе нормам. Криминальная субкультура играет существенную роль в установлении, поддержании и воспроизводстве профессиональной преступности. Действие многих таких норм распространяется на все регионы страны, другие имеют внутригрупповое применение, некоторые зависят от места их действия (в местах лишения свободы или “на свободе”), от вида криминального поведения, национального состава преступных группировок.

В преступном мире распространен свой жаргон. Лица, длительное время ведущие преступный промысел, имеют клички, предназначенные для сокрытия имен и фамилий в целях обеспечения конспирации. Они остаются за преступниками даже и тогда, когда они изменили свою фамилию и перешли на нелегальное положение.

Преступные кланы располагают общими денежными фондами (“общаками”), порядок накопления которых хорошо отработан. Они состоят из взносов (“долянка”, “лавешки”) от традиционного преступного промысла, средств от наркобизнеса, поступлений от

184

азартных игр в казино и игорных домах, от доходов финансово-коммерческих структур, взятых под контроль преступных группировок и т.п. Часть “общаковых” денег направляется на оказание помощи арестованным и осужденным членам таких группировок, их семьям; определенные суммы вкладываются в нелегальный и

легальный (на подставных лиц) бизнес, расходуется на подкуп нужных должностных лиц.

Для полного определения профессиональной преступности приведем еще три характерных момента. Во-первых, она своими корнями уходит в общеуголовную корыстную и корыстно-насильственную преступность. Ее нынешний рост, низкая раскрываемость и высокий уровень латентности ускоряет, генерирует криминальный профессионализм. Во-вторых, некоторые исследователи отмечают взаимопроникновение профессиональной и организованной преступности, их взаимодетерминацию (5, с. 624; 6, с. 11-15). В-третьих, профессиональная преступность, полагаем, есть не преступное поведение, а преступная деятельность (2, с. 94-98).

Учитывая выше приведенные признаки профессиональной преступности, определение ее понятия можно сформулировать так. *Профессиональная преступность — это относительно самостоятельный вид устойчивой, систематической преступной деятельности, субъекты которой, обладая соответствующими специальными преступными навыками, знаниями и умениями, занимаются криминальным промыслом по извлечению основного или дополнительного источников доходов, поддерживая при этом связь с антиобщественной средой, близкой к их собственным ориентациям, установкам и субкультуре.*

В криминологической литературе дискутируется вопрос: есть ли основания признавать профессиональными преступниками лиц, которые постоянно, длительное время занимая определенные должности на предприятиях, в организациях и учреждениях, в процессе исполнения своих непосредственных обязанностей и трудовых функций злоупотребляли ими, неоднократно совершая преступления по месту работы. Есть ли профессионалы-расхитители, профессионалы-взяточники, профессионалы-несуны (систематически похищающие материальные ценности на производстве) и т.д.? Нам представляется, в подобных случаях речь может идти о “беловоротничковой” преступности, о дисфункции социальных институтов и хозяйственно-управленческих звеньев, а не о профессиональной преступности, потому что дисфункциональное и коррупционное поведение не создают

185

психологической и социальной отчужденности от общества, характерной для преступников-профессионалов с их специфической криминальной специализацией и квалификацией, специфической антисоциальной средой, субкультурой и т.п. (3, с. 194; 4, с. 280).

Традиционными проявлениями профессиональной преступности являются карманные и квартирные кражи, мошенничество, фальшивомонетничество, контрабанда, грабежи и разбои. В последние годы она пополнилась новыми формами: хищение предметов культуры и искусства; преступность в сфере наркобизнеса, нелегального изготовления и сбыта спиртных напитков; кражи автомобилей; вымогательство (рэкет); кража денег и ценностей из сейфов и помещений с электронной системой охраны; убийство по найму (киллерство); хищение грузов из подвижного состава железнодорожного транспорта; хищение и продажа оружия (взрывчатых веществ). Возросла преступность и в сфере так называемых криминальных услуг, содействующая профессионалам (скупка и сбыт краденого, наводчики, информаторы, содержатели притонов (“малин”) и т.п. В условиях

економическої і соціальної нестабільності кримінологами-аналітиками відзначається, к сожаленню, дальнєша професіоналізація преступности в стране.

Офіціальна уголовно-правова статистика, як в бытність існування ССРСР, так і в наші часи в Україні, не містить повних, непосредственных сведений о преступлениях кримінальних професіоналів і об їх особистості. Оцінки кількісно-якісних статистических показателів професіональної преступности в значительній мірі мають відносительний характер. Кримінологічне описання інтересуючого нас масива преступности стає можливим благодя інтерпретації існуючих статистических даних о тех корыстных і корыстно-насильственных преступлениях в цілому і особливо тих із них, котрі, як правило, совершають професіональні преступники: карманні і квартирні крадіжки, шахрайство, вимагательство, незаконний оборот наркотиків, похищення автомобілів і т.д.

Список літератури: 1. Гуров А.І. Професіональна преступность: Прошлое и современность. - М.: Юрид. лит., 1990. 2. Даньшин І. Лисодєд О. До питання про поняття злочинної діяльності // Вісн. Акад. правових наук України. - Харків, 1998. - № 3 (14). 3. Зелінський А.Ф. Кримінологія. - Харків: Прапор, 1996 4. Кар-пєц І.І. Преступность: иллюзии и реальность. - М.: Юрид. лит., 1992. 5. Кримінологія: Учебник / Под ред. Долговой А.І. - М.: Норма, 1997. 6. Максимов А. Российская преступность. - М.: Экспресс, 1998.

ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИННОСТІ У МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

На 1 квітня 1997 р. в Україні діяло 169 виправних закладів на 220 тис. осіб. У 32-х слідчих ізоляторах у 1997 р. утримувалося понад 43 тис. чол. (2). Отже, у місцях позбавлення волі в специфічних умовах утримання і людських стосунків перебуває значна чисельність суспільно небезпечного контингенту, що обумовлює своєрідність злочинності і цієї сфери.

Тривалий час про злочинність у місцях позбавлення волі було мало що відомо, бо відомості про це не підлягали розголошенню. Наукові дослідження, які проводились ученими, були, як правило, спрямовані на вдосконалення виправно-трудоного законодавства, форм і методів виховного впливу на засуджених. Тому поняття і зміст злочинності у таких місцях у спеціальній літературі майже не розглядалися.

У зарубіжній літературі, головним чином російській, у тому числі і в підручниках з кримінології, що вийшли з друку після 1995 р., вказана злочинність, по-перше, називається по-різному: то, як пенітенціарна (від латинського — покаєнний, виправний), то, як “карна”, тобто пов’язана з покаранням, карою, то, як просто злочинність у місцях позбавлення волі. По-друге, зміст поняття такої злочинності або не розкривається, або ж констатується факт, що вона є частиною рецидивної злочинності, яка вчиняється у пенітенціарних установах, місцях позбавлення волі (4, с. 421; 5, с. 647). Деякі автори визначають поняття “карної” злочинності як

загальносоціального, регресивного, невиразного явища у сфері покарання, яке проявляється у масі повторних злочинів (6, с. 190).

Але злочинність у місцях позбавлення волі може вкладатися і із злочинів, які скоюють співробітники цих закладів. Виникає питання: чи належать до злочинності у місцях позбавлення волі вказані злочини? Думається, тут треба дати негативну відповідь. Згадані злочини щодо їх кримінально-правового характеру взагалі нічим не відрізняються від посадових, хоча за кримінологічними показниками і специфікою вони мають свої особливості, обумовлені місцем їх учинення. Якщо об'єктами злочинних посягань засуджених виступають відносини у сфері життя і здоров'я іншої людини, її статевої

187

недоторканності, правосуддя тощо, то злочини співробітників установ підривають сам фундамент їх існування і функціонування. Тому вважаємо, що такі злочини повинні розглядатися окремо як злочини працівників системи правоохоронних органів (3, с. 364, 374).

Злочинність у місцях позбавлення волі є частиною рецидивної злочинності з притаманними їй рисами. Але поряд з цим вона має і деякі свої, специфічні ознаки (риса), що відрізняють її від загальної рецидивної злочинності: а) злочини скоюються в установах виконання покарань у вигляді позбавлення волі, слідчих ізоляторах і обмежені їх територією; б) суб'єктом злочину виступає тільки особа, вже засуджена за вчинення злочину і відбуваюча покарання у вигляді позбавлення волі або заарештована за скоєний злочин; в) у місцях позбавлення волі вчиняються лише деякі (певні) злочини з усієї їх різноманітності, а окремі можуть скасовуватися переважно (або тільки) в місцях позбавлення волі; г) ця злочинність специфічна за причинами, умовами, мотивацією злочинної діяльності; д) вона спрямована проти засуджених або осіб адміністративного чи вільнонайомного персоналу.

Таким чином, *злочинність у місцях позбавлення волі — це стійке соціально-негативне явище, яке проявляється як сукупність повторних злочинів.*

У наведене поняття злочинності у місцях позбавлення волі ми навмисно не включаємо ознаки масовості й історичної змінливості, тому що вони притаманні будь-якому соціальному явищу.

Рівень злочинності. Протягом 1997 р. у виправно-трудових установах МВС України зареєстровано 525 злочинів (проти 560), що на 6,3% менше у порівнянні з 1996 р. Коефіцієнт злочинності на 1 тис. середньосписочної чисельності засуджених зменшився з 3,4 до 3,2 злочинів. При аналізі злочинності у місцях позбавлення волі слід ураховувати значну латентність окремих видів злочинів, таких як образа, клепа, побої і мордування, хуліганство, насильницьке мужолозтво, тілесні ушкодження тощо. Знущання над особою, глум, насильницьке мужолозтво — настільки повсякденні явища, що вони як злочини навіть не реєструються, хіба тільки у випадках, коли не реагувати уже неможливо (3, с. 286).

Найбільшу кількість злочинів у 1997 р. зареєстровано у виправно-трудових колоніях (ВТК): загального виду режиму (Донець-ка, Дніпропетровська і Полтавська області — 21 випадок); посиленого виду режиму (Донецька, Черкаська, Луганська — 64 випадку); суворого виду режиму (Донецька, Вінницька, Луганська — 87 випад-

188

ків); особливого виду режиму (Рівненська і Донецька — 9 випадків); колоніях-поселеннях (Донецька, Запорізька, Харківська області — 65 випадків). Отже, тільки в 9-

ти областях України зареєстровано майже 50% усіх злочинів, скоєних у місцях позбавлення волі в 1997 р., а серед указаних областей перше місце посідає Донецька область.

Структура злочинності. Кримінально-правова структура злочинності у місцях позбавлення волі характеризується відносною стабільністю. Основна маса злочинів припадає на ст. 183³ (злісна непокора вимогам адміністрації виправно-трудової установи) і ст. 183 (втеча з місця позбавлення волі або з-під варти) Кримінального кодексу України. Загалом вони складають понад 60% усіх учинених у цих місцях злочинів. Із 225-ти кримінальних справ за ст. 183³ КК України у ВТК: загального виду режиму — 35 (15,5%); посиленого виду режиму — 86 (32,2%); суворого виду режиму — 96 (42,7%); особливого виду режиму — 8 (3,6%). Значна кількість застосування цієї статті спостерігається у ВТК Донецької — 87 випадків (29,8%), Дніпропетровської — 28 (11,6%), Харківської — 20 (8,8%) областей.

Кількість втеч засуджених з-під варти у 1997 р. у порівнянні з минулим роком залишається на рівні 6-ти випадків. Із 112 порушених кримінальних справ за втечі з ВТК-поселень (1996 р. — 126) найбільшу кількість зареєстровано у ВТК Донецької і Запорізької областей.

Другу групу — за кількісними показниками складають злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних чи інших заборонених речовин, предметів, зброї. Рівень даних злочинів у 1997 р. підвищився. Якщо у 1996 р. мали місце 82 випадки скоєння цих злочинів, то у 1997 р. — понад 90. Але і тут треба брати до уваги їх латентність. Незначне їх підвищення чи зниження часто свідчать про випадковість показників, а не про дійсний стан цього різновиду злочинів. Разом з тим підвищення обігу наркотиків у “зоні” може свідчити і про посилення впливу кримінальної субкультури в місцях позбавлення волі.

Третю групу меншу за кількістю, але небезпечною за видами, представляють насильницькі злочини. Це навмисні вбивства, замах на вбивства, умисні тяжкі тілесні ушкодження, хуліганство тощо. Треба відмітити несталу динаміку цих злочинів. Так, якщо у 1996 р. було скоєно 10 умисних вбивств, то в 1997 р. — 3. Зменшився рівень умисних тяжких ушкоджень, хуліганства, погроз та інших випадків насильства.

189

За останні роки значно знизився рівень таких злочинів, як дії, що дезорганізують роботу виправно-трудових установ (ст. 69¹ КК України), масові безпорядки (ст. 71 КК України). У 1997 р. подібних злочинів в Україні зареєстровано не було.

Окрему групу злочинів у місцях позбавлення волі складають крадіжки, розкрадання, грабежі і розбої. Крадіжки державного і приватного майна виявляються дуже рідко. Частіше крадуть засуджені в інших засуджених і за це, звичайно, вони фізично розправляються за традиціями злочинного світу. Незрідка речі й продукти харчування, передачі відбираються силою і тими, хто займає в колонії лідируюче становище. Ці факти, як правило, не стають відомими адміністрації, а коли і стають, то на них або не реагують належним чином, або ж застосовують заходи дисциплінарного характеру.

Специфічним злочином у місцях позбавлення волі, який має майже повністю латентний характер, є насильницьке мужолозтво (ст. 122 КК України). Так, за 1991-1996 рр. в установах виконання покарань УМВС у Харківській області лише в 1991 р. було зареєстровано один випадок мужолозтва у ВТК суворого режиму.

Дуже висока латентність злочинності у місцях позбавлення волі пов'язана і з недоліками в системі оцінки показників роботи виправно-трудоустанов. Позитивно оцінюється робота тих установ, де показники злочинності менші. Звідси і наслідок: та установа, де більше, краще і повніше виявляються і реєструються злочини, оцінюється більш негативно і навпаки.

За деякими кримінологічними показниками структури злочинності у місцях позбавлення волі більшість злочинів учиняється у виправно-трудоустанов колоніях посиленого й суворого видів режиму і в колоніях-поселеннях, що пояснюється складом контингенту засуджених, видами скоюваних злочинів, строками покарання, наявністю певного кримінального середовища; у житлових і виробничих зонах установ; на виїзних об'єктах, а за часом учинення — від 6-тої до 18-тої години, частіше в робочі дні тижні. Наприклад, з 525-ти злочинів, зареєстрованих у 1997 р., 328 скоєно у житлових зонах установ, 181 — у виробничих зонах, 1 — у штрафному ізоляторі, решта — на виїзних об'єктах. У 407 випадках злочини було скоєно з 6-тої до 18-тої години, у 90 — з 18-тої до 23-тьї, у 28 — з 23-тьї до 6-тої, у робочі дні тижня скоєно 504 злочини, у неробочі і святкові — 21.

За "географією" злочинності у місцях позбавлення волі найбільш уразливими є Донецька, Дніпропетровська, Луганська, Запорізька, Харківська області й Автономна Республіка Крим.

190

Знаряддям скоєння злочинів, особливо насильницьких і корисливо-насильницьких, є кухонні ножі, металеві пластини, "заточки", шнури, інші побутові або пристосовані предмети.

Динаміка злочинності у місцях позбавлення волі. Щодо динаміки злочинності у цих місцях, то за офіційними даними майже за всіма кількісно-якісними показниками вона має тенденцію до зниження. За 1997 р. (у порівнянні з попередніми роками) не допущено дій, що дезорганізують роботу у виправно-трудоустанов колоніях, з 10-ти до 3-х випадків зменшилася кількість умисних вбивств, з 24-х до 20-ти — умисних тяжких тілесних ушкоджень, з 126-ти до 112-ти — втеч засуджених.

Факт зниження динаміки тяжких насильницьких злочинів проти життя і здоров'я засуджених і співробітників установ, певно, пов'язано, по-перше, зі зміненням динаміки тяжкої насильницької злочинності в Україні, по-друге, — з протидією злочинній субкультурі у місцях позбавлення волі і, по-третє, — з підвищенням рівня профілактичної роботи зі злісними порушниками режиму в установах виконання покарань.

Особа злочинця і потерпілого. Соціально-демографічні, кримінально-правові та моральні риси, притаманні особам, які вчинили злочини у місцях позбавлення волі (особливості насильницькі і корисливо-насильницькі, непокору вимогам адміністрації, втечу з-під варті), поряд з певними відмінностями, мають багато спільного. За деякими даними, переважна більшість з них — чоловіки (доля жінок у структурі злочинності — приблизно 3,5%), за віком — до 30-ти років (7) з середньою і неповною середньою освітою, за службовим станом — робітники, безробітні, особи, що зловживають спиртними напоями. Основна маса тих, хто використовує насильство, в тому числі при скоєнні злочинів у колоніях, мала судимості за насильницькі, корисливо-насильницькі, корисливі злочини, хуліганство, згвалтування, перебувала на профілактичному обліку, була порушниками режиму утримання тощо. Так, з 525-ти вчинених у 1997 р. злочинів у місцях позбавлення волі в 142-х випадках злочини скоювалися особами, які

перебували на профілактичному обліку; в 287-ми — порушниками режиму утримання; в 14-ти — розконвойованими засудженими, 20-ти — засудженими після вживання ними спиртних напоїв, 1 — в стані наркотичного сп'яніння.

Стосовно моральних рис, то більшість засуджених мають вузький світогляд і відповідну до нього примітивну структуру потреб. Найбільш характерно для в'язнів своя мораль і свої звички, що

191

підтримуються у місцях позбавлення волі певними колами засуджених. Як відзначається в літературі, серед в'язнів існує своя “філосо-фія”: наше діло тікати, якщо пощастить, а ваше (мають на увазі співробітників виправно-трудових установ) — запобігати цьому чи ловити, тобто кожен має робити свою справу. Непокора засуджених адміністрації виправно-трудових установ виникає тоді, коли на їх думку, вона порушує їх права або незаконними діями позбавляє деяких благ. Причому ця думка може бути як обгрунтованою, так і надуманою, коли неформальні лідери засуджених роблять спробу взяти фактичне керівництво в колонії в свої руки. У цих випадках необгрунтоване потурання вимогам “авторитетів” може повністю дезорганізувати роботу виправної установи (3, с. 287, 288).

Значна кількість засуджених хворі на соматичні і психічні захворювання: туберкульоз, СНІД, виразки шлунку, невротичні захворювання та психічні відхилення, хронічний алкоголізм, психічні аномалії тощо (8, с. 146-151). На початок 1997 р. загальна кількість ВІЛ-інфікованих осіб в Україні складала близько 15 тис., з них біля 3 тис. було виявлено у місцях позбавлення волі (1, с. 28). Зазначені хвороби утруднюють відбування покарання, заважають правильній оцінці конкретної життєвої ситуації, підвищують напругу, конфліктність, стрес. Дослідження свідчать, що емоційна нестійкість, нестриманість, обмеження можливості самоврядування у криміногенних сутичках, переважання збудження над гальмуванням, емоцій над розумом, конформізм, залежність від інших засуджених, неможливість особи за власним бажанням змінити оточуюче середовище, надмірна підозра, песимізм, потайність, підвищені тривожність і зарозумілість, жорстокість, упертість, брутальність, конфліктність, байдужість до розвитку конфліктних стосунків, агресивність, а також різний психічний стан (стрес, фрустрація, афект тощо) — все це руйнує психосоматичну рівновагу особи, викликає у неї відторження офіційних цінностей (негативне, ворожнече ставлення до праці, режиму відбування покарання, освіти, до виховної роботи) і позитивне сприйняття й додержання норм злочинної субкультури, схвалення злочинців, які протидіють адміністрації, та ін.

Але й такі категорії засуджених, які цілком нормально почуваються у місцях позбавлення волі, прирівнюють себе до “зłodіїв у законі”, авторитетів злочинного середовища, лідерів тощо. Деякі з них уміло маскуються, мімікують, утираються до довіри адміністрації, а потім використовують своє становище зі злочинними намірами.

192

За основними кримінологічними рисами особа жертви (потерпілого) злочинів у місцях позбавлення волі мало чим відрізняється від особи злочинця. Це стосується, зрозуміло, самих засуджених, а не представників адміністративного персоналу. Однак особливу групу — штучно ізольованих від інших в'язнів — утворюють так звані відкинуті, або “опущені”. До неї належать особи, щодо яких було вжито гомосексуальне насильство або які добровільно вступили в гомосексуальні зв'язки, а також ті засуджені, які нехтують особистою гігієною, дебіли, дворушники, зłodії, що крадуть у інших

засуджених речі і продукти харчування, особи з жіночими рисами обличчя і тіла, взагалі слабкі за характером і фізично нездатні протистояти погрозам і насильству.

Принизливе становище “опущених” поширюється на весь строк відбування покарання і навіть після звільнення з місць позбавлення волі. Адміністрація, не жаль, не завжди активна у попередженні цього явища. Часто вона не в змозі виправити становище, тому що за ним стоять злочинці, які його навмисно підтримують. Це один з елементів кримінальної субкультури, страхіття для засуджених, за допомогою якого злочинні авторитети примушують інших засуджених підкорятися їх владі, схвалювати злочинські традиції. Відчуття страху, тривожності, очікування глуму над собою і отримання статусу “опущеного” впливають на психіку засуджених, понукають частину з них підтримувати антилюдські звичаї, збуджують на злочинну поведінку.

Список літератури: 1. Беца О. Позбавлення волі: негативні соціальні та психологічні наслідки // В пошуках альтернатив тюремному покаранню: Матер. міжнарод. симпозіуму 15-16 січня 1997 р. - К., 1997. - Вип. 1. - С. 24-29. 2. День. - 1997. - 26 берез. 3. Карпец И.И. Преступность: иллюзии и реальность. - М.: Рос. право, 1992. - 432 с. 4. Криминология: Учебник для юрид. вузов / Под общ. ред. А.И. Долговой. - М.: ИНФРА-М — НОРМА, 1997. - 784 с. 5. Криминология: Учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева, В.Е. Эминова. - М.: Юрист, 1995. - 512 с. 6. Криминопенология, парадоксы наказания и уголовный кодекс // Преступность и правовое регулирование борьбы с ней. - М.: Криминолог. ассоциация, 1996. - С. 189-200. 7. Онопенко В. Пенітенціарна реформа // Голос України. - 1997. - 7 лип. 8. Проти катувань / Харківська правозахисна група. - Х.: Фоліо, 1997. - 26 с.

О КОНТРОЛЕ НАЧАЛЬНИКА СЛЕДСТВЕННОГО ОТДЕЛА ЗА СВОЕВРЕМЕННОСТЬЮ ДЕЙСТВИЙ СЛЕДОВАТЕЛЕЙ ПО РАСКРЫТИЮ И РАССЛЕДОВАНИЮ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

В соответствии со ст. 114¹ УПК Украины начальник следственного отдела осуществляет контроль за своевременностью действий следователей по раскрытию преступлений и предотвращению их, принимает меры к наиболее полному, всестороннему и объективному производству предварительного следствия по уголовным делам.

Вместе с тем анализ полномочий начальника следственного отдела, закрепленных в этой статье, дает основание полагать, что, по существу, начальник следственного отдела осуществляет процессуальное и административное руководство как организацией расследования уголовных дел в целом в своем подразделении, так и по каждому конкретному уголовному делу, находящемуся в производстве следователей его отдела.

Процесс руководства (управления), обоснованно полагают М. Мескон, М. Альберт и Ф. Хедоури, состоит из четырех взаимосвязанных функций: планирования,

организации, мотивации и контроля (8, с. 72). Слова “руководить” и “управлять” являются синонимами (9, с. 726; 10, с. 565).

Контроль как одна из функций управления состоит из установки стандартов, измерения фактически достигнутых результатов и проведения корректировок в том случае, если достигнутые результаты существенно отличаются от установленных стандартов. В его процессе есть три четко различимых этапа: выработка стандартов и критериев, сопоставление с ними реальных результатов и принятие необходимых корректирующих действий.

Г.Н. Меглицкий отмечает, что имеются все основания рассматривать контроль как самостоятельную функцию, призванную обеспечить правильную деятельность и ее совершенствование всего следственного аппарата (7, с. 103). Вряд ли можно согласиться с таким утверждением. Контроль — это составная часть процесса управления, в том числе и процесса руководства предварительным расследованием. Понятие “функция” в научной литературе рассматривается в различных значениях: как определенное свойство, вид деятельности, компетенция, задача.. Мы рассматриваем функцию как вид управленческой деятельности.

194

Некоторые авторы понимают контроль не только как функцию, но и как форму и метод управления (5, с. 100). Однако с таким мнением трудно согласиться, учитывая, что в деятельности следственных органов форма выступает всего лишь внешним проявлением контроля, а метод характеризует прием или способ существования этой функции.

М.С. Студеникина в этой связи справедливо замечает, что, характеризуя контроль как управленческую функцию, мы тем самым выражаем несогласие с теми авторами, которые считают контроль либо формой, либо методом управления (11, с. 9).

Необходимость выделения контроля как самостоятельной функции управления обусловлена наличием определенных объективно существующих признаков, к числу которых многие авторы относят: объективную необходимость во взаимодействии с другими видами управленческой деятельности; обособленный, самостоятельный характер деятельности; особую целенаправленность (6, с. 4, 5). Эти признаки имеют свои особенности, которые, как отмечает Г.Н. Меглицкий, заключаются в следующем.

Во-первых, объективная необходимость выделения контроля как самостоятельной функции обусловлена тем, что без него нельзя проверить степень достижения целей и задач уголовного судопроизводства, возложенных на следственный аппарат. Без этой функции трудно говорить о правильной работе, так как, не изучая состояние дел и не зная действительности, невозможно планировать и реализовать деятельность следственных подразделений и следователей.

Во-вторых, обособленный, самостоятельный характер деятельности заключается в наблюдении за соответствием работы следственных подразделений и следователей законам и ведомственным нормативным актам, в анализе соответствия фактического положения намеченным целям, в оценке работы и принятии управляющего воздействия.

В-третьих, особая задача контроля выражается в том, что он не только направлен на проверку степени выполнения предписаний законов, ведомственных нормативных актов и подчинен не только сбору результатов деятельности следственных подразделений, следователей, но главным образом дает возможность наметить пути устранения выявленных недостатков и их причин. Контроль не является самоцелью, а

служит средством устранения недостатков в целях совершенствования всей деятельности следственного аппарата.

В-четвертых, уголовно-процессуальный закон выделяет кон-

195

троль как основное направление деятельности, основную функцию начальника следственного отдела (7, с. 104).

Контроль в качестве функции управления, как уже отмечалось, большинством авторов рассматривается как наблюдение за соответствием процесса функционирования объекта принятым управленческим решениям, планам, нормам, стандартам, приказам, правилам; как проверка и выявление результатов воздействия субъекта на объект, допущенных отклонений от требований управленческих решений, от общих принципов организации и регулирования деятельности. Другими словами, контроль устанавливает соответствие или несоответствие фактического состояния объектов заданному и позволяет обнаружить и устранить или скорректировать ранее принятые решения (8, с. 105).

Некоторые авторы под контролем понимают только лишь наблюдение, определение или выявление фактического положения дел, сопоставление с намеченными целями, выступление против неблагоприятных явлений и сигнализацию компетентным органам о своих наблюдениях без права принимать решения об изменении направления деятельности. Когда же имеет место дача указаний, обязательных директив об изменении направления работы и руководства подчиненными органами, то это определяется ими как надзор, а не контроль.

Если в первом варианте контролю как функции управления отводится активная роль, то во втором он лишь фиксатор отклонений в системе, что не соответствует уголовно-процессуальному закону (ст. 114¹ УПК Украины), в соответствии с которым начальник следственного отдела как самостоятельный субъект уголовно-процессуальной деятельности не только осуществляет контроль как одну из функций управления, но и при необходимости оказывает управленческое воздействие, т.е. дает следователям письменные указания, обязательные для исполнения. Применительно к роли начальника следственного отдела и исходя из его полномочий, закрепленных в ст. 114¹ УПК Украины, можно говорить, что он осуществляет не контроль, а процессуальное руководство.

Нечеткость понятий в уголовно-процессуальном законодательстве приводит к тому, что не всегда полно определяются и полномочия тех или иных субъектов уголовного процесса. Так, С.Ф. Шумилин, анализируя полномочия начальника следственного отдела, полагает, что он осуществляет функцию процессуального контроля, управленческую функцию и функцию расследования

196

конкретных уголовных дел (12, с. 83). Исходя из высказанных посылок, более верно, на наш взгляд, говорить о том, что начальник следственного отдела по ныне действующему законодательству осуществляет функции процессуального, административного руководства и расследования конкретных уголовных дел, пользуясь при этом правами следователя.

Г.Н. Меглецкий считает, что контроль как функция управления предварительным следствием включает в себя “систему наблюдения и проверки соответствия деятельности следственных подразделений и следования нормам закона и ведомственным нормативным актам, выявление результатов деятельности, их

сравнение и оценку, обнаружение отклонений для принятия управленческих воздействий по устранению недостатков, их причин, а также обобщение и распространение передового опыта в целях выполнения задач уголовного судопроизводства” (7, с. 106). Он приходит к выводу, что контроль представляет собой систему следующих последовательно осуществляемых операций: принятие решений о производстве контроля; составление плана контрольных действий; инструктаж лиц, осуществляющих проверку; изучение статистической отчетности и другой информации о деятельности подконтрольного объекта; изучение работы следственных подразделений и следователей по отдельным направлениям деятельности; сбор статистических и других материалов, объективно характеризующих проверяемые объекты; сравнение достигнутых результатов с аналогичными результатами предшествующих периодов деятельности, с другими следственными подразделениями и следователями, а также требованиями законов, приказов, инструкций; непосредственное оказание практической помощи в установлении недостатков, подведение итогов и оценка работы следственного подразделения, отдельных руководителей, следователей на основе фактических данных, собранных в ходе проверки; составление отчетных документов по результатам проверки; разработка мероприятий по устранению обнаруженных недостатков и повышению эффективности проверяемого следственного подразделения, следователя принятие в случае необходимости мер взыскания; разработка мероприятий по распространению и внедрению передового опыта в другие следственные подразделения; принятие мер к поощрению руководителей следственных подразделений и следователей, добившихся высоких результатов в работе; доведение результатов проверки до сведения проверяемых и других заинтересованных лиц и инстанций.

197

Рассматривая контроль как функцию управления предварительным следствием, Г.М. Меглецкий, на наш взгляд, во-первых смешивает два разных понятия контроля: процессуальный контроль (как одну из функций процессуальной деятельности), регулируемый уголовно-процессуальным законодательством, и внепроцессуальные формы осуществления административной деятельности начальника следственного отдела, регулируемой межведомственными нормативными актами.

По нашему мнению, следует согласиться с мнением С.Ф. Шумилина, что для правильного определения содержания функции процессуального контроля надо исходить из закрепленных в уголовно-процессуальном законе положений, которые определяют исследуемую функцию как контроль за своевременностью действий следователей по раскрытию и предотвращению преступлений (ч. 1 ст. 114¹ УПК Украины). Являясь процессуальной, функция контроля должна осуществляться лишь процессуальными способами, т.е. путем проверки уголовных дел и личного участия в производстве следственных действий. Иными способами и средствами процессуальный контроль осуществляться не может. Только в результате изучения уголовного дела и личного участия в производстве следственных действий начальник следственного отдела выясняет своевременность и правомерность действий следователя по раскрытию и предупреждению преступлений и оценивает действия следователя с точки зрения соответствия их закону (12, с. 85).

Следует отметить, что предложенная Г.Н. Меглецким система операций (7, с. 106) характеризует, на наш взгляд внепроцессуальные формы осуществления управленческой функции (административное руководство). Однако с предложенной им

последовательностью проведения операций по осуществлению контроля, как справедливо отмечает С.Ф. Шумилин, согласиться нельзя. Контроль не должен начинаться с принятия решения, он может оказаться безрезультатным, если будет проведен без выяснения истинного состояния работы на подконтрольных объектах. Изучение поступающей к начальнику следственного отдела информации в виде статистических и других материалов определяет выбор объекта контроля и содержания плана контрольных действий (12, с. 85).

В уголовно-процессуальном законе (ч. 2 ст. 114¹ УПК Украины) закреплены процессуальные формы, в которых начальник следственного отдела осуществляет управленческую функцию (руководство следствием). Так, по результатам проведенного процес-

198

суального контроля начальник следственного отдела имеет право давать указания следователю о производстве предварительного следствия, о привлечении в качестве обвиняемого, о квалификации преступления и объеме обвинения, о направлении дела, о производстве отдельных следственных действий, передавать дело от одного следователя к другому, поручать расследование дела нескольким следователям.

В проекте уголовно-процессуальных кодексов Украины 1995 г. (п. 2 ст. 27) и 1996 г. (п. 1.5 ст. 29), разработанных рабочими группами Кабинета Министров Украины, предусматривается право начальника следственного отдела на создание следственно-оперативной группы (2, 3).

Таким образом, анализируя полномочия начальника следственного отдела, закрепленные в ст. 114¹ УПК Украины, можно сделать вывод о том, что начальник следственного отдела осуществляет не “контроль”, а руководство предварительным следствием, будучи наделенный широкими процессуальными правами.

В новом Уголовно-процессуальном кодексе Украины, на наш взгляд, начальник следственного отдела должен быть лишен таких полномочий. Они должны быть ограничены его административной деятельностью по организации предварительного расследования.

Список литературы: 1. Ансофф И. Стратегическое управления. - М.: Экономика. - 1989. - 276 с. 2. Кримінально-процесуальний кодекс України / Проект підготовлено робочою групою Кабінету Міністрів України / Українська Правнича Фундація. - К.: Право, 1995. 3. Кримінально-процесуальний кодекс України / Проект підготовлено робочою групою Кабінету Міністрів України. - К., 1996. 4. Курс высшего управленческого персонала / Под ред. Михеева В.П. - М.: Экономика, 1993. - 384 с. 5. Лунев А.Е. Демократизм советского государственного управления. - М.: Юрид. лит., 1967. - 188 с. 6. Малков В.. Контроль в управленческой деятельности органов внутренних дел. - М.: Юрид. лит., 1976. - 154. 7. Меглицкий Г.Н. Понятие и значение контроля как функции управления предварительным следствием // XXVI съезд КПСС и проблемы уголовно-процессуальной и организационной деятельности органов предварительного следствия. - Волгоград, 1982. 8. Мескон М., Альберт М., Хедоури Ф. Основы менеджмента. - М.: Дело. - 1992. - 846 с. 9. Ожегов С.И. Словари русского языка. - М.: Русс. яз., 1985. - 726 с. 10. Словарь синонимов русского языка. - М.: Рус. яз., 1975. - 565 с. 11. Студеникина М.С. Государственный контроль в сфере

СПІВВІДНОШЕННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ПРАВ ОСОБИ І ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ГАРАНТІЙ ЇХ ДОТРИМАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Конституція України наголошує, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Чинне законодавство України, що регулює кримінальне судочинство, містить у собі певну кількість норм, які відповідно і повинні втілювати в життя вказане конституційне положення. Держава не тільки закріплює конкретні права учасників кримінального процесу (їх доречно розглядати як систему процесуальних прав особи), але й чітко окреслює роз'яснення і забезпечення прав громадянам, які беруть участь у кримінальній справі.

Ретельний аналіз змісту обов'язку органів, що здійснюють кримінальне провадження, дозволяє зробити висновок, що роз'яснення і забезпечення прав особам, які залучені у це провадження, не пов'язано з волевиявленням останніх (3, с. 26). Інакше і не має бути: доктрина кримінального судочинства полягає в тому, що ініціатива останнього належить певним державним органам (посадовим особам) — ст. 4 КПК України. На них державою покладено не тільки право розпочинати кримінальний процес, але й обов'язок доказування причетності особи до скоєння злочину, а звідси також і необхідність роз'яснювати і належним чином забезпечувати всі права учасників судочинства. Ризикнемо висловити таку думку: доцільно, щоб система прав особи у кримінальному процесі процесуальних гарантій реалізації цих прав — а) дотримувалася і правильно застосувала норми КПК України; б) створювала умови для забезпечення належного становища особи в кримінальному процесі; в) виконувала вимоги закону про роз'яснення процесуальних прав особи; г) реалізувала процесуальні права безпосередньо самими учасниками справи; д) усувала правові наслідки незабезпечення процесуальних прав особи. Пропонуючи таку класифікацію системи процесуальних прав і гарантій їх реалізації, виходимо з того, що становище громадянина в кримінальному судочинстві повинно бути чітко окресленим, що дозволить сприймати розглядувану систему не як загальні декларативні положення, а як реальну субстанцію.

Слід заради справедливості відмітити, що в юридичній літе-

ратурі вже були спроби класифікації (групування) компонентів, які є складовими системи прав особи та їх гарантій у кримінальному судочинстві (2, с. 68, 97-99). Але й на сучасному етапі порушені ними питання є дискусійними, а деякі з них продовжують бути предметом вивчення (1; 1998. - № 2. - С. 66-71; 4, с. 2-4). Як далекоглядно відмітив В.М. Савицький, проблема процесуальних гарантій особи є "вічною", залежною від рівня демократії та правоусвідомлення, що існують у той чи інший історичний період (5, с. 17) Цю ж проблему порушували й інші правники (6, с. 21).

Особливості наголосу ця проблема набирає сучасних умов удосконалення законодавства про судоустрій та судочинство, коли реформується судова система і структурно перебудовується організація правоохоронних органів. Саме в процесі їх діяльності шляхом виникнення, зміни і зупинення правовідносин наочно реалізуються конституційні засади прав та інтересів громадян. Як правильно підкреслюють І.О. Галаган і О.В. Василенко, у межах правовідносин здійснюються державно-власні повноваження по безпосередньому піднормативному регулюванню, вирішенню від імені держави індивідуально-конкретних справ та правових ситуацій (1; 1998. - № 3. - С. 12-19).

Дійсно, розглядаючи проблему співвідношення суб'єктив-них прав та інтересів особи, процесуальних гарантій їх дотримання у кримінальному судочинстві, обов'язково треба враховувати, що тільки існування правовідносин між учасниками судочинства є тією базою, на якій праву громадянина кореспондує обов'язок суб'єкта, який провадить кримінальний процес. Більш того, поведінка особи в судочинстві значною мірою залежить від належної роботи відпо-відних органів попереднього розслідування (1; 1998. - № 2. - С. 72-77).

У період, коли розробляються проекти нових кодексів, у тому числі Кримінально-процесуального, є реальним опрацювати і втілити в кримінальне судочинство чітку систему процесуальних гарантій забезпечення правового статусу особи, щодо якої провадиться кримінальний процес (підозрюваний, обвинувачений, підсудний). Сучасний КПК лише загальним чином окреслює обов'язки суб'єктів, які провадять кримінальне провадження, але не містить положень стосовно правових наслідків невиконання або неналежного виконання цих обов'язків. Аналізуючи практику діяльності слідчих та судову практику, можна зробити висновок, що кримінально-процесуальна процедура провадження у кримінальній справі в основному здійсню-

201

ється на розсуд суб'єктів, які її провадять. Висловлене не слід розглядати як необхідність слідчого в кожному випадку погоджувати свої дії з обвинуваченим. Хоча в деякій мірі слідчий має це робити, коли, наприклад, призначає проведення експертизи (ст. 196, 197 КПК), а також коли розглядає клопотання підозрюваного, обвинуваченого, інших учасників процесу (ст. 129 КПК). Треба враховувати, що діяльність слідчого по справі є вторгненням (втручанням) у сферу особистих інтересів громадянина, яке має обтяжливі для останнього обставини. Тому дуже важливим є необхідність чіткого окреслення в КПК кордонів допустимого обмеження законних інтересів особи, щоб запобігти можливому невинуватому ураженню статусу громадянина. Якщо слідчий, вибираючи ту чи іншу слідчу дію, враховує об'єктивні якості інформації, яку хоче отримати, чітко дотримується вимог процесуального закону, тактично правильно провадить слідчу дію, то наслідком буде не тільки ефективність його роботи, але й створено умови, що усувають, точніше, обмежують його суб'єктивний розсуд.

На наш погляд, ефективність процесуальних гарантій правового статусу особи в кримінальному судочинстві залежить від багатьох складових, серед яких: а) професійна підготовленість суб'єктів, які ведуть кримінальний процес; б) чітке законодавче врегулювання провадження у справі й особливо окреслення в КПК положень, що виступають гарантіями належного виконання слідчим вимог закону щодо забезпечення прав громадян; в) результативність відомчого контролю з боку начальника слідчого підрозділу і своєчасне попередження й усунення порушень процесуального закону; г)

наявність реального прокурорського нагляду; д) певні умови поновлення порушених прав обвинуваченого.

Процесуальні гарантії прав особи в кримінальному судочинстві стануть такими лише тоді, коли будуть створені реальні умови, які виключають необґрунтований розсуд слідчого при проведенні слідчих дій, а також у разі недотримання вимог процесуального закону автоматично роблять рішення слідчого таким, яке не має юридичної сили.

Безумовно, висловлені думки є дискусійними, вони відбивають особисте розуміння структури і змісту нового КПК України, в якому потрібно чітко, по-новому окреслити конституційний статус особи, залученої в кримінальне судочинство, і встановити чіткі процесуальні гарантії здійснення прав та законних інтересів громадянина. Можливим шляхом тут вбачається: детальне регламентування в

202

загальній частині КПК України процедури й умов притягнення особи до кримінальної відповідальності; окреслення обов'язків слідчого, прокурора у зв'язку з цим; більш чіткого визначення статусу обвинуваченого, встановлення повного переліку його процесуальних прав; вказівки на обставини, що тягнуть за собою визначення рішень слідчого як таких, що є незаконними; закріплення підстав для припинення кримінального провадження і звільнення особи від звинувачення; регламентування правових наслідків притягнення особи як обвинуваченого в разі припинення кримінальної справи тощо.

Список літератури: 1. Государство и право. 2. Корнуков В.И. Конституционные основы положения личности в уголовном судопроизводстве. - Саратов: Изд-во Саратов. ин-та, 1987. 3. Мартынич Е.Г., Радько В.П., Юрченко В.Е. Охрана прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. - Кишинев: Штиица, 1982. 4. Орехов Р. Судебная реформа требует радикального подхода // Рос. юстиция. - 1998. - № 8. 5. Савицкий В.И. Конституционные предпосылки дальнейшего усиления гарантий личности в уголовном судопроизводстве. В сб. Гарантии прав личности в социалистическом уголовном праве и процессе. - Ярославль, 1979. 6. Стецовский Ю.И., Ларин А.И. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. - М.: Наука, 1988.

С.В. Качурова, доцент

НА ЧЬЕЙ СТОРОНЕ ГОСУДАРСТВО В СПОРЕ “СТАРЫХ” И “НОВЫХ” РЕЛИГИЙ?

Религиозная ситуация, сложившаяся во всех странах бывшего Союза, представляет интерес для философов, религиоведов, правовиков и политиков и требует глубокого анализа еще и потому, что религиозная проблематика стала частью политической и частью массовой культуры. Юристы, политики, журналисты, религиозные лидеры ведут дискуссии о религиозной свободе и свободе совести. Эти вопросы касаются религиозной действительности, сложившейся на Украине. Ведь за прошедшее с 1991 г. время после принятия Закона Украины “О свободе совести и религиозных организациях” произошли глубокие изменения в политической и

социально-экономической сферах общества. На территории государства распространились новые религиозные движения, завоевавшие популярность и подчас ставшие конкурентами традиционным религиям. Может ли перерасти эта конкуренция в противостояние?

203

В пользу того, что проблема противостояния традиционных религий и новых религиозных движений (НРД) действительно существует и нуждается для своего разрешения во вмешательстве государства, говорят, во-первых, ряд инициатив российский законодателей (5), во-вторых, готовность их украинских коллег на определенность собственного видения этого противостояния (4). Любопытно, кто обратит внимание на три последних российских закона, поймет, что предметом их является фактическая противоположность этих религий. Более того, манифестирование протекционизма одной из этих противоположностей за чет другой — краткое резюме этих законов. Для одних признание особой роли в “истории России, в становлении и развитии ее духовности и культуры”, заявление об уважительном отношении к христианству, исламу, иудаизму и буддизму, составляющим “неотъемлемую часть исторического наследия народов России”, подкреплены обещанием всеобщего содействия, в том числе и материального (п. 3 ст. 4) для других же статус религиозной группы (а не организация) — это пятнадцатилетний барьер оседлости и ужасы религиозоведческой экспертизы, где их могут вообще не признать религиями. И при всем этом, что в ст. 29 Конституции “Запрещается пропаганда... религиозного превосходства”! Верный ли таков подход с точки зрения истины?

Рассмотрим данную проблему с точки зрения религиозоведческой науки. Научный подход характерен предельной осторожностью. Поставим пока под сомнение сам факт существующей проблемы. Может быть, она надумана, и Россия поторопилась выдать маленькое противоречие, недоразумение между традиционными и нетрадиционными религиями за кричащее противоречие? И если вдруг по ходу исследования мы также придем к мнению о необходимости ее существования, то возникает новая проблема: должно ли светское государство вмешиваться в скандалы в “святом семействе” да еще при этом расставлять приоритеты?

Даже стопроцентный скептик и “трижды” атеист не станет отрицать сейчас за религией некую необходимую роль для духовного выражения человека. Близится конец второго тысячелетия. Многое нужно осмыслить из прожитого и о многом следует задуматься с точки зрения перспективы “для чего?”. Для каждого настоятельно необходимо определиться в отношении к вопросам о всеобщности мира (для чего все вокруг?), самого себя (для чего я?), а также того и другого (для чего мы?). Именно в религии человек их уяснением для себя сможет попытаться разобраться в этих глобальных проблемах.

204

И все было бы хорошо, если бы понятие “религия” не имело множественного числа. Но, к сожалению, религий много. Более того, каждая из них отстаивает свою истинность ответа на вопрос “для чего?” не столь в отвлеченном отношении, сколь в доказывании ее друг другу. Вот уже несколько тысячелетий существования исторического человечества на нашей планете религии находятся в состоянии непрекращающейся войны. Осмысление данного факта незамедлительно ведет ко второму “к сожалению”. Государство, этот реально существующий институт власти и права, постоянно использовалось многообразием религиозных форм в этой войне. Так,

до XIX в. практически не было ни одного государства, не сделавшего какую-то особую форму религий своей собственной, без которой не смыслило своего существования.

Религиозные войны, этот источник политических, экономических и даже экологических катастроф, казалось, должны были погубить человечество, если бы в конце XIX в начале XX веков не возник феномен советского государства. Наконец-то появился хоть какой-то просвет. Большинство современных государств, став светскими, отделили себя от момента особенности религии, прибегнув к идеологическому обеспечению своего рода “сверх религий” — науке. Одни до середины XX в. довольствовались простой констатацией своей потусторонности в отношении к религиям. Закон о свободе совести абстрактно формулировал полное разделение светского и религиозного. Как же повела себя религия после секуляризации?

Традиционные религии, т.е. религии, уже участвовавшие в процессе создания исторических государств (ислам, христианство, иудаизм, буддизм и др.) потихоньку продолжили в новых условиях процесс обособления друг от друга, но продолжили скорее по инерции. Героическая роль сыграна, и исполнитель может уходить. Они угасали. Все угасает, когда не находит в наличии своей противоположности. Вернее, она была, но в себе. Для исторических религий таковой была сама всемирная история, которая то выбирала, то низвергала фаворитов, при этом стоя в стороне и не будучи достигаемым для этих религий.

Все изменилось, когда в XX в. появились новые религии: Церковь Муна, церковь сийентологии Хаббарда, Международное общество сознания Кришны, Аум Синрике и другие, осознавшие себя как христиане в первоначальный период, как мусульмане до образования халифата. Самое главное, представители НРД стали мыслить себя, в отличие от традиционников, харизматически. С середи-

205

ны века возникла религиозность, казалось, и по форме и по содержанию ставшая противоположностью прежней. И все преобразовалось. Сокровенное желание исторических религий наконец-то сбылось. Появилось то, борясь с чем, противопоставляя себя чему, традиционные религии вспомнили свою историческую “юность”.

Но, может быть, все вышесказанное — плод субъективного желания религиоведа, чисто теоретическая необходимость их разграничения для определения понятий?

Православный ренессанс, обнаружив этого конкурента на идеологическом поле, отреагировал на НРД сначала резким определением, суть которого — анафема (6). Небезынтересно в этой связи знание протоиерея В. Федорова: “Оказывается, действительно есть общая христианская позиция по отношению большинства НРД”, и далее: “... есть и насущная необходимость межконфессионального сотрудничества” (8, с. 15). Сотрудничества в чем? В том, чтобы отреагировать на тот “вызов, который бросили НРД обществу и Церквям уже одним только фактом своего появления” (8, с. 16).

Итак, разделение религий со временем начинает приобретать по-своему уникальную форму. В истории традиционные религии вели себя (по Гоббсу) в форме войны каждой против всех и всех против каждой. Внедряясь в государственную структуру и видоизменяя ее по своему образу и подобию, они сталкивались, одни навсегда исчезая, другие — отходя на второй план, третьи же — на время приобретая всемирно историческое сияние. Теперь же, приобретя статичный противовес в лице советского государства, исторически существовавшие религии осознали свою

общность, и противопоставили себя религиям, центром самосознания которых явилась харизма, направленная в будущее. Такое самосознание — действительно вызов традициям. И дело вовсе не в массовых самоубийствах в Гайане и Швейцарии, акциях в Токийском метро или противоправности Белого Братства в Киеве. А уж сколько кровушки пролилось во времена политического господства традиционников, говорить не приходится... Все дело в мышлении, одно из которых направлено в прошлое, другое — в будущее. В терминологии Л. Гумилева, традиционники — типичные пассеисты, нетрадиционники — футуристы — пассионарии (3). Это создает различие интенсивно развивающейся в противоположность. И вот имеем: противоположность двух современных религий действительно существует.

Что же делать государству, когда одни религии передают анафеме другие? Для ответа на этот вопрос воспользуемся для нача-

206

ла тем же методом тех же рассуждений, что и ранее. Может быть, и проблемы нет никакой? Это государство, рассматривающее религию сугубо личным делом каждого. Представьте себе, поспорили к примеру, два собирателя спичечных этикеток: чья коллекция совершеннее. Так что же? Государство должно определять себя по отношению к ним и к предмету их спора? Спорьте сколько угодно, лишь бы не переходили в этом споре закон, который для всех (т.е. и для собирателей) один.

Все так. Но лишь по форме. Лишь размышляя поверхностно, можно утверждать, что для государства личные причуды и вероисповедания своих граждан — это одно и то же. Светское государство, его свобода и культура демократических законов есть не абстракция, существующая вне своего собственного становления — истории. Оно есть результат длительного процесса исторического совершенствования. Определять его вне его собственного становления, исторической традиции — это значит рассматривать духовное буздуховно. А в духовном ничто не закреплено (или, по словам Гегеля, “ничто не прибито гвоздями”). В духе все развивается, и он сам есть непрерывный процесс совершенствования (2, с. 222).

Все: и светские религиоведы, и теологи, и богословы — соглашаются, что существенным предикатом в определении религии является социально организованное почитание Бога. А это значит, что “собрание этикеток” и религия — две совершенно разные формы проявления личного. От особенности первого государство действительно может абстрагироваться, а вот от особенности второго — вряд ли. Религия есть исток всякой духовной социальности. Она матрица, прототип развивающейся из нее этики, права и даже экономики (1, с. 273). Будучи квинтэссенцией всего духовного, она сама развивается, сама обособляется на ряд своих ступеней, каждая из которых и есть великие исторические формы, ставшие традицией человечества. И, в принципе, государства без религии не бывает, так же как тела без души, а если наличествует таковое то это скорее труп.

Естественно, сразу же встает вопрос: а как же тогда светское государство? Это что же — мертвое социальное тело, оторвавшееся от прошлого и потерявшее навсегда возможность будущего? Ничего подобного. Кто сказал, что у светского государства нет собственной идеологии, собственной религии? Все дело в том, что религии бывают в моменте особенности (тогда они выступают обособленно друг от друга, враждуя между собой), а бывают в моменте всеобщности. Так вот ориентация на науку и есть признак этой всеобщей идеоло-

207

гии в светском государстве.

Наука как всеобщая религия современности прошла длительный процесс исторического развития, в ходе которого она, как “покровы Изида”, снимала частные формы своего проявления, которыми были исторические религии. И так же, как не существовало собственной истории России, Франции, Италии или Украины, а была единая история человечества, в которой отдельные истории определенных государств были лишь моментами целого, не было никогда обособленной истории иудаизма, христианства, буддизма или ислама. На самом деле была единая история становления религий, в которой они были лишь формами проявления единой сущности.

Как же современному светскому государству отнести себя к различным историческим формам религии, наполняющим ее духовную жизнь; с точки зрения всеобщего, т.е. с точки зрения науки вообще и религиоведческой в частности? Толерантно, равно терпимо, признать все исторические формы религии формами своей традиции. И даже древнейшие, такие как колдовство и магия, не должны быть обойдены вниманием государства. Ведь не будь их, не было бы и более поздних, более совершенных. И вообще, с точки зрения всеобщего, нет и быть не может никакого предпочтения одного особенного другому. Все формы — от колдовства до христианства — абсолютно необходимы в историческом становлении науки.

Стоит только принять такую методологическую позицию, и даже проблема противостояния новых религиозных движений традиционным решится сама собой. И тогда окажется, что все попытки нетрадиционных форм выглядеть новыми есть стремление подать древнейшее содержание (причем чаще всего это формы восточного пантеизма или магии) под новыми “этикетками”.

На территории Украины существующие новые религиозные образования подвергаются изучению и анализу со стороны правоведов и религиоведов, которые пришли к единому мнению: данная проблема сложна и противоречива, и ее истоки коренятся в человеческой природе.

Что же сделало российской законодательство? Поспешно, необдуманно, чуть ли не вслепую оно, одни религии объявило своими, другие, естественно, стали “чужими” (иностранными), третьих же решило погубить в зародыше. Но не законодатели и даже не религии в этом виноваты. Они участники, которые более ориентируются на чувство. Российское религиоведение, признавшись в полном бессилии решить эту проблему, решило действовать на “авось”, т.е. ре-

208

шилось на полное бездействие. И получили то, что за иронией по поводу того, каким образом пришедший из Хазарии иудаизм, из Византии — христианство, из Азии — ислам, с дальнего Востока — Буддизм, вдруг стали исконно российскими, грядет разбирательство в Конституционном суде РФ, предметом которого станет высокая напряженность в государственно-церковных и меж конфессиональных отношениях, вызванная этими законодательными актами (7).

Список литературы: 1. Вебер М. Протестанская этика и дух капитализма // Вебер М. Избранные произведения. - М.: Прогресс, 1990. - С. 273-292. 2. Гегель Г.В.Ф. Философия религии. - В 2-х т. - М.: Мысль, 1976. - т. 1. - С. 222. 3. Гумилев Л.Н. Этногенез и биосфера земли. - Л.: Гидрометеоиздат, 1990. - С. 526. 4. Интервью с председателем комитета по делам религии Украины // Людина і світ. - 1998. - № 9. - С. 20-23. 5. О свободе совести и религиозных объединениях: Закон Российской

Федерации. - Рос. газ. - 1 окт. 6. О псевдохристианских сектах, неоязычестве и оккультизме: Определения Архиерейского Собора Русской Православной церкви // Журн. моск. патриархии. - 1995. - № 12. 7. Салыгин Е. Каким быть государственно-церковным отношениям в России // Рос. юстиция. - 1998. - № 2. - С. 25-27. 8. Федоров В. Предисловие к русскому изданию // Баркер А. Новые религиозные движения. - СПб.: Рус. христ. гуман. институт, 1997. - С. 280.

[1] Аристотель розрізняв п'ять "прошарків" буття: нижчий — матерія, вищий — дух, між ними перебувають речі, живі істоти і душа. У цій і аналогічних формах онтологічне вчення про прошарки буття існує й досі.

3

¹ Intelligibilis — *лат.* мислимий.

4

¹ Далее — МТП.

94

[2] В Тематическом перечне нормативных правовых актов указано 44 вопроса, по которым предусмотрен межгосударственный обмен. Среди них: гражданское право, брак и семья, гражданское процессуальное законодательство, арбитражный процесс, труд, международное частное право и процесс, внешнеэкономические отношения.

144

[2] Эта Конвенция была подписана как соглашение государств — участников Совета Европы. Это одна из так называемых "открытых" Конвенций, к которой могут присоединяться государства — не члены Совета Европы. В настоящее время участниками Конвенции являются 30 государств.

145