

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО

ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ
Республіканський міжвідомчий
науковий збірник

Випуск 39

Засновано у 1976 р.

Харків
1999

Проблеми законності. Вип. 39: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій.- Харків: Нац. юрид. акад. України, 1999. – 220 с.

ISSN 0201-7245

Збірник наукових статей молодих учених присвячено важливим проблемам теорії та історії держави права, актуальним питанням конституційного, адміністративного та міжнародного права. Значна увага приділяється юридичним аспектам соціально-економічних реформ в Україні, підвищенню ефективності кримінального законодавства у боротьбі зі злочинністю, вдосконаленню кримінального та цивільно-процесів.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів та практичних працівників.

Статті в збірнику друкуються мовою авторів.

Редакційна колегія: проф. В.В. Сташис, проф. В.В. Комаров, проф. Ч.Н. Азимов, проф. М.І. Бажано, проф. Ю.П. Битяк, проф. В.І.Борисов, доц. М.В. Буроменський, проф. М.П. Воронов, доц. В.М.Гаращук, проф. А.П. Гетьман, проф. В.В. Голіна, доц. Г.С.Гончарова, проф. І.М. Даньшин, проф. П.І. Жигалкін, доц. В.П.Жушман, доц. А.Н. Стативка, доц. Д.В. Задихайло, доц. В.П.Колісник, проф. В.О. Коновалова, проф. І.Ю. Красько, проф. Л.М.Кривоченко, доц. М.П. Кучерявенко, доц. І.Є. Марочкін, доц. О.В.Петришин, доц. Л.І. Петрова, проф. В.К. Попов, проф. А.Й.Рогожин, проф. М.М. Страхов, проф. В.І. Тertiшников, доц. В.Д.Ткаченко, проф. Ю.М. Тодика, проф. М.В. Цвік, проф. В.О.Чефранов, проф. В.Ю. Шепітько, доц. В. Яворський

Адреса редакційної колегії: Україна, 310024, Харків, вул. Пушкінська, 77, Національна юридична академія

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

Видання здійснено при технічній допомозі консорціуму "Верховенство права".

Контракт Агентства Міжнародного розвитку США.

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

© Національна юридична академія України, 1999

Зміст

<u>Яковюк І.В.</u>	Співвідношення принципів соціальної держави і федералізму.....
<u>Смородинський В.С.</u>	Судебная защита конституционных прав и свобод граждан.....
<u>Гамбург Л.С.</u>	Реформування вищих органів судової системи України в часи правління гетьмана К.Г.Розумовського.....
<u>Лизогуб В.А.</u>	Інститут підданства у законодавстві Російської імперії у другій половині XIX – на початку XX століття.....
<u>Сидоренко А.Ю.</u>	Революционные комитеты в Украине в первые годы Советской власти.....
<u>Ткаченко Ю.В.</u>	Конституційно-правова відповідальність: природа, структура.....
<u>Спасибо-Фатеева И.В.</u>	Основания возникновения корпоративных правоотношений.....
<u>Крыжна В.Н.</u>	Денежные формы лицензионного вознаграждения в патентном праве.....
<u>Плешкова Н.Е.</u>	Становление института смежных прав.....
<u>Тимченко П.М.</u>	Подведомственность – институт гражданского процессуального права.....
<u>Перепелица М.А.</u>	Место плательщика налогов и сборов в системе субъектов налоговых правоотношений и его правовая природа
<u>Кушнарєва Т.Е.</u>	Государство в системе налоговых правоотношений.....
<u>Криницкий И.Е.</u>	Система категорий, производных от “объекта налогообложения”
<u>Килимник И.И.</u>	Лицензионные и франчайзинговые соглашения: общие черты и различия.....
<u>Костюченко Е.В.</u>	Некоторые вопросы регулирования трудовых отношений в международном частном праве.....
<u>Ярошенко О.М.</u>	Щодо основних трудових прав та обов'язків

	працівників.....
<u>Маркіна Т.Г.</u>	Окремі аспекти поняття зайнятості населення.....
<u>Свечкарева Я.В.</u>	Имеет ли право на забастовку работающий акционер?...
<u>Коваленко Л.П.</u>	Деякі питання профілактики адміністративних правопорушень у галузі охорони навколишнього природного середовища.....
<u>Шарапова С.В.</u>	Поняття екологічного моніторингу в Україні.....
<u>Уркевич В.Ю.</u>	Понятие сельскохозяйственного кооператива и разновидности его правовых форм...
<u>Бойко І.В.</u>	Пільги громадян у сфері державного управління.....
<u>Константий О.В.</u>	Актуальні питання розвитку джерел адміністративно-процесуального права України.....
<u>Христенко С.Г.</u>	Правовий захист працівників митних органів України..
<u>Салагор М.М.</u>	Порушення митних правил і відповідальність за них.....
<u>Гродецкий Ю.В.</u>	Мотивация поведения при добровольном отказе.....
<u>Орловський Р.С.</u>	До питання вдосконалення законодавчого визначення посібника.....
<u>Даньшин М.В.</u>	Проблема детерминации способа сокрытия преступления.....
<u>Оболенцев В.Ф.</u>	Состояние учета преступлений в сфере экономики.....
<u>Великанов С.В.</u>	Следственные ситуации и их классификация.....
<u>Соколова Я.А.</u>	К вопросу о разграничении преступлений против жизни, здоровья, чести и достоинства человека.....
<u>Костенко М.В.</u>	Криминалистическая характеристика убийств по заказу: способ сокрытия.....
<u>Мусяенко О.Л.</u>	О классификации способов мошенничества

	в сферe підприємства.....
<u>Зархин А.А.</u>	Правовое положение военного прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса Украины.....
<u>Хотенець П.В.</u>	Захисник у кримінальному судочинстві: до питання про професійність захисту.....
<u>Рагулина О.Е.</u>	Исследование способа взятничества как элемента криминалистической характеристики.....
<u>Русанова І.О.</u>	Питання організації корпусу присяжних засідателів.....
<u>Корчева Т.В.</u>	Проблемы правовой защищенности личности на досудебном следствии.....
<u>Вапнярчук В.В.</u>	Правовідносини особи, яка провадить дізнання, з начальником органу дізнання при розслідуванні кримінальних справ
<u>Журавка А.В.</u>	Развитие идеи “мирового гражданства” в современном мире.....
<u>Маевская А.А.</u>	Международный уголовный суд: организация и структура.....
<u>Хорольський Р.Б.</u>	Судовий претендент як джерело права Європейського співтовариства.....
<u>Гордиенко Е.М.</u>	Международная защита прав человека и концепция суверенитета.....

І.В.Яковк

Співвідношення принципів соціальної держави і федералізму

Принцип соціальної держави, який з другої половини ХХ ст. постулюється багатьма країнам континентальної Європи, не належить до традиційних конституційних аксіом, що ускладнює завдання інтерпретувати його.

Якщо питання співвідношення соціальної держави з демократією правовою державністю отримав в літературі певне, хоча і недостатнє висвітлення, то проблема її взаємодії з принципом федералізму залишається поза увагою правознавців.

Згідно зі ст.1 Конституції Україна проголошується соціальною правовою державою (5). Питання законодавчого регулювання основ соціального захисту, пенсійного забезпечення, регулювання праці зайнятості (ст.92,п.6) віднесені до виключної компетенції Верховної Ради. До відання автономної Республіки віднесені питання соціально-економічного розвитку Криму, які розробляються затверджуються і реалізуються відповідно до загальнодержавних програм (ст. 138, п. 5). Таким чином

соціальна політика не може розглядатися як сфера конкуруючих інтересів унітарної соціальної держави Кримської автономії, що цілком відповідає ст.2,ч.2.

Але це не означає, що досвід функціонування соціальної держави в умовах федеративної або так держави, до складу якої входять автономні державні утворення, для нас є зайвим чи позбавленим цінності

Необхідно пам'ятати, що український унітаризм доповнюється елементом не лише автономії, але регіоналізму, позначеного економічними, екологічними, демографічними особливостями, етнічними культурними традиціями, що історично склалися поділом на Захід і Схід. За цих обставин український унітаризм буде і надалі вдосконалюватись шляхом децентралізації і розширення ролі регіонів, що вже знайшло свій прояв у створенні Ради регіонів при Президенті України, в роботі регіональних депутатських груп, у прийнятті законів про спеціальні економічні зони тощо. Головне – аби цей рух і вийшов за межі, визначені Конституцією.

Проте в умовах економічної кризи у східних регіонах-донорах все голосніше лунають заклики відмовитися від

"буксирування" економічно "відсталих" західних областей. Причини таких настроїв зрозумілі, але реалізація порушить конституційну вимогу щодо збалансованості соціально-економічного розвитку регіонів (ст. 132).

Отже, проблема, яка спочатку здається цікавою переважно в теоретичному аспекті, при детальному розгляді набуває досить актуального прикладного характеру.

Підсумковуючи вищезазначене, необхідно зауважити, що процес конкретизації положень Конституції щодо демократичного, соціального правового характеру Української державності встановлення механізмів її функціонування обумовлюють об'єктивну потребу у вивченні й аналізі досвід інших країн. У цьому плані для нас може стати корисним розгляд конституційного порядку вирішення питання співвідношення соціальної держави і принципу федералізму у ФРН та Іспанії.

Основний закон не лише характеризує в цілому ФРН як соціальну федерацію (ст. 20, абз.1), але вимагає аби конституційний устрій земель відповідав головним принципам соціальної правової держави (ст.28,абз.1) (7, с.455,456). Згідно з позицією, яку зайняв Федеральний конституційний суд, приписи, які складають зміст згаданих статей, виконують дві узгоджені між собою функції. Якщо перша полягає в тому, що ці нормативні приписи безпосередньо визначають ті принципи, якими мають керуватися землі при розбудові свого конституційного устрою, то зміст другої полягає у здійсненні такого правового регулювання відносин у федерації, яке забезпечило б однорідність конституційного ладу земель федерації, що необхідно для здійснення останньою контролю за землями (3, с.14). Внаслідок цього дотримання принципу соціальної держави не може бути обмежена виключно межами земель або лише компетенцією федерації.

Хоча ФРН конститується в соціальну федеративну державу, було б помилкою вважати, що ці принципи відсутній стан напруги. Принципу федералізму зовсім не просто досягти згоди соціальною державою. Остання, намагаючись зменшити соціальні відмінності, вирівняти соціальне економічне становище окремих регіонів, привносить із собою унітарні засади. Вважаємо, що слід погодитися з висновками німецьких спеціалістів у галузі державного права, які полагають, що унітарна держава своєю сутністю соціальна держава непередбачає федеративних диференціацій повноважень у сфері законодавства, соціального забезпечення, фінансів (3,с.29; 2,с.49). Спроба усунути існуюче протиріччя шляхом виключення одного з принципів не має сенсу, оскільки є неконституційною. Обидві ознаки держави надійно захищені від таких спроб ст.79 Конституції. Це, в свою чергу, змушує шукати точки зіткнення між означеними принципами.

Принцип федералізму мав об'єктивну потребу в соціальній державі. Вона полягає в тому, що федерація традиційно об'єднує досить різні як за розміром, економічним потенціалом, так і за можливостями суб'єктів. Це обумовлює необхідність складного регулювання процесу вирівнювання становища окремих суб'єктів, здійснення якого без втручання соціальної федерації не вбачається можливим. Важливим кроком на шляху вирішення цих проблем можна розглядати намагання реалізації ідеї щодо "кооперативного федералізму", хоча і вона нездатна стати панацеєю. Здійснювана на засадах кооперації, координації і субсидіарності співпраця земель, земель і федерації може сприяти досягненню однакового й ефективного виконання державних завдань, чого вимагає соціальна держава, і разом з тим дозволяє уникнути зайвої централізації.

Соціальна мета держави, яка отримує свою легітимацію завдяки вищезгаданим статтям кореспондується як федерації, так і землям, що її утворюють. Ця мета є імперативною вимогою до законодавця, проте, зазначає К.Хессе, вона зовсім не передбачає імперативного характеру за способами шляхами її здійснення (6, с.112), що звільняє від необхідності їх конституційної конкретизації. Питання щодо масштабів гомогенізації соціальної держави, оскільки спільна відповідальність за загальне благо фактично передбачає дію принципу субсидіарності. Суб'єкти федерації здатні прийняти до свого відання реалізацію правомочностей у соціальній і економічній сферах. Як засвідчує практика децентралізація установ по наданню соціальної допомоги, існування різноманітних її форм дозволяють і лише уникнути зайвої бюрократизації в цій сфері, але й знайти більш досконалі форми надання такої допомоги, наблизити її до конкретної людини, зробити її більш диференційованою. Німецькі правознавці підкреслюють, що саме "з точки зору принципу субсидіарності словосполучення "соціальної держава",...виникнення якого в історичному аспекті визначалося лише редакційним завданням, набуває матеріального сенсу" (3, с.28, 29). Але необхідно пам'ятати, що соціальна держава передбачає і вимагає проведення єдиної політики в соціальній і економічній сферах, оскільки є потреба в дотриманні принципу рівності і збереження рівноваги при її здійсненні. Взагалі варто зважити на той факт, що вимоги щодо гомогенізації діяльності держави в соціальній сфері не руйнують федералізм; скоріше вони надають йому більшої врівноваженості. Ці вимоги випливають як із самого принципу соціальної держави, так і з інших норм Конституції. Наприклад, питання щодо державного соціального забезпечення, піклування про інвалідів і жертв війни, робітниче право і соціальне страхування (ст. 74, п. 7,10,12) віднесені до конкуруючої законодавчої компетенції Федерації і земель. На практиці діє загальна презумпція, згідно якою питання компетенції у сфері визначення соціальної мети і шляхів її досягнення вирішується на користь Федерації. При цьому йде посилання на ст.72, абз.2 п.3, яка обґрунтовує цей підхід необхідністю дотримання правової, економічної єдності й однакових життєвих умов на всій території.

Однак це зовсім не означає, що землям є сенс чинити опір "експансії" соціальної держави в означеній сфері, оскільки вона передбачає суттєві фінансові асигнування з федерального бюджету. Це, з іншої сторони, передбачено ст.104, абз.4, яка уповноважує Федерацію надавати фінансову допомогу, необхідну для усунення порушень загального економічного балансу держави. Отже, функція Федерації полягає в координації і об'єднанні, що повинно забезпечити ефективне планування, керівництво і соціальне забезпечення завдань, які кореспондують соціальній державі (6, с.135).

У контексті розгляду цієї проблеми необхідно вказати на специфіку співвідношення соціальної держави з принципом автономії, що проявляє себе в унітарних державах, до складу яких входять автономні утворення. Візьмемо за приклад Іспанію. Тут, як і у випадку з федеративною державою, соціальна держава, проявляючи свою унітаристську сутність, діє як на рівні держави в цілому, так і на рівні автономій і місцевої влади. Постає питання про ті обмеження, які покладає на принцип автономії принцип рівності, безпосередньо пов'язаний із застереженням про соціальну державу.

Конституція Іспанії закріплює територіальну систему поділу влади. Згідно з нею автономія отримує статус, відповідно до якого вона здатна втілювати в життя різні соціальні й економічні програми. Але сам в цьому аспекті діє принцип автономії зустрічає певну протидію з боку соціальної держави, яка вимагає проведення єдиної політики в означених сферах. При цьому необхідність такої єдності обґрунтовується і лише з огляду на сам принцип соціальної держави, але й інші конституційні приписи. Так, законодавець ст.138.1 (4), керуючись конституційним принципом солідарності, вимагає від держави спрямовувати свою діяльність на встановлення справедливої і адекватної рівноваги між різними частинами країни і подолання територіальних економічних диспропорцій, а в ч. 2. цієї ж статті наголошує на тому, що різниця в статусі окремих автономій не може передбачати економічних і соціальних привілеїв. Особливого значення цьому плану набуває ст. 149.1.1, яка закріплює за державою виключну компетенцію щодо регулювання основних умов, гарантуючих рівність усіх іспанців у здійсненні ними своїх прав і виконанні обов'язків. М.Арагон звертає увагу на те, що в цій статті йдеться про регулювання "головних умов, що гарантують рівність". Це застереження, на його думку, свідчить про мету соціальної держави. Передбачається досягнення не лише юридичної рівності, але й гомогенності умов, які можуть бути тільки "матеріальними" умовами і відповідно гарантують соціальну рівність (1, с. 28). У цьому значенні дана стаття повністю узгоджена зі ст. 9.2, яка передбачає обов'язок держави створювати умови для того, аби свобода і рівність особистості були реальними й ефективними.

Виходячи з конституційного визнання рівності прав, зокрема соціальних (ст.139), а тако конституційного припису щодо неможливості існування будь-яких економічних і соціальних привілеїв керуючись вищезгаданою ст. 149.1.1, законодавець легітимізує принцип рівності громадян у їх праві і отримання від соціальної держави допомоги незалежно від того, в якій автономії вони мешкають.

На підставі вищезазначеного разом з тим було б неправильно робити висновок щодо прагнени соціальної держави урівняти права автономій у соціальній сфері. Ці наміри суперечили б вимогам правової держави, принципам якої є соціальна держава, і ст. 138.2, яка однозначно говорить про існування відмінності в статусах автономій. Щодо забезпечення гомогенності соціальної політики мова повинна йти про однорідність, а не однаковість правомочностей автономій.

Підводячи підсумок, вважаємо, що можна погодитися з М.Арагоном, який зазначає, під застереженням стосовно соціальної держави в контексті обговорюваного питання означає, що територіальна автономія не передбачає соціальні привілеї для громадян тієї чи іншої частини країн тобто, інакше кажучи, територіальна автономія не може породити "соціальну дискримінацію" (1, с. 29). Соціальна держава лише гарантує, що незалежно від того, хто надає соціальну допомогу, вона в цілому буде рівною для усіх громадян.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, можна дійти висновку про те, що "інтервенціоналістська політика соціальної держави, якій нездатні протидіяти суб'єкти федерації (автономні державні утворення в першу чергу через те, що в її наслідках безпосередньо зацікавлене населення цих утворень, є її важливим фактором функціонування сучасної державності, завдяки якому без руйнації політичної, культурної, національної самобутності окремих частин забезпечується єдність і функціональність цих складних державних утворень.

Список літератури: 1. Aragon M. Los problemas del Estado social // Sistema. – Madrid, 1994 № 118/11 – P. 23-32. 2. Ельвайн Т. Федералізм і самоврядування: єдність назовні, багатоманітність усередині, успіх німецької історії // Deutschland – 1996. -№ 2. – ИК. – С.44-49. 3. Изензее И., Кирххоф П. Государственное право Германии – В 2-х т./Сокр. пер.с нем.-М.: Изд-ли Изензее И.,Кирххоф П.,1994.-Т.2.—320 с. Конституция Испании // Конституции буржуазных государств:Учеб. пособие /Сост. В. В.Маклаков. М.:Юрид. лит., 1982. -с. 277-317. 5. Конституція України. -К.:Україна, 1996. -79 с. 6. Хессе К. Основ конституционного права ФРГ /Пер.с нем.-М.:Юрид. лит.,1981.-568 с. 7. Хрестоматія з історії держави права зарубіжних країн. -Т. 2:Навч. посібник, для юрид.вищ.навч.закладів і фак.:У 2-х т. /За ред В.Д.Гончаренка.-К.:Ін Юре.- 1998.-608с.

В.С. Смородинський

Судебная власть и защита конституционных прав и свобод граждан

В соответствии со ст. 3 Конституции Украины основной обязанностью государства является утверждение и обеспечение прав и свобод человека. Статьей 8 Основного Закона каждому гарантируется право обращения в суд для защиты конституционных прав и свобод человека и гражданин непосредственно на основании Конституции, а ч. 1 ст. 55 содержит общую норму, означающую право каждого обращаться в суд, если его права нарушены или нарушаются, созданы или создаются препятствия для их реализации либо имеют место иные ущемления прав и свобод. Отказ суда в приеме исковых и иных заявлений, соответствующих установленным законом требованиям, является нарушением права на судебную защиту, которое в соответствии со ст. 64 Конституции Украины не может быть ограничено.

Эти положения соответствуют обязательствам Украины, возникшим, в частности, в связи с ратификацией Украиной Конвенции о защите прав и основных свобод человека (1), Международного пакта о гражданских и политических правах (2), которые в соответствии со ст. 9 Конституции являются частью национального законодательства Украины.

Судебной защите прав и свобод граждан, предприятий, учреждений, организаций способствует надлежащее, осмысленное применение конституционных норм как органами правосудия, так и самими субъектами защиты. Важнейшую роль в этом играют правовые позиции, изложенные в решении Конституционного Суда Украины – единственного органа конституционной юрисдикции (ч. 1 ст. 14

Конституции Украины) и в постановлениях Пленума Верховного Суда Украины – наивысшего судебного органа в системе судов общей юрисдикции (ч. 2 ст. 125 Конституции Украины). Некоторые из этих позиций, изложенные ниже, наглядно демонстрируют уникальную роль, отведенную судебной власти конституционной системе защиты прав и свобод граждан.

Поскольку Конституция Украины в соответствии со ст. 8 имеет наивысшую юридическую силу, а ее нормы являются нормами прямого действия, суды при рассмотрении конкретных дел должны оценивать содержание любого закона или иного нормативно-правового акта с точки зрения его соответствия Конституции и во всех необходимых случаях применять ее как акт прямого действия. Если из содержания конституционной нормы вытекает необходимость дополнительной регламентации ее положений законом, суд при рассмотрении дела должен применять только тот закон, который основывается на Конституции и не противоречит ей. В случае неопределенности в вопросе о конституционности примененного или применяемого в конкретном деле закона, суд по ходатайству участников процесса или по собственной инициативе приостанавливает рассмотрение дела и обращается с мотивированным определением (постановлением) в Верховный Суд Украины, который в соответствии со ст. 150 Конституции Украины имеет право возбудить перед Конституционным Судом вопрос о соответствии законов и других нормативно-правовых актов Основному Закону. Такое решение может принять суд первой, кассационной или надзорной инстанции на любой стадии рассмотрения дела.

В соответствии с гл. 31-А Гражданского процессуального кодекса Украины “Жалобы граждан на решения, действия или бездействие государственных органов, юридических или должностных лиц в сфере управленческой деятельности” гражданин имеет право обратиться в суд с жалобой, если считает, что решением, действием или бездействием государственного органа, юридического или должностного лица во время осуществления ими управленческих функций нарушены его права и свободы, созданы или создаются препятствия для реализации конституционных прав и свобод и т. д. (ст. 248-1 ГПК Украины). Ни ст. 55 Конституции Украины, ни гл. 31-А ГПК Украины не определяют, как именно решения, действия или бездействие органов государственной власти и местного самоуправления или должностных и служебных лиц могут быть обжалованы, и устанавливают принцип, в соответствии с которым в суде могут быть обжалованы любые решения, действия или бездействия. Часть 2 ст. 55 Конституции Украины необходимо понимать так, что каждый (гражданин Украины или иностранец, лицо без гражданства) имеет гарантированное государством право обжаловать в суде общее юрисдикции решение, действия или бездействие любого органа государственной власти, органа местного самоуправления, должностных лиц, если считает, что их решение, действия или бездействие нарушают или ущемляют его права и свободы или препятствуют их осуществлению. Такие жалобы подлежат непосредственному рассмотрению в судах независимо от того, что принятым ранее законом может быть установлен иной порядок их рассмотрения (обжалование органу, должностному лицу высшего уровня по отношению к тому органу или должностному лицу, которые приняли решение, совершили действия или допустили бездействие). Подача жалобы органу, должностному лицу высшего уровня не препятствует обжалованию этих решений, действий или бездействия в суде.

В соответствии со ст. 248-2 ГПК Украины предметом судебного обжалования могут быть акты решения, действия или бездействие субъектов обжалования, в связи с которыми гражданин считает, что: нарушены либо нарушаются его права и свободы; созданы либо создаются препятствия для реализации им своих конституционных прав или свобод (либо меры по их реализации являются недостаточными); на него возложены обязанности, не предусмотренные законодательством, либо предусмотренные, но без учета конкретных обстоятельств, по которым эти обязанности должны возлагаться; либо они возложены не уполномоченным на это лицом или органом; либо он привлечен к ответственности, не предусмотренной законом; либо к нему применено взыскание при отсутствии предусмотренных законом оснований или неправомочным служебным лицом (органом).

Например, в суде могут быть обжалованы: отказ в регистрации акта гражданского состояния; отказ оформления паспорта для выезда за границу либо его временная задержка или изъятие; решение органа местной государственной администрации или органа местного самоуправления о введении и предусмотренных законом налогов и сборов, об установлении ограничений на вывоз товаров за пределы административно-территориальной единицы (города, области) и т. д.

Установив при рассмотрении дела обоснованность доводов жалобы, суд своим решением признал обжалуемые решения, действия или бездействие неправомерными, определяет, каким путем должны быть восстановлены права или свободы, указывает, какие нормы нарушены и какие конкретно действия для их восстановления должны быть совершены (к примеру, обязывает зарегистрировать транспортное средство на имя заявителя, провести соответствующую регистрацию акта гражданского состояния и т. д.). Вступившее в законную силу решение суда о признании неправомерным индивидуального или нормативно-правового акта влечет за собой его недействительность с момента принятия.

В решениях Конституционного Суда Украины и постановлениях Верховного Суда Украины содержится ряд правовых позиций, изучение и применение которых дает возможность разрешить многие проблемы, неоднократно возникавшие перед судами при рассмотрении конкретных дел.

Так, Конституционный Суд Украины на основании изученных материалов пришел к выводу, что последнее время происходит безосновательное, противозаконное расширение сферы применения контракта как особой формы трудового договора. Это не способствует созданию условий для осуществления гражданами права на труд, усложняет положение работников, снижает реальность гарантий трудовых прав граждан, установленных Конституцией и законами Украины. Исходя из необходимости усиления правовых средств защиты прав граждан в области труда, Конституционный Суд Украины признал правильным в дальнейшем ограничить определение сферы применения контракта только законами. Тем более, контрактная форма трудового договора не может устанавливаться коллективными договорами и соглашениями, другими локальными нормативными актами. Термин «законодательство», используемый в ч. 3 ст. 21 Кодекса законов о труде Украины по поводу определения сферы применения контракта как особой формы трудового договора, необходимо понимать так, что и охватываются законы Украины, действующие международные договоры Украины, постановления Верховной Рады Украины, указы Президента Украины, декреты и постановления Кабинета Министров Украины, принятые в рамках их полномочий и в соответствии с Конституцией Украины и законами Украины. Такое толкование положений трудового законодательства Украины Конституционным Судом является общеобязательным, безусловно, будет способствовать защите трудовых прав граждан и правильному применению специфической контрактной формы трудового договора, зачастую используемой неправомерно.

Другим решением Конституционного Суда Украины поставлена точка в судебных спорах об увольнении работников либо без согласия профкома, либо с согласия того профкома, членом которого работник не является. Конституционный Суд определил, что понятием «профессиональный союз, действующий на предприятии, в учреждении, организации», которое применяется в статье 43-1 КЗ Украины, охватывается любой профессиональный союз (профессиональная организация), который в соответствии с Конституцией и законами Украины создан на предприятии, в учреждении, организации на основе свободного выбора его членов с целью защиты их трудовых и социально-экономических прав и интересов, независимо от того, является ли такой профессиональный союз стороной коллективного договора, соглашения. Вопрос о даче согласия на расторжение трудового договора с работником предусмотренных законом случаях и порядке решает тот профессиональный союз, действующий на предприятии, в учреждении, организации, членом которого является работник.

Поскольку с принятием Конституции Украины ряд положений кодексов и законов Украины вошли в противоречие с нормами Основного Закона и, следовательно, утратили силу, хотя формально и не были отменены либо изменены законодателем в установленном порядке, Пленум Верховного Суда Украины выявил ряд таких правовых коллизий, естественно, подлежащих разрешению в пользу норм Конституции. Так, при рассмотрении трудовых споров судам следует иметь в виду, что ч. 3 ст. 43 Конституции Украины использование принудительного труда запрещено. В связи с этим не могут применяться к противоречащие Конституции правила ст. 32, 33, 34 КЗоТ Украины, ведомственных положений и уставов о дисциплине, которые предусматривают возможность временного перевода работника без его согласия на другую работу в порядке дисциплинарного взыскания, в случае производственной необходимости или простоя, а также возможность выполнения им работы, не предусмотренной трудовым договором.

Поскольку в соответствии со ст. 47 Конституции никто не может быть принудительно лишен жилища, иначе как на основании закона по решению суда, при решении жилищных споров судам необходимо

исходить из недопустимости выселения в административном порядке по санкции прокурора лиц самоуправно занявших жилое помещение или проживающих в домах, угрожающих обвалом. С введение указанного положения многочисленные агентства недвижимости, занимающиеся расселением жильцов домов в престижных районах с целью последующей продажи этих домов, утратили такое мощное средство, как принудительное выселение в административном порядке.

Возможности судебной защиты, открывшиеся и расширившиеся после принятия Конституции Украины, огромны. Массовое сознательное применение и исполнение конституционных норм соответствующих им норм законодательства прямо связаны с реализацией этих возможностей реализацией судебной властью своих полномочий.

Список литературы: 1. Конвенція про захист прав і основних свобод людини // Права людини 3б.документів. – Харків: Асоціація юристів “Justo Titulo”. – 1995. – С. 108-120. 2. Междунар. пакт гражданских и политических правах // Права человека: Основ.междунар.документы. – М.: Междуна отношения. – 1990. – С. 35-60.

Л. С. Гамбу

РЕФОРМУВАННЯ ВИЩИХ ОРГАНІВ СУДОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ В ЧАСИ ПРАВЛІННЯ ГЕТЬМАНА К.Г.РОЗУМОВСЬКОГО

Гетьманство, скасоване в Україні після смерті Д.П.Апостола, було відновлено в 1750 р. Підготовка до воєн з

Прусією і Туреччиною вимагала, повернення гетьманської автономії підтримки з боку козацької старшини та відродження української економіки, підірваної діяльністю Правління Гетьманського Уряду (1734-1750 рр.) (9,с.6). Новим гетьманом на старшинській раді в Глухові було обрано графа К.Г.Розумовського (1750-1764рр.), який і розпочав відродження української автономії.

К.Г.Розумовський ордером від 16 квітня 1751 р. наказав здійснювати судочинство у всіх судових органах лише за українським правом, що передбачало усну ("словесну") форму процесу стосовно, принаймні, малозначних справ (11, с. 760).

Процесом відродження гетьманської автономії К.Г.Розумовський керував, спираючись на козацьку старшинську верхівку, особливо елітну генеральну старшину, яка поступово перетворилася на шляхту і прагнула, до власних станових судів (4, с.6). Тому суттєву увагу гетьман приділяв судовим повноваженням Ради генеральної старшини і Ради старшин, які, практично, виконували представницькі функції при гетьманському правлінні. У 1752 р. К.Г.Розумовський зобов'язав генеральних старшин розглядати апеляційні скарги на рішення Генерального військового суду (ГВС), що надходили до гетьманського суду, і розробляти "сентенції" щодо їх вирішення з подальшим поданням гетьману на остаточну "апробацію" (5, с. 115-117).

Для генеральних і полкових старшин, вищого духовенства й осіб, узятих під гетьманську протекцію, ГВС формально був першою інстанцією при розгляді їх цивільних і кримінальних справ. Жорстка внутрішньостанова боротьба, що точилася між ними за володіння маєтками, призводила до перевантаження ГВС цивільними справами. З урахуванням того, що цей суд виступав також апеляційною інстанцією для полкових і магістратських судів, К.Г.Розумовський з метою його розвантаження ордером від 12 грудня 1751 р. зобов'язав усіх означених привілейованих старшин-позивачів з земельних справ звертатися спочатку до нижчих, головним чином полкових судів, якщо спірні землі були розташовані не у своєму полку. Для зменшення кількості апеляцій на рішення полкових і магістратських судів гетьманським ордером від 19 грудня 1751 р. передбачалося накладання штрафів на позивачів у разі визнання їх апеляційних скарг неправомірними. Це ж стосувалося і суддів, якщо вони винесуть неправомірне рішення. Неправомірність дій апелянтів або полкових і магістратських суддів визначав ГВС. Щодо самого ГВС аналогічні функції виконувала Генеральна військова канцелярія (ГВК) (11, с. 768, 769). Великий

14

розмір штрафів пояснювався тим, що багато апелянтів навмисно подавали неправомірні скарги з метою максимального продовження терміну використання майна, яке утримувалося ними у своєму незаконному володінні (11, с. 768).

Спрямування К.Г.Розумовським зусиль на зміцнення своєї гетьманської влади зумовило його суперечливе ставлення до ГВК як вищого після гетьмана адміністративного органу з апеляційними повноваженнями щодо ГВС. Останній виконував також функції вищого органу адміністративної юстиції.

Створена на підставі грамоти Петра 1 від 17 листопада 1720 р. та його маніфеста від 14 листопада 1721 р. гетьману І.І.Скоропадському, ГВК була побудована за зразком петровських колегій. Її структура і компетенції сприяли запровадженню самодержавних адміністративно-судових методів і принципів у діяльності органів Гетьманщини (2, с. 2,3; 6, с. 128;14, с. 169). Широка владна компетенція ГВК, її значний вплив на діяльність усього адміністративно-судового апарату Гетьманщини, втручання в діяльність нижчих судів викликали незадоволення ГВС і занепокоєність самого гетьмана. Незважаючи на підтвердження апеляційних повноважень ГВК ордером 1751 р. (12,с.10), уже в березні 1751 р., ще до свого приїзду в Україну, К.Г.Розумовський установав обов'язкову передачу всіх справ, розглянутих канцелярією, на його розгляд і затвердження. Ордером від 24 серпня 1751 р. ліквідувалася колегійність ГВК і суттєво обмежувались її апеляційні повноваження. Генеральний писар тепер лише приймав апеляційні скарги і доповідав про них гетьману.

З часу гетьманування Д. П. Апостола ГВС складався з трьох українських генеральних старшин і трьох російських посадових осіб, а його президентом проголошувався гетьман. Після відкликання за вимогою гетьмана у червні 1750 р. російських урядовців і суддів К.Г.Розумовський визначив склад колегії ГВС з трьох генеральних старшин. Пізніше генеральних суддів залишилося двоє (12,с.16). Бунчукові товариші виконували роль асесорів (молодших суддів). Двом генеральним суддям допомагали чотири асесори, яких щорічно змінювали. Останніх призначав сам гетьман (11, с. 764).

Гетьманським універсалом від 16 листопада 1760 р. склад ГВС було розширено до 12 осіб. З них двоє обіймали посади генеральних суддів, а 10 обиралися щорічно з бунчукових товаришів, полкових старшин та сотників депутатами по одному від кожного з десяти українських полків. До кандидатів висувалися вимоги обов'язкової наявності постійного місця проживання у

15

своєму полку, сумлінної репутації та високого рівня володіння правовими знаннями. Правом вибирати цих депутатів наділялися всі полкові урядовці та інші мешканці полку, які визнавалися володільцями. Обрані депутатами повинні були знаходитися при ГВС постійно протягом усього терміну обрання. Суд гетьмана стає касаційною інстанцією щодо рішень ГВС. Для розгляду касаційних скарг колегія ГВС зобов'язувалася подавати гетьману відомості стосовно змісту справи та короткі викладки з резолютивної частини судового декрету (12, с. 16,17; 10, с. 93,94; 7, с. 54-61).

До реформи в ГВС було 4 асесори при 2-х суддях. Тепер 10 депутатів від полків виконували в ньому функції асесорів. Виборність генеральних суддів Радою старшин зумовила і перехід від призначуваності асесорів гетьманом до їх виборності полковими зборами. Ці збори мали відбутися до 10 серпня, щоб з 1 вересня 1761р. суд розпочав роботу. Фактично до участі у виборчих зборах допускалася лише старшина.

Кожний з обраних до ГВС депутатів під час слухання справ, що надходили з його полку, а також справ щодо нього особисто усувався на час розгляду такої справи з членства в колегії. Ця норма поширювалася і на обох генеральних суддів (1, с. 459). Подібне правило стосувалось і тих членів колегії, які брали участь у розгляді справи за нижчою інстанцією, якщо потім така справа вирішувалася як апеляційна в ГВС. Саме рішення виносилося шляхом голосування, коли голоси ("воти") подавалися по черзі від молодших судей до старших. У разі незгоди окремих членів з рішенням більшості колегії вони могли письмово зафіксувати свою особисту думку. Рішення суду затверджував гетьман, а ГВК до лютого 1763 р. була апеляційною інстанцією (8, с. 59). Черговість розгляду справ встановлювалася відповідно до порядку їх надходження, для чого існував реєстр справ. Судові рішення повинні були ґрунтуватися на попередньо зібраному матеріалі, що надавався на суді. Необґрунтовані припущення заборонялись. Нормативними джерелами для судових рішень визначалися імператорські укази, гетьманські універсали та ордери, а також джерела українського права (11, с. 765).

Внаслідок реформування ГВС набув розширеного складу та нової структури. Він складався з двох департаментів – цивільного і кримінального. До кримінального департаменту надходили справи про злочини неповнолітніх, посадові злочини, а також справи, що попередньо розглядалися городничими. Особливе місце займали справи, пов'язані з позбавленням прав, розгляд яких був

16

обов'язковим навіть у тих випадках, коли підсудні були вже виправдані нижчими судами. Цивільний департамент розглядав відповідні справи "за записками" генеральних старшин, державного допоміжного банку, про застави та ін. У кожному департаменті був суддя, якому допомагали спочатку 2 асесори, а після проведення виборів у 1761 р. – по 5 депутатів від шляхетства (8,с.73-74).

У складі ГВС діяла також судова канцелярія, яку очолював писар, останньому допомагав реєстр (8,с.59) Згідно з ордером від 7 лютого 1755р. писар був зобов'язаний надавати членам колегії юридичні консультації,

про що робив відповідні записи у протоколі або докладав про це гетьману чи призначеному тим на час своєї відсутності правлінню. Такі функції писаря ГВС були подібні до прокурорського нагляду (11, с. 765). До канцелярії входили також ексектор, 2 секретарі, нотаріус, протоколіст, реєстратор, актуаріус, 2 адвокати. Їх обслуговували 22 канцеляристи. Усі службовці отримували грошову і натуральну платню (8, с. 74).

Названі заходи по реформуванню ГВС зробили його своєрідним вищим судовим органом із шляхетським представництвом. Це, в свою чергу, викликало необхідність підвищення його політико-правового статусу і виведення з-під адміністративного і судово-апеляційного підпорядкування ГВК. Ордером від 17 лютого 1763 р. гетьман вивів ГВС з підлеглості канцелярії і зрівняв їх в ієрархічній структурі державних органів Гетьманщини. Водночас було скасовано судову компетенцію ГВК, де залишився один генеральний писар (1, с. 460; 11, с.771,772). Порядок проходження апеляційних справ по інстанціям, установлений гетьманським ордером від 17 листопада, 1760 р., в цілому відповідав тій послідовності, що склалась у попередні часи і передбачала подання апеляції від сотенного суду до полкового, звідти – до генерального, а від нього – до ГВК і, нарешті, до самого гетьмана. Скасування судово-апеляційних повноважень ГВК розширило відповідну компетенцію гетьмана, який тепер безпосередньо приймав апеляції на рішення ГВС(12,с.10,11). Цим рішучим кроком К.Г.Розумовський визволився від можливого організовано політичного тиску з боку генеральної старшини, декілька загальмував дію механізму самодержавного впливу на автономні структури України та зменшив кількість апеляційних інстанцій у її судовій системі. Інше, білы важливе значення ордеру від 17 лютого 1763 р. полягало у вилученні судових функцій з компетенції адміністративно-розпорядчого органу і передачі їх суто

17

судовому органу, що було кроком уперед до поділу влади на рівні вищих державних органів Гетьманщини (9,с.6).

Таким чином, позитивними наслідками реформування ГВС у 1760- 1763 рр. виявилися: а) вдосконалення його загальної організації та структуризації за процесуально-галузевим принципом; б) розвантаження від великої кількості апеляційних справ; в) прискорення процесу судочинства; г) вдосконалені якості розглядання і вирішення справ; д) розмежування судових і виконавчо-розпорядчих функцій вищих органів гетьманського правління при встановленні горизонтального співвідношення між ними.

Загальне реформування судової компетенції вищих органів гетьманського правління сприяло зменшенню адміністративного втручання у судові справи і підвищенню стано-представницької ролі козацької старшини у вищих судових інстанціях, У 1763-1764 рр. ним було підготовлено перетворення полкових судів : нормами Литовського Статуту на спеціалізовані земські, підкоморські та городські суди.

Список літератури : 1. Бантыш-Каменский Д.Н.История Малой России.-К. :Час, 1993.-658с. 2. Василенко М. Пам'ятник української правничої літератури ХУІІІ століття. -Львів: Наук.товариство ім. Т.Г.Шевченка, 1925. – 26с. 3. Лазаревский А.М.Суды в старой Малороссии//Киев., старина.- 1898.-Т.62.-С.75-115. 4. Миллер Д.П.Очерки из истории и юридического быта старой Малороссии. Превращение казацкой старшины во дворянство.-К. :Киев. старина., 1897.-133с. 5. Окіншевич Л. Центральні установи України-Гетьманщини ХУІІ-ХУІІІ ст.: Ч.ІІ: Рада старшин.-К.:Окр.вид.вип.УІІІ праць комісії для виучування історії зах.-рус. та укр. права, 1930.-352с. 6. Окіншевич Л. Лекції з історії українського права. Право державне. Доба станового суспільства. – Мюнхен: Укр. Вільний ун-т, 1947. -171с. 7. Путро О.І.Гетьман К.Розумовський і судова реформа в Україні- Гетьманщині//Укр. археограф, щорічник. -Вип. 2. -К. : Наук. думка., 1993.-С.54-61. 8. Слабченко М.Е.Центральные учреждения Украины ХУІІ-ХУІІІ ст.- Одесса: Губ. ком. просвіти, 1918.-97с. 9. СтрукевичО.К. Україна-Гетьманщина та Російська Імперія протягом 50-80-х рр. ХУІІІ століття / політико-адміністративний аспект проблеми /.-К. :Ін-т історії України НАН України, 1996.- 100с. 10. Ханенко А.Исторический очерк межевых учреждений в Малороссии.- Чернигов, 1870.-125с. 11.Черкаський І.Ю. Судова реформи гетьмана гр.К.Г.Розумовського.- К.:УАН,1927.-С.760-768. 12.Экстракт из указов, инструкций и учреждений ...1786 г. / Под ред. Н. П. Василенко. -Чернигов: Зем.сб. . Чернигов. губ. , 1902. -296с. 13. Яковлів А.Українсько-московські договори в ХУІІ-ХУІІІ віках.- Варшава: Праці укр. наук. ін-ту, 1934.-175с. 14. Яковлів А.

18

Український кодекс 1743 р. "Права., по которым судится малороссийский народ". -Мюнхен: Заграва, 1949. -211с.

В.А.Лизог

Інститут підданства у законодавстві Російської імперії у другій половині XIX- на початку XX століття

У другій половині XIX – на початку XX ст. Російська імперія була за формою правління абсолютною монархією, що поступово еволюціонувала від монархії феодальної до монархії буржуазної.

Згідно зі змістом ст. 1 т. 9-го Зводу законів Російської імперії (1876 р. видання) мешканці Російської імперії поділялись на три групи: природних російських підданих, інородців та іноземців.

Природні російські піддані, так звані фінські обивателі та деякі народи, які мали статус інородців, розподілялися, виходячи з неоднаковості прав та обов'язків, на чотири стани: дворянство, духовенство, міськ обивателі і сільські обивателі. При цьому природні російські піддані та інородці разом з фінськими обивателями складала категорію підданих Російської імперії(3,с.274).

Таким чином, у Російській імперії, окрім станового поділу, важливе місце посідало підданство – один з основних інститутів державного права. Однак законодавство другої половини XIX – початку XX ст. не формулювало визначення поняття “підданство”. У російській юридичній науці того часу склалося декілька підходів стосовно цього поняття. Так, М. Брун розумів підданство як юридичний зв'язок між індивідом і державою, як один з необхідних юридичних станів, у якому перебуває індивід(9,с.70). Н.М.Коркунов погоджувався, що значення підданства полягає у встановленні юридичного зв'язку між індивідом і державою додаючи, що воно закріплює належність особи до певної держави. На його думку, воно має перш за все державно-правове, політичне значення, а потім уже цивільно-правове, оскільки різниця між підданими та іншими категоріями мешканців держави полягає у публічних (політичних) правах, якими користуються піддані і яких позбавлені інші мешканці(4,с.78). Б.Н. Чичерін розрізняв поняття "громадянство" і "підданство", вважаючи, що кожне з них має свій власний зміст і

19

вони можуть використовуватися одночасно. Він писав: "Належність особи до держави має різні назви. Вона зветься підданством щодо верховної влади; правом громадянства стосовно прав, що набуваються, і нарешті, індигенатом або, якщо можна так висловитися, тубільством щодо належності до країни"(8,с.196). Сучасна література визначення підданство як синонім поняття громадянства, що використовується у державі з монархічною формою правління” (5,с.145).

Кожне з наведених визначень не в повному обсязі охоплює зміст цього питання. Слід дати визначення, яке додавало б відсутні істотні ознаки і водночас поєднувало вказані точки зору. На наш погляд, *підданство* – це юридичний зв'язок між індивідом і державною владою, встановленням якого закріплюється належність особи до певної держави. При цьому на особу поширюється дія державних законів, де б вона не перебувала; особа набуває право на захист з боку держави поза кордоном, але набуває права й обов'язки, які регламентують її участь у управлінні державним та громадським життям. Треба наголосити, що підданство – це зв'язок і з державною владою безпосередньо в особі глави держави, який одноособово користується верховною владою, виступає від імені всієї держави і стоїть над державою. Остання ознака більш стосується такої форми держави, як монархія, особливо у її крайньому прояві (абсолютна монархія), де права, свободи й обов'язки населення держави розуміються як даровані суверенним монархом. У законодавчій моделі держави саме такою формою правління найбільш доцільно застосовувати термін "підданство".

На думку Н.М. Коркунова, у взаємовідносинах держави з підданими держава має окремі обов'язки щодо підданих і встановлює для них певні права і повиння надавати їм захист поза кордоном. Вона має змиритися не може вигнати підданого чи вимагати, щоб інша держава терпіла його у себе, а також мусить прийняти свого підданого, коли інша держава його повертає. Відповідно і підданий має повне право знаходитися на території своєї держави(3,с.262).

Підданство Російської імперії на той час означало не лише пасивне підпорядкування державній владі, і активну діяльність, несення натуральних повинностей, серед яких головними були військова і податкова. Так ст.70 Основних державних законів Російської імперії в редакції 23 квітня 1906 р. проголошувала: "Захист престолу та Вітчизни є священний обов'язок кожного російського підданого. Чоловіче населення без різниці станів

20

підлягає військовій повинності згідно з постановами закону". Стаття 71 цього ж законодавчого акту встановлювала: "Російські піддані зобов'язані сплачувати встановлені законом податки та митні збори, а так само відбувати повинності згідно з постановами закону" (6; 1910.-Т. 1.-Кн. 1.-С.6). Характерною рисою підданства було те, що воно зобов'язувало до вірності своїй державі, вимагало від підданого не вчиняти нічого такого, що могло б завдати шкоди її інтересам (4, с.61).

Характеризуючи інститут підданства, необхідно зупинитися на питаннях встановлення та припинення підданства. Законодавство Російської імперії не містило системного переліку засобів встановлення підданств але в юридичній науці була розроблена їх загальна класифікація. Так, Н.М. Коркунов розподіляв засоби встановлення підданства на два види: а) встановлення підданства як наслідок якого-небудь факту, що обумовлює зв'язок особи з певною державою; б) встановлення підданства шляхом прямого прийняття особи підданство. У першому випадку особа набувала право на належність до держави незалежно від згоди на те держави. Держава зобов'язана прийняти таких осіб у підданство й не могла їм відмовити. До таких фактів, як так би мовити, самі собою приводили у підданство належали: народження; для жінок – шлюб; надходження до складу Російської імперії якої-небудь території (внаслідок мирного або іншого міждержавного договору), на якій живуть певні особи (3,с. 265). Природно, що первісний і головний засіб набуття підданства – народження. Будь-яка людина народжується належною до певної держави. Підпорядкування людини державі тим чинником, що визначав для неї природний перебіг подій, незалежний від її волі (8,с.196).

Хто ж визнавався російським підданим за народженням? Дивно, але російське законодавство не мало жодної норми, яка давала б відповідь на це запитання, і не було навіть жодної вказівки на те, що підданство можна встановлювати народженням. Відповідь розумілася як би сама собою, що видно з поняття – "природний російський підданий".

Російське підданство набувалося також шлюбом. Іноземки, які брали шлюб з російськими підданими, і також дружини тих іноземців, які переходили у підданство Росії, ставали російськими підданими. При цьому не потрібно було навіть принесення присяги на підданство(там же, ст.1028). Випадок, коли жінка не мала бажання вступати у російське підданство разом з чоловіком, законодавство Російської імперії не передбачало Заміжні іноземки

21

допускалися до вступу у російське підданство лише разом зі своїми чоловіками (там же, ст. 1014). Але російська піддана, яка вступила у шлюб з іноземцем (і на цій підставі вона також вважалась іноземкою), могла після смерті чоловіка або розірвання з ним шлюбу повернутися до російського підданства, якщо вона ще не залишала батьківщини(там же, ст.1026).

Існував ще один спосіб одержання підданства Російської імперії – натуралізація, або ж "укорінення" (більш вдалим вважаємо останній термін). Цей спосіб здійснювався шляхом безпосереднього прийняття державою у підданство осіб, які не мали права на належність до держави внаслідок якого-небудь факту, що зумовлює зв'язок особи з державою (народження, отримання підданства через шлюб, придбання державою певної території). На цій підставі натуралізація являла собою для держави право прийняти особу у підданств а не обов'язок. Для держави акт натуралізації був актом вільного розсуду, і тому держава висувала певні умови, за яких натуралізація могла бути здійснена. Держава могла відмовити в натуралізації, хоча прохач і дотримувався цих умов(3,с.270). Встановлені умови мали за мету попередити вступ у підданство іноземців, які бажали уникнути таким чином кримінального переслідування у своїй країні, неблагонадійних іноземців, іноземців, які не були забезпечені матеріально, та ін.

До умов, що були встановлені у російському законодавстві, належали: а) принесення особою, яка прохала про вступ у підданство, присяги (6;1876.-Т.9т-Ст.1021); б) обов'язкове попереднє оселення іноземця на території Російської імперії; в) п'ятирічний строк перебування у Росії (лише після закінчення його іноземець набував права просити про прийняття його у російське підданство)(там же, ст.1013). Цей строк починав обчислюватися від моменту видачі свідоцтва про оселення у межах Російської імперії губернатором тієї губернії, де прохач мав намір жити(там же, ст.1011).

Іноземці, які перебували на військовій чи цивільній службі у Росії, а також духовні особи іноземних віросповідань, які були запрошені до Росії по розпорядженню Міністра внутрішніх справ на службу, могли бути, враховуючи думку їх начальства, допущені до присяги на підданство у будь-який час і без будь-яких строків (там же, ст. 1025).

Стосовно іноземців, які зробили Росії особливі послуги або ж були відомі своїми талантами, вченими знаннями, а також іноземців, які вклали значні кошти у російські підприємства,

22

п'ятирічний термін міг бути скорочений з дозволу Міністра внутрішніх справ(там же, ст.1016).

До речі, такого роду законодавчий досвід знайшов своє відбиття і в сучасній законотворчій практиці. Так, ст.16 Закону України про громадянство від 8 жовтня 1991 р. зі змінами і доповненнями на 16 квітня 1997 р. встановлює, що умовами прийняття у громадянство України є : а) визнання Конституції України і законів України; б) неперебування в іноземному громадянстві; в) безперервне проживання на законних підставах на

території України протягом п'яти років (ця умова не стосується осіб, які народилися чи довели, що хоча б оди з їх батьків, дід чи баба народилися на території України); г) володіння українською мовою в обсязі, достатньому для спілкування; д) наявність законних джерел існування. При цьому за рішенням Президента України останні три умови можуть не враховуватися у виняткових випадках щодо осіб, які мають визначні заслуги перед Україною, або якщо прийняття їх в громадянство становить державний інтерес для України (2, ст.16).

На наш погляд, з метою стимулювання процесу іноземного інвестування доречно було б встановити пільгові умови вступу у громадянство також для осіб, які вкладають значні кошти в економіку України.

Слід приєднатися до точки зору Ю.М.Тодики і М.А.Ришняка, які справедливо зазначають, що в законодавстві про громадянство України, на жаль, відсутня така умова прийому, як наявність високих досягнень у різних галузях науки, техніки, культури, що могло б сприяти "припливу" у нашу країну кваліфікованих кадрів. Поки ж що спостерігається тільки їх "відплив", причому кадрів найвищої кваліфікації (7,с.43). Адаже як спосіб зміцнення наукового потенціалу України також може бути використано закріплення у законодавстві пільгових умов прийняття у громадянство осіб, які мають певні здобутки у цих галузях.

Повертаючись до характеристики інституту підданства Російської імперії, слід зазначити, що російське законодавство, на відміну від законодавств більшості інших держав, не передбачало можливості вільного виходу з підданства.

Навіть довгострокове перебування за межами Російської імперії не скасовувало російського підданства (1,с.230). Російське законодавство суворо вимагало тільки "Височайшого соізволення" на вихід з підданства, без якого вступ росіянина у іноземне підданство за законодавством Російської імперії вважався злочином і жорстоко карався (3,с. 273). Так, ст. 325 Уложения про покарання

23

кримінальні і виправні в редакції 1888 р. наголошувала: "Хто відлучиться від батьківщини і вступить в іноземну службу без згоди уряду або ж вступить у підданство іноземної держави, той за це порушення підданського обов'язку і присяги підлягає позбавленню всіх прав і вічному з меж держави вигнанню або, у разі самовільного потім повернення у Росію, заслання до Сибіру на оселення"(6;1913.-Т.15.-Ст.325).

Список літератури: 1. Алексеев А. С. Русское государственное право: Конспект лекций.- М.: Тип. А. А. Гатцука, 1892.-473 с. 2.Відомості Верховної Ради України. 1997.-№23.- Ст.169. 3.Коркунов Н. М. Русское государственное право.-СПб.: Тип. М.М. Стасулевича, 1914.-623 с. 4.Коркунов Н.М. Укоренение иностранцев и прекращение подданства //Журнал министерства юстиции.-1895.-№10.-С. 60-120. 5. Международное право Словарь-справочник / Под общ. ред. В.Н. Трофимова.- М.: ИНФРА, 1997.- 368 с. 6.Свод законов Российской империи. 7.Тодыка Ю.Н. Ришняк Н.А. Гражданство Украины: Учебное пособие.-Харьков, 1996.-218 с. 8.Чичерин Б. Курс государственной науки: В 2-х ч.- Ч.1:Общее государственное право.-М.: Типо-лит. Кушнарёва и К°, 1894.- 481 с. 9.Энциклопедический словарь / Сост. А. Ф. Брокгауз, И.А. Ефрон.- СПб.: Типо литограф. И.А. Ефрона, 1898.- Т 47.-478 с.

А.Ю.Сидорені

Революционные комитеты в Украине в первые годы Советской власти

В декабре 1917 г. в значительной части Украины на основании решения 1 Всеукраинского съезда Советов установилась диктатура пролетариата в политической форме Советов. Советы были выборными органами власти и испытывали сложности в борьбе со своими политическими противниками (например Центральной Радой), так как были многочисленны по своему составу и поэтому не отличались оперативностью. В первое время их деятельности имел место политический плюрализм. Тогда большевики в Украине по опыту Советской России пошли на создание особых органов государственной власти – революционных комитетов.

Данные органы власти были по своему составу малочисленны, но более оперативны в своей деятельности. Члены ревкома не избирались, а назначались из числа партийных

24

работников, преданных идее диктатуры пролетариата . Это позволяло руководству Советского украинского государства легко контролировать данные органы и управлять ими. Более того , чрезвычайные органы в руках диктатуры пролетариата и были тем важнейшим для большевиков средством, инструментом, помощью которого успешно сокращался период становления Советской власти.

В первые годы становления Советской власти, особенно в период 1918-1920гг., советское правительство несколько раз прибегало к использованию революционных комитетов как чрезвычайных органов

государственной власти. Руководствуясь указаниями Коммунистической партии, Советское правительство Украины издало ряд декретов, положений и постановлений о ревкомах, которые устанавливали основные принципы их организации, структуры и компетенции. Деятельность данных органов регламентировалась такими нормативными актами, как декрет Временного рабоче-крестьянского правительства Украины об организации власти на местах 1918 г. (8, № 1, ст.3), "Положение о революционных комитетах", утвержденное 24 октября 1919 г. ВЦИК и СНК РСФСР (9, № 53.- Ст.508), "Инструкция революционным комитетам, образованным в сфере влияния Южного фронта" 1919 г. (2, от 21 декабря 1919 г.), а также законодательство УССР о ревкомах (8, Ч.1,- №1, -Ст.2-3).

Революционные комитеты были Всеукраинскими и местными и иногда даже полностью заменяли центральные органы власти. Часто Всеукраинские ревкомы сами издавали указы и распоряжения об организации революционных комитетов как органов власти. Ревкомы создавались организациями КП(б)У. Этим еще раз подчеркивалась и законодательно закреплялась руководящая роль Коммунистической партии в создании органов Советского государства. Местные – городские, поселковые, сельские и волостные ревкомы объединялись уездными, уездные ревкомы – губернскими, создавались также специальные ревкомы на железных дорогах и телеграфе. Ревкомы создавались из безусловных сторонников партии большевиков и Советской власти (3, с.116).

В первое время зачастую ревкомы создавались не в том порядке и не теми органами, которые были предусмотрены декретами и инструкциями. Даже названия их были неодинаковые: "военно-революционные комитеты", "временные военно-революционные комитеты", просто "революционные комитеты",

25

однако суть их от этого не изменялась – все они были чрезвычайными органами диктатуры пролетариата (6, с.54).

На 1 съезде КП(б)У всем партийным организациям была поставлена задача создать военно-революционные комитеты, органов, которые объединяли бы всех сторонников Советской власти на Украине (6, с.32). Эти военно-революционные комитеты должны были руководить установлением и организацией Советской власти на местах (4, с. 16). Для объединения и руководства деятельностью районных и областных ревкомов по постановлению съезда был образован Центральный военно-революционный комитет (ЦВРК), который также проводил работу по организации военных отрядов, их военной подготовке и образованию отрядов Красной армии. Центральный военно-революционный комитет заменил Бюро, созданное вместо Президиума ЦИК и Народного секретариата в апреле 1918 г. на сессии ЦИК в Таганроге, которое состояло из 9-ти человек (от большевиков в него входили А.С.Бубнов, В.П.Затонский, Г.Л.Пятаков и Н.А.Скрыпник – председатель "девятки"). Члены ЦВРК назначались и отзывались ЦК КП(б)У. Председателем ЦВРК был А.С.Бубнов, в состав его также входили В.П.Затонский, А.В.Иванов, Ю.М.Коцюбинский и др. (3, с.112).

Подпольные большевистские организации, исполняя постановления 1 съезда КП(б)У, начали повсеместное образование ревкомов. Большую работу по их созданию проводили В.К.Аверин, И.А.Амосов, А.С.Бубнов, Я.Б.Гамарник, Н.Б.Голубенко, Л.И.Картвелишвили, Э.И.Квицинг, И.Е.Клименко, В.Р.Клочко, С.В.Косиор, Ю.М.Коцюбинский и др. (11, ф.2, оп.1, д.1, л.18).

После создания ревкомов исполкомы Советов были распущены, а их отделы были подчинены ревкомам. Вся полнота власти была передана вновь созданным губернским, уездным, волостным и сельским ревкомам. Деятельность ревкомов осуществлялась под строгим контролем партии большевиков.

В конце 1918 г. временное рабоче-крестьянское правительство Украины своим декретом утвердило положение об организации власти на местах (8, №1 ст.3). В нем указывалось, что с момента фактического перехода власти к рабочим и крестьянам вступает в силу "Временное положение об организации рабоче-крестьянской власти". Согласно данному положению на местах должны быть созданы небольшие военно-революционные комитеты, наделенные всей полнотой власти. В декрете указывалось, что основной задачей органов власти является борьба с внутренними политическими противниками и установление власти большевиков.

26

Поэтому основными отделами военно-революционных комитетов являлись военный отдел, отдел по борьбе с "контрреволюцией" и отдел народной милиции. Важными были также отделы продовольствия и снабжения.

10 марта 1919 г. состоялся III Всеукраинский съезд Советов, который принял первую Советскую Конституцию УССР и избрал высший орган власти в период между съездами Советов – Всеукраинский

Центральный Исполнительный Комитет (ВУЦИК). На местах создавались исполкомы Советов, а деятельность ревкомов постепенно сворачивалась.

Однако летом 1919 г. войска Деникина начали наступление и вновь появилась необходимость создания необходимого большевикам органа власти – революционного комитета.

11 декабря 1919 г. ВУЦИК и Совнарком УССР на совместном заседании образовали чрезвычайный орган – Всеукраинский революционный комитет, сосредоточивший в своих руках высшую законодательную исполнительную власть (10, ч.1, ст.1). В состав Всеукраинского ревкома были назначены коммунисты Г.И.Петровский (председатель), М.К.Владимиров, В.П. Затонский, Д.З. Мануиловский, В.Я. Чубарь и др. (6, с.43). Основные направления деятельности Всеукрревкома были сформулированы и провозглашены в его декларациях “К рабочим и крестьянам Украины” и “О военной политике на Украине” (7, от 17 декабря 1919 г. 10, ч.1, ст.6). 22 декабря 1919 г. Всеукрревком утвердил “Временное положение об организации Советской власти на Украине” (11, ф.2360, оп.1, д.15, л.1), в соответствии с которым губернские ревкомы назначались Всеукрревкомом по согласованию с губернскими комитетами КП(б)У и командованием Красной Армии. Уездные ревкомы назначались губернскими ревкомом также по согласованию с местными партийными организациями и военными властями.

По своей структуре в это время ревкомы также состояли из нескольких отделов. Дополнительно были созданы следующие отделы: управления, коммунальный, социального обеспечения и совнархозы (6, с.64). Однако полного перечня отделов, которые должны были быть организованы при губернских, уездных и волостных ревкомом, не было ни в Законодательстве УССР о ревкомом (8, ч.1. -№1, -Ст.2-4), ни в “Положении о революционных комитетах” ВЦИК И РНК РСФСР от 24 октября 1919 г. (9, - №53. -ст.508), ни в инструкции ревкомом, образованным в сфере влияния “Южного фронта”. Все эти документы указывали лишь на наиболее

27

важные отделы, которые необходимо было создавать в первую очередь. Таким образом, большевики могли создавать любые отделы, которые имели наиболее важное значение для установления и укрепления их диктатуры.

Заведующие отделом в большинстве случаев являлись членами ревкома, а иногда один член ревкома заведовал несколькими отделами. Всей работой отделов местных ревкомом руководил Всеукраинский ревком и соответствующий отдел вышестоящего ревкома. В большевистских ревкомом практически не было представителей других партий. В них кроме большевиков при твердом обеспеченном большевистском руководстве иногда предоставлялось место только левым эсерам, которые в то время еще поддерживали Советскую власть, хотя и высказывались против ревкомом, усматривая в их действиях нарушение формальной демократии (1, от 3 марта 1918 г.). В марте 1918 г. большевики заявили, что они, будучи единственно испытанной пролетарской партией, взяли на себя власть, не деля ее с партиями, которые отказывают Советам в безусловной поддержке (1, от 7 марта 1918 г.).

В процессе становления органов Советской власти на Украине в конце 1919 – в 1920 годах руководители ЦК КП(б)У и Всеукраинского революционного комитета систематически советовались по всем вопросам государственно-правового строительства с руководителями ЦК РКП(б) и действовали согласно их рекомендациям, например, о проведении аграрной политики в УССР (11, ф.2360, оп.1, д.1, л.9; д.10, л.2-14) о взаимоотношениях между Наркоматами РСФСР и соответствующими органами Всеукрревкома (11, ф.2360, оп.1, д.12, л.103), по многим другим вопросам государственного строительства (5, с.30). Постановлением Всеукрревкома от 21 января 1920 г. “О распространении на Украине декретов РСФСР” (12, с.163) все декреты и постановления УССР, касающиеся организации власти, были аннулированы, а были распространены декреты и постановления РСФСР.

К весне 1920 г. Советская власть допускала создание чрезвычайных органов – ревкомом только непосредственно в прифронтовой зоне, но и в этих районах иногда к их созданию не прибегали, а шли в соответствии с решением IV Всеукраинского съезда Советов на изменение форм деятельности местных Советов, усиливая роль так называемых суженых исполкомом. Весной и летом 1920 г. ВУЦИК были утверждены развернутые “Положения” о всех органах государственной власти и управления, начиная от

28

Всеукраинского съезда Советов и кончая сельскими Советами (11, ф.8, оп.1, д.1, л.181; д.375, л.52). “Положения” предусматривали дальнейшее развитие государственных институтов в советском строительстве

Список литературы: 1. Вестник УНР: Газ. 2. Власть Советов: Газ. 3. История государства и права Украинской ССР.-К.: Учебник/ Наук. думка, 1976.- 758с. 4. КП(б)У в резолюциях ее съездов и конференций. - Харьков: Пролетарий, 1927. 5. Петровский Г.И. Великое начало. М.:Знание, 1957- 33с. 6. Потарыкина Л.Л.

Ревкомы Украины в 1918-1920 гг.-К.: А Н УССР, 1957.- 154с. 7. Правда: Газ. 8. СУ УССР, 1919 9. СУ РСФСР, 1919. 10. СУ Всеукрревкома , 1920. 11. ЦГАВОВ Украины. 12. Хрестоматія з історії держави і права України у 2-х т./ В.Д.Гончаренко, А.И. Рогожин, О.Д.Святоцький .- К.:Ін Юре ., 1997.

Ю.В.Ткачені

Конституційно-правова відповідальність: природа, структура

Розбудова правової демократичної держави передумовлює наявність режиму конституційної законності який “ має місце там, де працює “механізм” конституційної відповідальності”(10, с.202) Між тим ні сама проблема конституційно-правової відповідальності, ні механізм її здійснення на сьогодні не одержали належного дослідження у вітчизняній науці конституційного права. Необхідність такого дослідження впливає насамперед з того, що створення демократичного конституційного ладу і забезпечення його функціонування як бази правової держави практично неможливо без дійового інституту конституційно-правової відповідальності. Слід урахувати й те, що вона виконує функцію гаранта режиму конституційної законності.

Аналіз тих малочисленних наробок, які сьогодні є в літературі, вказує на розбіжність поглядів щодо поняття конституційно-правової відповідальності, її природи і сутності. Так, одні правники розглядають її як вид політичної відповідальності (8); другі – як явище, що поєднує в собі політичну, моральну і юридичну відповідальність (2), треті, посилаючись на те, що захист конституції не є єдиним завданням і метою конституційно-правової відповідальності, а також на особливості процедури її здійснення,

29

підстави та характер, виділяють її як окремих вид соціальної відповідальності (5).

З цим погодитися не можна. Усе вказане вище як аргументи є констатацією лише окремих рис, аспектів конституційно-правової відповідальності. Головне ж – її природа залишається за межами поля зору дослідників. Тому найбільш вагомими є судження, що конституційно-правова відповідальність є самостійним видом юридичної відповідальності. (4,7,10). При такому підході, по-перше, береться до уваги, що настання наслідків для суб'єктів відповідальності спрямовано насамперед на захист конституції, конституційного ладу основних прав та свобод людини і громадянина; по-друге, чітко вказується на те, що це саме правові наслідки яких зазнає той чи інший суб'єкт конституційно-правової відповідальності; по-третє, констатується, що конституційно-правова відповідальність може наступати лише при наявності факту конституційного правопорушення і відповідних конституційно-правових підстав; по-четверте, як вид юридичної відповідальності вона передбачає застосування державного примусу. З цього, безперечно, впливає: природа конституційно-правової відповідальності полягає в тому, що вона є нічим іншим, як одним із видів юридичної відповідальності. До того ж, якщо взяти за основу співвідношення громадянського суспільства і правової (конституційної) держави, то слід визнати, що конституційно-правова відповідальність посідає одне з головних місць у системі юридичної відповідальності.

Враховуючи сказане, конституційно-правову відповідальність можна визначити як такий самостійний вид юридичної відповідальності, правові підстави якої обов'язково вказані в Конституції та конституційних законах України, а сутність полягає в зазначенні суб'єктом за вчинення конституційного правопорушення несприятливих наслідків, безпосередньо передбачених конституційним законодавством.

Конституційно-правова відповідальність як процес має статичну і динамічну структури. Її статична структура за аналогією зі структурою соціальної відповідальності (6, с.24) складається з таких елементів: хі відповідає (проблема суб'єкта), перед ким (проблема інстанції), за що (об'єкт відповідальності), на якій інституційно-нормативній базі (підстави виникнення), який практичний ефект даного процесу (проблема застосування санкції).

В теорії конституційного права немає однастайності у поглядах на те, хто може бути суб'єктом конституційно-правової

30

відповідальності. Однозначно виділяють як суб'єктів цієї відповідальності державні органи, органи місцевого самоврядування та їх посадових осіб. Деякі вчені доповнюють коло суб'єктів, вказуючи, що ними можуть виступати громадські об'єднання та громадяни(12). Можна погодитися з тим, що громадські об'єднання можуть і повинні нести конституційно-правову відповідальність, бо головне для суб'єкта – це можливість мати і здійснювати повноваження у сфері публічної влади. Але громадянин не може виступати суб'єктом конституційної відповідальності, якщо він не є посадовою особою(1,с.39). Якщо визнати громадянина суб'єктом, то в чому тоді буде виражатися обмежувальна функція Основного Закону (11, с.46)?

Це, однак, не заперечує того, що згідно зі ст. 68 Конституції України додержання Конституції та законів України є незаперечним обов'язком громадянина. За недодержання конституційних обов'язків громадянин несуть інші види юридичної відповідальності.

Вважаємо, що самостійним суб'єктом конституційно-правової відповідальності слід визнати і державу цілому. Основою такого твердження слугує положення ч.2 ст.3 Конституції України, яка проголошує, що держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Як відомо, держава може виступати суб'єктом цивільно-правової відповідальності як сторона цивільного договору, то чому ж тоді не признати, що "з боку держави повинна наступати не тільки цивільно-правова, але і конституційно-правова відповідальність, якщо в наявності здійснення публічних функцій з боку держави" (4, с.89).

Конституційно-правова відповідальність має особливий склад інстанцій, тобто таких суб'єктів, які можуть і повинні оцінювати дії того суб'єкта, який учинив конституційне правопорушення. Їх можна іменувати "суб'єкт-інстанція". Згідно зі ст.5 Конституції України основним суб'єктом-інстанцією конституційно-правової відповідальності виступає народ України, якому належить виключне право визначати і змінювати конституційний лад. Але слід зазначити, що народ виступає такою інстанцією дуже рідко, делегуючи це своє право своїм представникам – державним органам в особі законодавчої, виконавчої та судової гілок влади й органам місцевого самоврядування.

На перше місце щодо вимог до суб'єкта інстанції конституційно-правової відповідальності висувається наявність у неї належних конституційних повноважень, оскільки тільки це дає їй

31

право оцінювати поведінку суб'єкта. Особливістю конституційно-правової відповідальності виступає те, що в деяких випадках визнається необхідність взаємних дій декількох інстанцій для кінцевого прийняття рішення. Наприклад, у процедурі імпічменту Президента України виступають інстанціями Верховна Рада України, Верховний Суд України, Конституційний Суд України, тимчасова слідча комісія. Можливо, було б доречним конституційно передбачити такий державний орган, основною функцією якого було б здійснення процедури конституційно-правової відповідальності, як це є, наприклад у Польщі, де Сейм вибирає Державний трибунал на строк дії повноважень парламенту; рішення цього Трибуналу оскарженню не підлягають (3 с.14).

Як політико-правове явище, конституційно-правова відповідальність виступає насамперед правовідносинами між суб'єктом-інстанцією і суб'єктом-правопорушником, суть якого полягає в оцінці інстанцією поведінки суб'єкта. До структури будь-яких правовідносин входить об'єкт, під яким у загальній теорії права розуміють матеріальні, духовні та інші соціальні блага, що задовольняють інтереси і потреби громадян та їх організацій, з приводу яких суб'єкти вступають у правовідносини, здійснюють свої суб'єктивні права і несуть юридичні обов'язки (9,с.40). Суб'єкти правовідносин конституційної відповідальності вступають у зв'язки між собою з приводу визначення суб'єктом-інстанцією, чи є в діях відповідного суб'єкта ознаки конституційного правопорушення: а) чи це є конституційно-правовий делікт, коли існує явне порушення норм конституційного законодавства; б) чи це є неналежне виконання суб'єктом своїх конституційних функцій, коли такого порушення немає. Таким чином, об'єктом конституційно-правової відповідальності виступає поведінка суб'єкта, а об'єктом – найбільш важливі основоположні відносини, принципи, цінності, що закріплюються, у першу чергу, Конституцією України, – конституційний лад та його основи, суверенітет народу, державний суверенітет, основи правового статусу людини та громадянина, компетенція державних органів та ін. (10, с.202).

Підставами відповідальності за конституційним правом є нормативні і фактичні умови. Нормативна основа передбачає лише можливість юридичної відповідальності, а реальною вона стає при наявності юридичних фактів(7,с.20).

Особливістю конституційно-правової відповідальності є те, що фактичні її підстави виникають у різних сферах соціальної діяльності, де головне місце посідає політична сфера. Тому

32

конституційно-правова відповідальність, як правило, має яскраво виражений політичний характер. Юридичним фактом, що може тягнути за собою конституційно-правову відповідальність, може бути здійснення правопорушення. Приміром, Президент України може бути усунений з поста Верховною Радою України у порядку імпічменту в разі вчинення ним державної зради або іншого злочину. Фактичною підставою також може бути здійснення аморального вчинку посадовою особою високого рангу або ж депутатом.

Враховуючи, що фактичні підстави конституційно-правової відповідальності виникають у різних сферах, їх можна поділити на дві групи – вчинення суб'єктом конституційно-правового делікту і неналежне виконання своїх конституційних функцій. Для другої групи, як правило, характерним є те, що для виникнення відповідальності не вимагається обов'язкової наявності вини. Головне тут, що є в наявності дія (або бездіяльність), яка нанесла чи може нанести значної шкоди суспільним інтересам. Неналежне виконання суб'єктом своїх конституційних функцій дещо нагадує інститут зловживання правом у цивільному праві.

Незалежно від того, в якій сфері суспільного життя виникають фактичні підстави конституційно-правової відповідальності, для її виникнення і застосування обов'язково повинні бути правові підстави. Головною з них у конституційному праві є норми Конституції та конституційних законів України, в яких конкретно передбачена можливість наступання конституційно-правової відповідальності (наприклад, норма, що передбачає можливість імпічменту Президента України (ст.111 Конституції), прийняття резолюції недовіри Кабінету Міністрів України Верховною Радою (ст.87,113,115) та ін.). Правовою підставою також можуть виступати принципи права, зокрема, закріплений у ст.8 Конституції України принцип верховенства права.

Важливим елементом статичної структури конституційно-правової відповідальності є санкція, яка спрямована на практичний результат усього процесу. У конституційному праві можуть застосовуватися санкції, що безпосередньо закріплені як у Конституції України, так і в конституційних законах. Ось деякі з санкцій конституційно-правової відповідальності: а) втрата обмеження спеціального статусу; б) визнання нормативно-правових актів неконституційними, припинення дії цих актів; в) визнання роботи державного органу, посадової особи незадовільною в цілому або частково; г) ліквідація, примусовий розпуск; д) тимчасова

33

заборона або зупинення окремих видів або всієї діяльності та ін. (10, с.204).

Динамічна структура конституційно-правової відповідальності складається з таких стадій: а) виникнення відповідальності, що обумовлено наявністю певної низки фактів і причинних зв'язків; б) процедура реалізації, тобто порядок здійснення зв'язків між суб'єктом та інстанцією; в) застосування санкції. Остання стадія знаходить своє завершення у прийнятті рішення певним суб'єктом-інстанцією про застосування конкретної міри конституційно-правової відповідальності. При цьому треба виходити із загальновідомої правової аксіоми: суб'єкт відповідальний настільки, наскільки далеко сягає його реальна свобода своїми діями спрямовувати і змінювати хід подій, ефективно впливати на навколишнє середовище, активно формувати свої життєві умови. Те, що лежить за межами свободи людини або владного органу не може бути предметом відповідальності.

У цьому аспекті слід сказати про нерозробленість у теорії конституційного права питання про умови, які б виключали конституційно-правову відповідальність. Режим конституційної законності вимагає усунення цієї прогалини.

Список літератури: 1.Баглай М.В., Габричидзе Б.Н. Конституционное право Российской Федерации: Учебник для вузов. – М.: ИНФРА-М, 1996.- 512 с. 2. Боброва М.А., Зражевская Т.Д. Ответственность в системе гарантий конституционных норм. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та.- 163с. 3. Виатр Ежи Дж. Конституционная ответственность в Польше после 1989 года // Конституционное право: восточноевропейское обозрение.- 1996 г.- № 2 (15).- С. 12-15. 4. Колосова М.Н. Конституционная ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности // Государство и право.- 1997.- № 2.- С.86-91. 5. Лучин В.О. Теоретические проблемы реализации конституционных норм : Автореф. дис.... д-ра юрид. наук.- М., 1993.- 48с. 6. Мальцев Г.В. Конституция СССР и вопросы социальной ответственности // Конституция общенар.государства: Вопр. теории.- М.: Юрид. лит., 1979.- /Под общ.ред.Л.Ф.Ильичева и Д.А.Керимова. – С.237-264. 7. Мелашенко В.Ф. Основы конституционного права Украины: Курс лекцій для студ. юрид. вузів і фа – К.: Вентурі, 1995.- 240 с. 8.Пискотин М.И. Политическая ответственность работника аппарата государственного управления в социалистических странах: Ответственность сотрудника гос. администрации Докл.на междунар.науч.конф. – Варшава, 1975. 9.Теорія держави та права: Учебник / За заг.ред. В.В.Копейчикова. – К.: Юрінформ, 1995. – 190 с. 10. Тодыка Ю.Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина: Учеб. пособие / Отв.ред. В.Ф.Погорилко.- Харьков: ФОЛИО, РАЙДЕР, 1998.- 292 с.

34

11.Тодыка Ю.Н., Супрунюк Е.В. Конституция Украины – основа стабильности конституционного строя и реформирования общества.- Симферополь: Таврия, 1997.- 312 с. 12.Шон Д.Т. Конституционная ответственность // Государство и право.- 1995.- № 7.- с. 35 – 43.

Основания возникновения корпоративных правоотношений

В основе корпоративных правоотношений лежит договор, заключаемый учредителями акционерного общества, а также договоры между учредителями и подписчиками, явившиеся основанием для их участия в учредительном собрании при создании акционерного общества. Этими, договорными по своей природе, правоотношениями предопределено и право собственности на акцию. Однако правоотношения между акционером и акционерным обществом возникают без соглашения сторон, т.к. последнего еще не существует до его государственной регистрации. Да и акционером становится подписчик только после государственной регистрации общества, несмотря на то, что акции он получит еще позже при соблюдении определенных условий – уплаты их стоимости и регистрации выпуска акций в Государственной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку. И если подписчик и акционер – это одно и то же лицо, именуемое по-разному на различных стадиях учреждения акционерного общества, то учредители и акционерное общество – совершенно разные субъекты правоотношений, отождествлять которых недопустимо.

Основания возникновения правоотношений между учредителями и подписчиками по сравнению с отношениями акционеров и акционерного общества различаются не только по субъектному составу, но и по объектам, а также по содержанию. Объектом первых правоотношений являются права на участие в учредительном собрании, а второго – акция или права, предоставляемые ею, которые заключаются не только правах на участие в собрании акционеров (по аналогии с правами на участие в учредительном собрании), но в имущественных правах, главным из которых является право на дивиденды

Многими учеными исследовались вопросы о теории возникновения обязательств, одной из которых является теория

35

Планиоля, понимавшего под таковыми лишь договор и закон. Причем, он считал, что в случае отсутствия воли сторон, направленной на создание обязательства, оно может возникнуть лишь по воле законодателя. В корпоративных же правоотношениях невозможно отрицать отсутствие воли сторон, которая очевидна в правоотношениях между учредителями и подписчиками при создании акционерного общества, что в свою очередь предопределяет наличие воли и других субъектов – акционеров и созданного учредителями и подписчиками акционерного общества.

Как правило, исследователи правоотношений в акционерном обществе исходят из их договорной природы. Тенденция расширения значения договора и его распространения на многие правовые конструкции исходит из скрытых в нем корней атрибута нормативности правовых явлений (4, С.79), на которые обращали свое время внимание Е.Б.Пашуканис и М.А.Рейснер, каждый из которых исходил из того, что наличие договоробразных отношений между социальными субъектами – это признак определенного внутреннего “правового заряда”, заключенного в этом отношении. “Раз возникнув, идея договора стремится приобрести универсальное значение”, – писал Е.Б.Пашуканис (5, С.113).

Вместе с тем учеными высказывались и нетрадиционные точки зрения по этим вопросам. Так, главой германистической школы гражданского права О.Гирке были установлены в качестве оснований возникновения обязательств помимо сделок и недозволенных действий, так называемые обязательства из оснований, в которых заложена “социально-обязывающая сила”. К последним он относил обязательства, возникающие в связи с вещными, семейными, наследственными и *корпоративными* правоотношениями. Оставляя без рассмотрения философский аспект подобной классификации, без сомнения, играющий чрезвычайно важную роль в ней, а также отнесение к ней вещных, семейных и наследственных правоотношений и обратим внимание на корпоративные правоотношения.

Признавая акционерные компании современными германскими корпорациями, отличными от римских и подводя под это свою теорию, О.Гирке отмечает ее особенность – близость участников к корпорации, несмотря на самостоятельность ее существования как отдельного субъекта права. Вслед за Дювернуа, Гирке считает подобную близость обусловленностью в первую очередь материальными интересами, что не позволяет говорить о чистом их противопоставлении друг другу, как это имеет место в

36

обязательственных правоотношениях. Исследование корпорации проделано О.Гирке с догматической и исторической точек зрения и носит фундаментальный характер. Поэтому недопустимо говорить просто о предложенных им основаниях возникновения обязательств без выяснения их сущности, положенной в основу корпорации как союза со специальной правоспособностью.

Теория О.Гирке с поразительной скрупулезностью развивает идею национальных преобразований особенно в области союзного права. Она направлена на обоснование специфики сущности корпорации как акционерного общества в отличие от корпораций по римскому праву, товариществ и союзов. Ученый рассматривает корпорации как живые личности, возникающие в результате творческого акта, создающего обособленного индивидуума носителя человеческой воли¹.

Теория О.Гирке позволяет иначе оценить и правоотношения, возникающие при создании корпорации с свойственными лишь им особенностями. Подобные особенности корпоративных правоотношений наряду с присущими им чертами гражданско-правовых отношений позволяют утверждать об их специфическом характере. Причем эти особенности проявляются уже на этапе создания акционерного общества. Поэтому, если возникают правоотношения между учредителями и подписчиками, которые можно считать договорным то это иные отношения, нежели отношения между акционерами и акционерным обществом, договор между которыми не заключался. Рассматриваемая нами теория усматривает в актах, подготавливающих создание юридического лица, договорный характер, но считает, что “к ним они относятся лишь одной своей стороной, существенно отличаясь тем, что они в том числе элементы творческого акта, вызывающего к жизни социального носителя воли. Учредительская деятельность является, таким образом, не договорным отношением, а односторонним совместным актом, не имеющим себе подобного в области индивидуального права. Поэтому учредительство и примыкает в формах своей к корпоративной жизни” (3, С.473).

Известный исследователь корпоративных правоотношений в акционерных обществах А. И. Каминка отношения, складывающиеся между учредителями и подписчиками до создания акционерного общества, образно уподобил существованию эмбриона. Правоотношения, складывающиеся до государственной регистрации акционерного общества, находятся “в выжидательном состоянии” (3, С.473).

Об обязательствах из одностороннего волеизъявления говорит швейцарское обязательственное право применительно к ценным бумагам. В то же время теоретики не освещают глубоко этот вопрос, не порождая отличных от германских и французских учений.

Расширение понимания одностороннего волеизъявления в качестве основания возникновения обязательств характерно также для русского дореволюционного права, что происходило главным образом за счет развития понятия ценных бумаг. Отсюда, правовая природа ценных бумаг сама по себе диктует своеобразный подход к правам, предоставляемым ими, влияет на классификацию оснований правоотношений возникающих с их участием, которые приобретают еще большую сложность на этапе создания юридического лица, их выпускающих – акционерного общества.

Корпоративные правоотношения являются сложными, по классификации Савиньи – превращенными в том смысле, что в случае превращения обязательства (а именно о них, как о превращенных говорится в теории Савиньи) имеет место продолжение прежнего обязательства, но в измененной форме. Причем такое изменение касается не только обычных трансформаций лиц, что имеет место при универсальном либо сингулярном правопреемстве в связи с различными обстоятельствами (наследство, реорганизация юридических лиц, замена стороны в обязательстве), а также не только содержания правоотношения (превращения в обязательство возместить убытки, дополнение к основному обязательству уплаты процентов годовых и проч.), но и объектов правоотношений. Несмотря на поэтапную смену того или иного элемента структуры правоотношения вплоть до полного обновления первоначального правоотношения между учредителями на отношения с участием акционеров, мы считаем это отношение единым развивающимся этапным правоотношением. Поэтому не только обязательство “в процессе своего развертывания ...может меняться” (1, С.72), это присуще, даже может быть в большей степени, корпоративным правоотношениям.

Подобный подход, предполагающий отказ от сложившихся стереотипов, не вписывающихся в схему складывающихся

корпоративных связей, позволит обеспечить цельное самостоятельное регулирование корпоративных правоотношений, воплотить их особую юридическую конструкцию по сравнению с классическими гражданско-правовыми отношениями. Это также избавит участников правоотношений, законодателя и ученых, как отмечал В. Б. Ельяшевич, от пользования формами, чуждыми их общему характеру, от втискивания их в несоответствующие им рамки (2, С.452.)

Правоотношения между учредителями и подписчиками при создании акционерного общества, а также правоотношения между акционерами, между акционерами и акционерным обществом впоследствии имеют настолько ярко выраженную специфику, что их регулирование становится возможным и необходимым с совершенно иных позиций — с позиции корпоративного права.

Подводя итог сказанному о теории оснований возникновения обязательств и гражданских правоотношений в целом, отметим, что эти вопросы имеют существенное значение для выявления сущности правоотношений в акционерных обществах. Из этого следует также вопрос о том, привносит ли разрешение проблемы классификации тех или иных оснований что-либо в структуру законодательных актов. Иными словами, влияет ли та или иная упорядоченность оснований возникновения гражданских правоотношений на построение норм законов в целом. В отдельных странах это так, а в других, как например, в Германии, достаточно оказалось расположения соответствующих норм в определенном порядке без указания в самом гражданском уложении какой-либо классификации. Представляется приемлемым последний подход, что избавит от необходимости установления места корпоративных правоотношений и оснований их возникновения в новом ГК Украины, что само по себе достаточно сложно и неизбежно нарушит стройную и устоявшуюся конструкцию законодательных норм. В то же время исследование вопросов оснований возникновения корпоративных правоотношений и установление их правовой природы может быть положено основу конструирования закона Украины об акционерных обществах.

Список литературы: 1.Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., Учен. Труды ВИЮН, вып.3. 1940. 191с. 2.Ельяшевич В.Б. Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве. СПб. 1910. 480с. 3.Каминка А.И. Акционерные компании. Том 1. СПб. Типо-Литография А.Е.Ландау. 1902. 4.Нерсисянц

39

В.С. Аспекты правопонимания: взаимосвязи исторического и логического //В сб.: Методология права: общие проблемы и отраслевые особенности. Тарту, 1988. 5.Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм. сб.: Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980.

В.Н. Крыж

ДЕНЕЖНЫЕ ФОРМЫ ЛИЦЕНЗИОННОГО ВОЗНАГРАЖДЕНИЯ В ПАТЕНТНОМ ПРАВЕ

В условиях рыночной экономики все большее распространение получает использование изобретений, полезных моделей и промышленных образцов заинтересованными лицами путем приобретения лицензий от патентообладателя на основании договора. Специфика определения цены лицензии заключается в том, что ее расчет производится исходя из возможной коммерческой судьбы объекта, право на использование которого предоставляется. Предугадать ее очень трудно, так как она зависит от множества разнообразных и подчас несопоставимых факторов. Невозможно однозначно и с полной уверенностью определить коммерческую ценность изобретений, полезных моделей, промышленных образцов до их практической реализации, т.е. до заключения договора. Цена объектов промышленной собственности носит маркетинговый характер, поскольку определяется соотношением спроса и предложения, эффективностью для потребителя, а не количеством фактически затраченного труда разработчиков. В связи с этим установление размера лицензионного вознаграждения является одним из наиболее сложных вопросов.

Прямое денежное вознаграждение за предоставленное право может производиться в форме паушальной платежей (твердой суммы), роялти (периодических процентных отчислений) или комбинированных (смешанных) платежей.

Паушальный платеж – это твердая сумма, выплачиваемая единовременно или в рассрочку (в несколько приемов). Стороны самостоятельно определяют момент выплаты вознаграждения. Он может вноситься, например, при наступлении одного или нескольких из следующих случаев: при подписании соглашения; при передаче технической документации; по окончании строительства и сдачи в эксплуатацию первой установки; по достижении проектной мощности или производительности и т.п.

40

В отдельных случаях паушальный платеж может осуществляться в разбивку в зависимости от выполнения этапов соглашения или соотноситься с определенными датами. В связи с этим представляется не вполне точным употребление термина “единовременный платеж” применительно к анализируемым суммам.

Сам по себе паушальный платеж используется достаточно редко. Он целесообразен и применяется в основном в следующих случаях: сделка заключается с экономически слабым, неизвестным или малоизвестным лицензиатом, в связи с чем есть сомнения, удастся ли ему успешно наладить коммерческую реализацию объекта; лицензиар не имеет достаточных возможностей для налаживания контроля за деятельностью контрагента по использованию предмета лицензии или сложно проконтролировать объем выпущенной по лицензии продукции; при предоставлении сопутствующих лицензий; когда лицензиатом

выступает юридическое лицо другого ведомства (2, с.29), чтобы исключить вмешательство в его деятельность и т.п.

Преимущества паушальных платежей для *лицензиара* заключается: в возможности в короткий срок получить достаточно большие денежные средства и окупить произведенные затраты на разработку научно-технического достижения; в отсутствии коммерческих и иных рисков, связанных с неудачами лицензиата при использовании объекта, которые могут возникнуть в период действия соглашения; в отсутствии необходимости осуществлять контроль за деятельностью лицензиата (за исключением случаев предоставления также разрешения на знак для товаров и услуг, когда наличие контроля обязательно (1; 5, п. 4 ст. 16)).

Но анализируемая форма вознаграждения имеет свои недостатки для лицензиара: размер паушального платежа, как правило, меньше суммы, которая может быть получена при выплате вознаграждения в форме периодических процентных отчислений; при расширении объема использования предоставленного по лицензии изобретения, полезной модели или промышленного образца патентообладатель не получает никаких дополнительных доходов; отсутствуют данные о рентабельности использования объекта лицензиатом.

Преимущество паушальных платежей для *лицензиата* заключается в отсутствии контроля со стороны лицензиара за производственным процессом (исключая разрешение на знак для товаров и услуг). Однако не всегда приемлема эта форма и для

41

лицензиата ввиду необходимости уплаты значительных сумм до получения прибыли и более высокой степени риска, связанного с приобретением лицензии (вложенные затраты могут себя не окупить, например, случившаяся неудачно сложившейся конъюнктуры на рынке, усиления конкуренции и т.п.). Поэтому в связи с возможным риском и досрочной выплатой стоимости лицензии в счет будущих прибылей сумма анализируемого платежа получается меньше.

К тому же паушальный платеж имеет существенный недостаток – он не отражает действительной стоимости предоставляемого разрешения на объект промышленной собственности, поскольку не учитывает реальные доходы лицензиата, возможные изменения объема использования и т.п. Избежать этого можно путем комбинирования его, например, с роялти.

Роялти являются основным видом лицензионных платежей в мировой практике. Их популярность предопределена непосредственной связью с фактическим использованием предоставленного изобретения, полезной модели или промышленного образца. Законодательство Украины употребляет этот термин в Законе “О налогообложении прибыли предприятий”. В соответствии с ним роялти – это платежи какого-либо вида, полученные в виде вознаграждений (компенсаций) за использование или предоставление разрешения на использование прав интеллектуальной, в том числе промышленной собственности (4, п.1.30). Таким образом вышеприведенное понятие сформулировано достаточно широко, поскольку под ним понимается любой вид платежа за применение результатов творческой деятельности.

В патентном праве роялти – это периодические отчисления, выплачиваемые в течение срока действия договора, своеобразная форма участия лицензиара в прибыли лицензиата, т.е. это только одна из форм лицензионного платежа. Если паушальный платеж может учитывать только предварительно скалькулированные доходы, то при периодических процентных отчислениях лицензиар имеет возможность получить причитающуюся ему долю в реальной прибыли от применения объекта полностью, хотя этот процесс и растягивается на весь срок действия договора.

При применении рассматриваемого вида платежей наиболее сложным является определение ставки и базы роялти.

База роялти – установление того, с чего должны взиматься отчисления. Благодаря ей получаемая сторонами прибыль от

42

использования изобретения, полезной модели или промышленного образца изменяется по мере модификации объема производства, продажи продукции или применения технологии на основе предоставленного разрешения. В качестве базы роялти можно использовать экономический эффект, товарооборот, стоимость произведенной продукции, валовой доход, себестоимость продукции, единицу товара, цену всего изделия или его частей, прибыль и др. Возможны и специфические базы исчисления платежа, обусловленные технологическими особенностями запатентованных процессов, которые приобретает все большее распространение. Это стоимость или количество переработанного по запатентованному способу

сырья или отдельных компонентов, потребляемых в процессе производства, установленная мощность запатентованного оборудования и т.п.

Выбор базы выплаты зависит от ряда экономических и технических факторов. Если позволяет специфика объекта, на который предоставлена лицензия, то наиболее распространенной базой роялти является **единица выпущенной или реализованной продукции**. В этом случае отчисления могут быть в виде заранее определенного твердого размера с одного изделия или же в виде процента от суммы, вырученной от его продажи.

Фиксированная ставка сбора с единицы выпускаемой по лицензии продукции, т.е. поштучный подход, более применим в случаях, когда: лицензия предоставляется на изобретение, полезную модель или промышленный образец, используемый в массовом производстве изделий стандартной номенклатуры; договор заключается с новыми или малоизвестными лицензиатами (так как размеры производства и сбыта проконтролировать легче, чем другие показатели); объект промышленной собственности относится лишь к части продукции или технологического процесса, в связи с чем на него приходится относительно небольшая часть стоимости более крупного изделия; разрешение предоставляется не на основной, а на вспомогательные процессы производства изделия (сортировка, упаковка, маркировка и т.п.). Процент от цены изготовленных или проданных по лицензии товаров в качестве базы роялти предпочтительнее в том случае, когда затруднительно установить цену реализации продукции и тот вклад, который вносит технология в стоимость изделия.

Если по договору предоставляется право на использование способа или технологии, базой роялти может быть объем изготовленной (реализованной) с их применением продукции или

43

стоимость основного переработанного сырья. Последний вариант применим и в том случае, когда установить единую ставку роялти для всех изделий невозможно, а по лицензии выпускается ассортимент изделий из одного и того же сырья.

Установление вознаграждения в форме фиксированного твердого процента к обороту по производству или реализации всех изделий, в которых использовано изобретение, полезную модель или промышленный образец, является предпочтительным, если результат творческой деятельности используется: для производства широкого круга изделий нестандартной номенклатуры или относится к части технологического процесса или продукции, изготавливаемой по разрешению; когда затруднительно установить фактическую цену продукции и тот вклад, который вносит технология в стоимость изделия; при заключении соглашения с малоизвестным лицензиатом. Таким способом лицензиар может застраховать себя от риска, связанного с колебанием цен на лицензионную продукцию и увеличением ее себестоимости.

Несмотря на то, что уплата в качестве лицензионного вознаграждения определенной доли от прибыли учитывает реально полученные по договору выгоды, в качестве базы роялти прибыль используется крайне редко. Объясняется это тем, что она зависит от множества факторов. На ее размер влияет правильный выбор ценовой политики, каналов сбыта, сегментирования рынка и т.д. Поэтому лицензиар стремится защитить себя от возможных маркетинговых ошибок контрагента. Проблема заключается и в том, что лицензиат не всегда согласится предоставить полный доступ лицензиара к бухгалтерским документам для получения необходимой информации. Да и патентообладатель может не устраивать необходимость периодически проводить контрольные расчеты на протяжении всего срока действия соглашения.

Ставка роялти – это размер процента отчислений. На его величину влияют: объем патентной охраны (высокие ежегодные отчисления применяются в тех случаях, когда объект надежно защищен блоком патентов); качество составления формулы изобретения; вид лицензии; срок договора; возможность осуществления контроля за выпуском продукции по лицензии (если контроль затруднен, ставка автоматически повышается) и др.

В международной практике заключения лицензионных договоров широко распространено использование таких ставок роялти, которые ранее устанавливались в аналогичных соглашениях или преобладают в данной отрасли. В связи с этим

44

существуют стандартные ставки роялти по отдельным отраслям промышленности. На Украине информация о вознаграждении за предоставление лицензий на изобретения, полезные модели и промышленные образцы является конфиденциальной.

Ставка роялти может быть фиксированная или переменная (“скользящая”). В последнем случае размер вознаграждения дифференцируется в зависимости от срока действия соглашения, объема производства и

сбыта лицензируемой продукции или цен ее реализации. Она может носить характер прогрессии, т.е. со временем увеличиваться, или регрессии, т.е. уменьшаться по истечении определенного срока. Так, можно предусмотреть, что уровень роялти будет более высоким до того момента, пока лицензиар не получит определенную сумму, после чего выплачиваемое вознаграждение уменьшается.

Комбинированные (смешанные) платежи – периодические платежи в сочетании с первоначальными или минимально гарантированными платежами.

Паушальные платежи используются в большинстве договоров, но доля их не велика. Чтобы согласовать комбинированные платежи, сначала рекомендуется установить размер первоначальных, а затем соответственно уменьшить ставки роялти.

В том случае, когда паушальный платеж сочетается с периодическими процентными отчислениями, он принимает специфическую форму предварительного, гарантийного взноса, т.е. служит своеобразным авансом в обеспечении выполнения договора и своего рода гарантией серьезности намерений лицензиата.

При смешанном вознаграждении первоначальные платежи могут вноситься как единовременно, так и в рассрочку, но, как правило, до начала реализации изобретения, полезной модели или промышленного образца. Остальная часть в виде роялти подлежит выплате в процессе коммерческого использования объекта лицензии, например, по окончании каждого отчетного периода.

На наш взгляд, наличие минимальных гарантированных сумм наряду с роялти превращает их в смешанные платежи¹. Ведь в этом случае речь идет не просто о выплате вознаграждения в виде периодических отчислений, а о существовании определенной твердо фиксированной суммы, меньше которой платежи не могут быть, т.е. лицензиат обязуется уплачивать лицензиару оговоренную сумму по окончании установленного периода независимо от результатов его деятельности и полученной прибыли. Иногда оговор о минимальном вознаграждении означает сумму, которая должна быть выплачена лицензиатом не за определенный период, а в течение всего срока действия соглашения.

Наличие такого условия стимулирует лицензиата к быстрой реализации изобретения, полезной модели или промышленного образца, право на использование которого ему предоставлено по лицензионному договору.

Таким образом, практика выработала несколько денежных форм лицензионного вознаграждения в патентном праве, что дает возможность контрагентам, учитывая конкретные обстоятельства, выбрать приемлемый для них вариант.

Список литературы: 1. Крыжна В. Знаки для товаров и услуг и лицензии на их использование // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. -№ 1.-С. 36-39. 2. Лынный Н.В., Кукушкин А.Г., Подшибихин Л.И. Интеллектуальная собственность и нематериальные активы. – М.: ВНИИПИ, 1996. -134 с. 3. Мухопад В.И. Лицензионная торговля: маркетинг, ценообразование, управление. – М.: ВНИИПИ, 1997. – 223 с. 4. Про внесення змін до Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств": Закон України № 283/97-ВР від 22 травня 1997 р. //Відом. Верхов. Ради України. – 1997. -№27.-ст. 181. 5. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України № 3689-ХП від 15 грудня 1993 р. //Відом. Верхов. Ради України. – 1994. -№ 7, ст. 36.

Н.Е.Плешко

Становление института смежных прав

Институт смежных прав является относительно новым для украинского законодательства. Впервые он был введен в нормативную лексику законом Украины “Об авторском праве и смежных правах”, принятым 23 декабря 1993г.(2, ст.64). Согласно этому закону смежными правами наделяются исполнители, производители фонограмм и организации вещания. Смысл этих прав заключается в предоставлении указанным субъектам исключительных правомочий по использованию результатов их деятельности – исполнений, фонограмм, радио- и телепередач. Это

46

означает, что ни одно лицо, кроме обладателя смежных прав, не может их использовать, не имея на то соответствующего разрешения самого правообладателя (кроме отдельных случаев свободного использования указанных в законе).

Впервые идея защиты интересов рассматриваемых субъектов появилась в Западной Европе еще в 30-х годах нашего столетия. Этот процесс был обусловлен экономической системой этих стран, условиями жесткой рыночной конкуренции, а также стремительным развитием научно-технического прогресса и быстрым распространением его достижений. Научно-технический прогресс вызвал к жизни такие способы фиксации и

распространения произведений, как грампластинки, магнитные ленты, радио, а затем и телевидение. Это способствовало быстрому и масштабному распространению произведений. Теперь их можно не только исполнять, но и фиксировать такое исполнение, многократно копировать запись и многократно сообщать ее по радио и телевидению. Формируется отдельная группа предпринимателей, занимающихся тиражированием и распространением авторских произведений: звукозаписывающие организации, теле- и радиоконпании. Вместе с тем появляется и ряд проблем, связанных с их сферой деятельности. Указанные организации создают объекты, которые требуют немалых капиталовложений, но которые могут находиться в пользовании неограниченного круга лиц. При этом их создатель не может проконтролировать их использование и оградит себя от так называемых “пиратов”, незаконно копирующих фирменную продукцию с целью получения дохода. Поэтому прежде всего возникла проблема защиты имущественных интересов рассматриваемых субъектов и предоставления им экономических гарантий.

Кроме того, на Западе в условиях конкурентного бизнеса интересы исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, имеющих непосредственную связь с потребителем, вошли в противоречие. При создании теле- и радиопередач более выгодным было урегулировать отношения лишь с авторами используемых произведений, поэтому радиокорпорации и телевизионные компании стремились свободно использовать запись на основании разрешения автора. Звукозаписывающих организаций не устраивало безвозмездное использование их продукции в теле- и радиопрограммах, и поэтому они были заинтересованы в запрещении использования записей без их согласия (1, с.64,65).

47

Борьба этих групп заострилась настолько, что потребовала нормативно урегулировать и скоординировать их интересы.

Однако какой способ защиты следует избрать? С одной стороны, исполнители, звукозаписывающие и вещательные организации являются пользователями авторских произведений, а следовательно, их деятельность лежит в пределах авторского права. Но авторские договоры в данном случае малоэффективны, поскольку могут урегулировать лишь отношения с автором и не могут защитить от посягательств третьих лиц. С другой стороны, распространить на всех трех субъектов авторские правомочия невозможно, так как по своей природе исполнение, звукозапись, радио- и телепередача являются “вторичными” объектами, создаваемыми в результате использования авторских произведений на основе данного автором разрешения на использование. Поэтому интересы автора должны иметь приоритетное значение и быть учтены не только при создании таких вторичных объектов, но и при их использовании.

Учитывая указанные особенности, некоторые страны пытались ввести в свои законы об авторском праве отдельные разделы или главы, посвященные регулированию отношений между указанными субъектами (8), либо судебной практикой обеспечить необходимую охрану (например, во Франции) (5, с.121-129).

В связи с возможностью получения дополнительной прибыли за использование произведений за пределами страны проблема вышла на международный уровень. Появилась необходимость в создании международной системы охраны обладателей смежных прав. Так, в 1961 г. была принята, а в 1964 г. вступил в силу Римская конвенция об охране интересов артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций. В ее основу была положена самостоятельная система правовых норм, названная “droits voisins” или “neighbouring rights”, т.е. “права, состоящие в родстве или соседстве” с авторскими правами. Она положила начало разработке национальных законов об охране смежных прав, так как ее положения предполагали принятие соответствующих законов ее участниками. Был сформулирован главный принцип, согласно которому остается в неприкосновенности и никоим образом не затрагивается охрана прав авторов. Артистам было предоставлено право на фиксацию их ранее не зафиксированного исполнения и его воспроизведение на фонограммах. В связи с этим изготовители фонограмм получили право разрешать или запрещать прямое или косвенное

48

воспроизведение их фонограмм. Кроме того, артисты вправе давать разрешение на передачу их исполнений в эфир. А правомочия радиовещательных организаций были определены как право разрешать или запрещать ретрансляцию своих передач, их фиксацию на материальный носитель и последующее воспроизведение. Срок предоставляемой охраны был установлен в 20 лет либо с момента исполнения, либо с момента фиксации, либо с момента эмиссии.

В литературе отмечалось, что данная Конвенция не пользовалась большой популярностью и имела ряд недостатков (7, с.145), но все же это был первый значительный шаг на пути защиты интересов исполнителей изготовителей фонограмм и вещательных организаций.

В 60-70-х годах широкий размах пиратства в сфере изготовления грампластинок во многих странах послужил причиной принятия специального нормативного акта. В 1971г. в Женеве была подписана Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизведения последних, а в 1974 г. на основе положений Римской конвенции под эгидой ЮНЕСКО и ВОИС был выработан Типовой закон по охране интересов артистов-исполнителей, вещательных организаций и производителей фонограмм (7, с.146,147). Его усовершенствованные положения были призваны ускорить и облегчить национальное нормотворчество в сфере регулирования смежных прав. На основе этих международных актов многие страны стали постепенно вводить новый институт в свое законодательство.

Еще один аспект проблемы появился в связи с освоением космоса. В.М. Корецким было описано, как еще при зарождении радиовещания возникла проблема прав на воздушное пространство. Она была обусловлена свойством радиоволн неограниченно распространяться на территориях близлежащих государств и вызвала в свое время существование двух концепций – свободы воздуха и суверенитета (6, с.104-106). Поскольку установить пределы распространения волн техническими средствами невозможно, потребовалось нормативное урегулирование интересов государств. С появлением спутников неограниченное распространение получило и телевизионное вещание. “След спутника” мог охватить территорию сразу нескольких государств и создавать предпосылки бесконтрольного использования вещательных программ в этих странах. В целях решения этой проблемы на международном уровне в 1974г. была подписана Брюссельская Конвенция о распространении несущих программы

49

сигналов, передаваемых через спутники. Основное правило, изложенное в Конвенции, сводилось к тому, что каждое договаривающееся государство обязано принимать соответствующие меры по предотвращению распространений на своей или со своей территории любого несущего программы сигнала любым распространяющим органом, для которого сигнал, переданный на спутник или проходящий через него, не предназначался.

Таким образом, в странах Западной Европы стремительный технический прогресс и рыночные условия в которых велась конкурентная борьба за специфический товар – авторское произведение и за влияние на рынке развлечений, обусловили законодательное закрепление и разграничение прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций.

Совсем иначе развивалось законодательство бывшего Союза, а, следовательно, и украинское. В Основном авторского права 1928г. (10, ст.245,246) был закреплен принцип свободного воспроизведения выпущенных в свет произведений по радио без выплаты авторского вознаграждения. В литературе отмечалось, что введение такой нормы было вполне оправданным в условиях, когда страна особо нуждалась в широком распространении культурных достижений, а зарождающееся советское радио вряд ли было в состоянии выплачивать авторское вознаграждение за использование произведений (3, с.32). За основу было взято решение вопроса о распространении знаний, общего подъема культурного уровня населения страны (1, с. 66). Такой подход был распространен и на телевидение. Примерно так же обстояло дело при использовании авторских произведений путем их звукозаписи. Вплоть до 50-х годов, несмотря на существование нормы о том, что звукозапись выпущенных в свет произведений может производиться без согласия автора, но с оплатой, в связи с отсутствием утвержденных ставок вознаграждения такая оплата не производилась (3,с.23)

Безвозмездное использование авторских произведений звукозаписывающими, радио- и телевещательными организациями, их монопольное положение в сфере распространения исполняемых произведений, а также избирательный подход государства в стимулировании и распространении тех или иных произведений создали ситуацию, при которой охрана “вторичных” прав была не только не актуальна, но даже шла вразрез с устоявшимися нормами авторско-правовой охраны. В юридической литературе отдельными авторами делались попытки обосновать охрану интересов

50

исполнителей, однако отражения в законодательстве они в то время не получили.

И только с развитием рыночной экономики и предпринимательства появилась потребность в новых подходах к этой проблеме и в ориентации на международный опыт в законодательстве, что получило свое закрепление в Законе Украины “Об авторском праве и смежных правах”. Закон был подготовлен в соответствии с международными актами об охране авторских прав на основе контактов со Всемирной организацией интеллектуальной собственности (ВОИС), с управлением авторского права ЮНЕСКО (4,с.81). Положения третьего раздела закона отвечают положениям Римской конвенции 1961г.

Украинские ученые отмечают, что включением в вышеупомянутый закон смежных прав достигаются две важные цели – сближение законодательства Украины с мировой правовой системой и предоставление правовой охраны огромной группе создателей, творчество которых в Украине на уровне закона до сих пор не охранялось (9, с.58).

Следует отметить, что исполнители, изготовители фонограмм и вещательные организации являются не единственными субъектами, распространяющими авторские произведения. Значительная доля в этой деятельности принадлежит издательствам, которые, используя произведения литературы, создают “вторичные” объекты, подобные по своей природе исполнениям, фонограммам и программам вещания. Создатели таких объектов должны иметь право препятствовать свободному копированию их изданий, чтобы защитить свои имущественные интересы от недобросовестных конкурентов. В этой связи было бы целесообразно включить в число обладателей смежных прав издательства, предоставив им исключительные права на воспроизведение и распространение своих изданий.

Список литературы: 1.Богуславский М.М.Вопросы авторского права в международных отношениях.- М.:Наука,1973.-33бс. 2.Відомості Верховної Ради України.-1994.-№13.- Ст.64. 3.Гаврилов Э.П. Советское авторское право: Основные положения. Тенденции развития.-М: Наука, 1984.-222с. 4.Дроб'язко В.С.Робимо все можливе, щоб автор став господарем результатів своєї інтелектуальної праці: інтерв'ю з головою ДААСГ України // Віче.-1997.-№10.-С.81-87. 5.Дюма Р.Литературная и художественная собственность.-М.:Международ отношения,1989.-С.121-129. 6. Корецкий В.М. Избранные труды: Кн.1.- К.: Наук. думка, 1989.- 344 с. 7.Матвеев Ю.Г. Международная охрана авторских прав.-

51

М.:Юрид.лит.,1987.-222с. 8.О правах собственности на литературные, научные и художественные произведения: Закон Норвегии, принятый в 1961г.; Об авторском праве на литературные и художественные произведения: Закон Швеции, принятый в 1960 г.; Об авторском праве: Закон ЧССР, принятый в 1953г. // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сб.нормат. актов: авт. право.-М.:Изд-во УДН, 1988.-205с. 9.Подопригора О.О. Законодавство України про інтелектуальну власність.-Харків: Консум, 1997.-192с. 10.СЗ СССР.-1928.-№27.-Ст.245,246.

П.М. Тимчени

Подведомственность – институт гражданского процессуального права

В науке гражданского процессуального права вопрос о месте норм, регулирующих подведомственность юридических дел, не является бесспорным. Между тем правильное определение места института подведомственности в системе права имеет не только теоретическое, но и практическое значение. От него зависит чёткость кодификационной работы. Последняя же, в свою очередь, оказывает непосредственное влияние на практическую деятельность юрисдикционных органов. От того, насколько чётко будут урегулированы законодателем вопросы подведомственности в значительной степени зависит оперативность рассмотрения различных юридических дел, своевременность и быстрота защиты нарушенных прав граждан организаций.

Исследуя критерии выделения правовых институтов в гражданском процессуальном праве, М.К.Юков делает попытку преодолеть традиционный подход к определению понятия правового института. Он полагает что критерием объединения норм гражданского процессуального права в институты не может быть ни предмет, ни метод правового регулирования, так как последний в процессуальных отраслях однотипен (сквозной) для всех институтов. В качестве одного из основных критериев он называет функции норм права (7,с.11).

Однако, по нашему мнению, вряд ли с этим можно согласиться. Этот тезис не только не применим к институту подведомственности, но и опровергается самим процессом формулирования правовых институтов гражданского процессуального права.

Общепризнанно, что правовые институты формируются

52

двумя путями. Первый – это непосредственно “конструкторская” деятельность правотворческих органов, которые нередко воплощают определённые построения, разработанные правовой наукой. Таким путём, как правило, формируются институты, регулирующие новый круг общественных отношений, связанные с существенной перестройкой системы законодательства. Второй – это такое развитие общности правовых норм, при котором конкретизирующие предписания всё более приобретают самостоятельное

значение, “обрастают” новыми вариантами и детализирующими положениями, в результате чего и происходит постепенное перерастание общности (“связки“ предписаний) в правовой институт (2, с.129).

Из приведённых положений усматривается, что правовые институты возникают не потому, что существуют функции норм или даже их единство (функции норм права не могут опережать сами нормы права – они вытекают из них), а потому, что есть (или возникает) определённая область общественных отношений урегулированная этими нормами, т.е. предмет регулирования, без которого немыслимо сами правовые институты, в том числе и институт подведомственности. Иными словами можно сказать, что функции права существуют постольку, поскольку существуют нормы права, правовые институты.

Следует, как полагаем, согласиться с В.М.Чхиквадзе и Ц.А.Ямпольской, которые считают, что только классификация по основному, самому существенному для всей совокупности правовых норм признаку может выявить систему этих норм, вскрыть их единство и различие. Таким классифицирующим признаком и является содержание явлений. В данном случае – это предмет правового регулирования, характер регулируемых правом общественных отношений (6, с.35).

Наряду с этим большинство учёных правильно полагают, что критерием подразделения внутри правовой системы, а также каждой отрасли права является и метод правового регулирования (4, с.16). При этом следует отметить, что каждому институту в отдельности присущ один и тот же метод. Если какому-либо из них присущи несколько методов, то это свидетельствует об неоднородности норм права, составляющих содержание этого института, о принадлежности их к различным отраслям права. В этом как раз и заключается практическое значение правового регулирования как критерия.

Таким образом, нормы права, составляющие содержание

53

института любой отрасли права, как правильно отметил Д.А.Керимов, регулируют не всю совокупность качественно однородных общественных отношений, а лишь различные стороны (признаки, особенности) одного типичного общественного отношения. Вместе с тем институт права, будучи подсистемой системы отрасли права, имеет общие с ней характеристики: объективную обоснованность и органическое единство компонентов, специфичность метода, относительную самостоятельность, устойчивость и автономность функционирования (3, с.300).

Процессуальный институт подведомственности обеспечивает самостоятельное регулятивное воздействие на определённый участок общественных отношений и отличается как фактической, так и юридической однородностью. Содержание этого института выражено в таких понятиях, как спор, гражданские дела, компетенция, связанность, требования и пр. Для него характерна своя структура, без которой вряд ли можно было бы говорить о самостоятельности, устойчивости и автономности его функционирования, о единой правовой общности.

Объективное объединение в определённом порядке норм гражданского процессуального права в институт подведомственности обусловлено наличием у него свойства относительной самостоятельности, которое выражается в том, что, во-первых, качество, присущее институту в целом, не сводится к качествам норм права, его образующих; во-вторых, он, с одной стороны, выступает в виде *элемента* гражданского процессуального права, как отрасли права а с другой – расчленяется на *нормы* гражданского процессуального права (ст.24, 25, 26, 136, 227 ГПК Украины). Структурная упорядоченность норм права, входящих в процессуальный институт подведомственности, придаёт ему относительную устойчивость, в пределах которой допустимы включения или изменения норм, его составляющих. Последние не должны выходить за пределы предмета регулирования этого института.

Содержание институтов гражданского процессуального права, в том числе и института подведомственности, пронизано общими юридическими принципами. На самостоятельное значение принципов в структуре права уже обращено внимание в научной юридической литературе. Так, С.С. Алексеев отмечает, что понятие нормы права не перекрывает понятие принципа, поскольку они имеют значение особого звена структуры права, пронизывают содержание права на всех уровнях его построения, все элементы

54

правовой системы. Как глубинные элементы, они способны направлять развитие и функционирование всей правовой системы, определять линии судебной и иной юридической практики, отменять устаревшие и принимать новые юридические нормы. Отражая сущность процессуального права, принципы выражают внутреннее единство норм права и поэтому выступают в качестве особого внешнего структурного звена отрасли права наряду с институтами (1, с.261, 262).

Анализ гл.3 ГПК “Подведомственность гражданских дел судам“ позволяет заключить, что споры и иные правовые требования преимущественно подведомственны суду и лишь в случаях, предусмотренных законом – иным органам гражданской юрисдикции. В литературе уже имелось высказывание, что данное правило может быть названо принципом преимущественной подведомственности юридических дел государственным органам (5, с.7). С таким суждением можно согласиться, но с некоторым уточнением. Учитывая конституционное положение о том, что правосудие осуществляется исключительно судами, юрисдикция которых распространяется на все правоотношения, возникающие в государстве (ст. 124 Конституции), необходимо говорить о преимущественной подведомственности споров и иных правовых требований именно суду, а не государственным органам. С учётом сказанного этот принцип следует именовать как *принцип преимущественной подведомственности споров и иных правовых требований суду*.

Институту судебной подведомственности присущи и другие принципы, на основе которых разрешаются споры о подведомственности между различными организациями гражданской юрисдикции.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что внешними объективными факторами, объединяющими нормы гражданского процессуального права в институт процессуальной подведомственности, является предмет и метод правового регулирования, а внутреннее единство этих норм обеспечивают принципы.

Таким образом, судебная подведомственность как институт гражданского процессуального права представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, которые возникают между судом, с одной стороны, и субъектами, обращающимися за судебной защитой, – с другой, и

55

которые связаны с решением вопроса об отнесении к ведению суда их споров и иных правовых требований.

Список литературы: 1.Алексеев С.С. Общая теория права.-Т.1.-М.: Юрид. лит., 1981.-360с. 2. Алексеев С.С. Структура советского права.-М.: Юрид. лит.,1975.-264 с. 3.Керимов Д.А. Философские проблемы права. М.: Мысль. 1972.- 472с. 4.Комаров В.В. Метод правового регулирования гражданских процессуальных отношений: Автореф. ... канд. юрид. наук.-Харьков,1980.-16с. 5.Осипов Ю.К. Принципы процессуально-правового института подведомственности юридических дел// Пробл.применения норм гражд.процес. права.- Свердловск: Свердл.юрид. ин-т. 1986. – С. 4-14. 6.Чхиквадзе В.М., Ямпольская Ц.А. О системе советского права// Сов. государство и право. – 1967. – № 9. – С. 32-40. 7.Юков М.К. Теоретические проблемы системы гражданского процессуального права: Автореф. дис. ... д-ра.юрид. наук.- Свердловск, 1982.-28с.

М.А.Перепелин

МЕСТО ПЛАТЕЛЬЩИКА НАЛОГОВ И СБОРОВ В СИСТЕМЕ СУБЪЕКТОВ НАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ И ЕГО ПРАВОВАЯ ПРИРОДА

Изменения, происходящие в Украине в связи с обретением независимости, обусловили возникновение качественно новых отношений государства и налоговых органов с налогоплательщиками. Это вызвано прежде всего кардинальными преобразованиями налоговой системы Украины, так как налоги в этих условиях стали основным средством регулирования экономики и восполнения доходов в бюджет. В социалистические времена, в условиях ограниченности экономического оборота, налоги не являлись средством регулирования экономики, а были лишь средством государственного изъятия и перераспределения финансовых ресурсов, поэтому и не возникало потребности в том, чтобы разрабатывать механизм налогообложения, четко устанавливать и закреплять правовой статус субъектов налоговых правоотношений.

В данное время основное налоговое бремя легло на плечи налогоплательщиков, законодательное положение которых еще далеко не в идеальном состоянии. В налоговом законодательстве встречаются пробелы как в закреплении прав и обязанностей налогоплательщиков, так и в закреплении прав и обязанностей

56

государства и налоговых органов. Не разработан и механизм защиты налогоплательщика от налогового произвола. Поэтому необходимо подробнее рассмотреть систему субъектов налоговых правоотношений, в частности, место плательщика налогов и сборов в этой системе и его правовую природу.

Система субъектов налоговых правоотношений включает в себя:

а) государство, которое аккумулирует все налоговые поступления в лице компетентных органов государства;

б) налоговые органы (налоговую администрацию, таможенный комитет, органы казначейства, налоговую милицию), реализующие главную цель – обеспечение поступлений налогов и сборов в бюджет;

в) налогоплательщиков (физических и юридических лиц), основной обязанностью которых является уплата налогов в четко установленные сроки.

Реализация этой основной задачи налогоплательщиков зависит от четкого распределения прав и обязанностей всех субъектов налоговых правоотношений.

Государство как собственник аккумулируемых налоговых поступлений должно обеспечить законодательное закрепление принципов системы налогообложения и их соответствие налоговой действительности. Принципы – это то основополагающее звено на чём строится в дальнейшем вся система налогообложения; производным является правовой статус ее субъектов. Конкретные принципы налогообложения закреплены в ст. 3 Закона Украины " О системе налогообложения" от 18 февраля 1997 г. Среди них законодатель счел необходимым выделить следующие: стимулирование, обязанность, экономическая обоснованность, равенство, равнозначность и пропорциональность, стабильность, социальная справедливость. Нет необходимости охарактеризовывать все эти принципы, следует упомянуть лишь о тех, где прослеживается взаимодействие субъектов налоговых правоотношений. Это принцип равенства и принцип стабильности. Первый означает непосредственное равенство всех плательщиков налогов, ставящее их в одинаковое положение по отношению к налоговому прессу. Второй предполагает стабильность на двух уровнях: а) плательщика – в этом случае он привыкает, приспосабливается к налоговым рычагам, находит наиболее выгодное применение своим способностям и средствам;

57

б)налогового органа – в этой ситуации создаются отработанные механизмы учета и контроля.

Кроме того, государство в отношении налогоплательщиков должно придерживаться и специфических принципов налогообложения: а) налоги и затраты на их взимание должны стремиться к минимизации с целью переориентации с фискальной функции на стимулирующую; б) справедливость использования налоговых механизмов должна исключать возможность свободного налогообложения ; в) порядок взимания налогов должен исходить из минимального вмешательства в дела налогоплательщиков; г)сумма уплаченного налога должна быть эквивалентна стоимости благ и услуг, получаемых плательщиком от государства; д) налоги должны характеризоваться четкой бюджетной направленностью ; е)объект налогообложения должен исходить из разумного оптимума и изымать около трети дохода. Государство как субъект налоговых правоотношений должно неизменно соблюдать эти принципы, и только тогда возможен относительно оптимальный порядок в системе налогообложения и в правовой компетенции субъектов налоговых правоотношений.

Налоговые органы, как уже упоминалось, образуют систему учреждений, деятельность которых направлена на поступление налогов и сборов в бюджеты. Эта система включает: а)государственную налоговую администрацию Украины; б)таможенные органы Украины; в) органы казначейства; г)налоговую милицию.

Налоговая администрация обеспечивает поступление средств от налогов; органы таможенного комитета – от таможенных пошлин ; органы казначейства контролируют формирование обязательных фондов; органы налоговой милиции организуют взыскание необходимых платежей, когда плательщик нарушает определенную правовую норму и необходимы меры государственного принуждения. Взаимодействие налогоплательщика с налоговыми органами заключается, прежде всего в правовом статусе последних, т.е. в их правах и обязанностях по отношению к налогоплательщику.

Обязанности налоговых органов делятся на: а) контрольные (проведение плановых проверок, требование устранения выявленных нарушений); б) учетные (организация учета плательщиков); в)информационные (информация налогоплательщиков, обеспечение документацией и бланками);

58

г)организационные (возврат излишне уплаченных налогоплательщиком сумм, соблюдение налоговой тайны).

Права налоговых органов, в свою очередь, делятся на: а)контрольные (проведение налоговых проверок получение от плательщиков необходимых документов); б) организационные (приостановление ликвидации или реорганизации предприятий, изъятие документов и предметов плательщика в качестве доказательств); в) учетные (получение информации от плательщиков).

Как видим, налоговый орган и налогоплательщик находятся в постоянном взаимодействии друг с другом, а в случае произвола со стороны должностных лиц налогового органа специальными нормами предусмотрена их ответственность перед законом.

Что же из себя представляет сам налогоплательщик и каково его место в системе субъектов налоговых правоотношений? Налогоплательщик – это лицо, реально уплачивающее налог, на которое приходится окончательное налоговое давление. Правовая природа плательщика налогов закрепляется основными законами (Закон Украины "О системе налогообложения", " О государственном реестре физических лиц – плательщиков налогов и иных обязательных платежей"), а также иными нормативно-правовыми актами, регулирующими базу системы налогообложения, механизм отдельных налогов, и сборов и детализирующим конкретный перечень прав и обязанностей налогоплательщиков. Необходимо выделить наиболее важные права и обязанности плательщиков налогов, раскрывающие механизм взаимодействия налогоплательщика с налоговым органом или государством.

К обязанностям следует отнести: а) организационного характера (стать на учет или зарегистрироваться в налоговом органе, предоставлять ему необходимую информацию) ; б) по уплате налогов (самостоятельно и верно исчислять сумму налоговых платежей, своевременно и в полном объеме уплачивать налоги, погашать недоимки) ; в) по учету и отчетности (предоставлять в налоговый орган необходимые документы, выполнять его требования). Конкретные обязанности плательщика основаны на двух основаниях – на наличии объекта налогообложения у плательщика и наличии фактов, порождающих обязанность по уплате налога.

Права налогоплательщиков: а) организационного характера (представлять свои интересы непосредственно или через представителей в налоговых органах присутствовать при проведении

59

налоговых проверок); б) по уплате налогов (использовать налоговые льготы, получать отсрочку, рассрочку, налоговый кредит); в) по учету и отчетности (получать в налоговых органах необходимую информацию, выбирать метод ведения налогового учета, представлять налоговым органам пояснения, обоснованные отказы, обжаловать решения налоговых органов).

Интересным представляется вопрос о презумпции виновности налогоплательщика, где роль последней имеет несколько ущемленный характер в налоговых правоотношениях. Прежде всего, налоговое законодательство не имеет прямого действия. Существующие подзаконные акты, ведомственные инструкции которые используют налоговые органы, иногда противоречат отдельным положениям законов либо носят настолько узкий ведомственный характер, что попросту недоступны плательщику и в итоге подрывает его право на информацию. Презумпция виновности отражается и в самом Законе Украины "О системе налогообложения", где закреплены права, обязанности и ответственность налогоплательщика, а данные положения в отношении налогового органа отсутствуют. Таким образом, налоговые правоотношения, складывающиеся между налоговым органом и плательщиком, закрепление обязанностей, прав и ответственности только налогоплательщика ставят налоговый орган в исключительное положение, при котором обязан только плательщик. А если внимательно изучить Закон Украины "О государственной налоговой службе в Украине", то можно прийти к выводу, что и в этом нормативном акте вопросы ответственности и обязанностей налоговых органов носят строго не очерченный и декларативный характер.

Презумпция виновности налогоплательщика отражается и в самом характере налоговой системы, которая является практически исключительно фискальной, основной целью которой является "выдавливание из плательщиков с помощью налоговых ставок, санкции и штрафов определенных сумм для сокращения дефицита бюджета. При этом даже если сумма платежей по налогу поступила в бюджет с превышением мер излишек подлежит возврату или зачислению в налоговых платежах будущих периодов. Если подобные возвраты можно пересчитать "по пальцам", то зачисление в счет будущих платежей опять же наказывает плательщика. Ведь зачисленные суммы через определенное время (месяц, квартал) с учетом инфляционных процессов составляет относительно

60

меньшую сумму на момент их окончательного учета, чем в тот момент, когда они были реально внесены плательщиком.

Механизм взыскания недоимок по налогам также исходит из презумпции виновности налогоплательщика. С.А.Герасименко подчеркивает, что бесспорный порядок взыскания недоимки является следствием того, что законодатель исходит из презумпции недобросовестности и некомпетентности армии налогоплательщиков в целом, идеализируя уровень компетентности, добросовестности и беспристрастности работников налоговых органов (1,с.10).Показательным в этом плане является возникновение РОН (Российского общества защиты прав налогоплательщиков и содействия налоговой реформы), учредительный съезд которого состоялся еще в 1993 г. Таким образом, отсутствие законодательного регулирования отношений равенства плательщиков и налоговых органов заполняется инициативой снизу.

С учетом вышесказанного, можно прийти к выводу, что налогоплательщики в настоящее время с одной стороны, занимают основное место в системе субъектов налоговых правоотношений, так как они единственные, кто противостоит налоговому давлению со стороны государства и налоговых органов, а с другой – они весьма ущемлены в правовом положении. В налоговом законодательстве налицо ряд уже назревших, но еще не изученных проблем в отношении правовой природы как самих налогоплательщиков, так и государства с налоговыми органами. Только при четком балансе правовой налоговой компетенции всех субъектов налоговых правоотношений, возможно наладить оптимально правовую систему налогообложения.

Список литературы: 1. Герасименко С.А. Защита прав налогоплательщиков в арбитражном суде // Экономика и жизнь.-М: Центр дел.информ, 1994.-С. 8-14. 2. Кучерявенко Н.П. Налоговое право: Учебник.-Харьков: Консум, 1998.- 448 с. 3. Кучерявенко Н.П. Теоретические проблемы правового регулирования налогов и сборов в Украине. – Харьков: Консум. 1997.- 255 с.

ГОСУДАРСТВО В СИСТЕМЕ НАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Налоговое право, регулируя отношения по поводу установления и уплаты налогов, определяет круг участников этих отношений, наделяет их правами и обязанностями. Характеризуя участников правоотношений, важно различать: а) субъектов налогового права – лиц, обладающих правосубъектностью и потенциально способных быть участниками налоговых правоотношений; б) субъектов налоговых правоотношений – реальных участников конкретных налоговых правоотношений (4, с.37,38).

Понятия “субъекты налогового права” и “субъекты налоговых правоотношений” различны по своему содержанию. В налоговых правоотношениях участвуют: налогоплательщики, органы государственной налоговой службы и кредитные органы – банки, которые принимают и зачисляют налоговые платежи на счет соответствующих бюджетов. Они являются носителями юридических прав и обязанностей в данных, отношениях, т.е. субъектами налогового права (4, с. 241). Субъект налогового права выступает как лицо, обладающее правосубъектностью, которое может быть участником финансовых правоотношений. Субъектом налоговых правоотношений – реальным участником – могут быть индивидуальные участники (граждане, иностранные граждане и лица без гражданства), юридические лица, а также филиалы и другие подразделения предприятия. Субъектами налогового права являются те же лица, что и субъекты налоговых правоотношений однако это разные категории, ибо субъект налоговых правоотношений – это лицо, которое уже реализовало свою правосубъектность.

Налоговые правоотношения и реализация непосредственной обязанности плательщика по уплате налогов предполагают определенное противостояние налогового органа и налогоплательщика. Исходя из этого, необходимо четко определить рамки возможных действий, оговорить права, обязанности

И.Е.Криницки

СИСТЕМА КАТЕГОРИЙ, СВЯЗАННЫХ С ПОНЯТИЕМ "ОБЪЕКТА НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ"

Понятия "объект налогообложения" и "предмет налогообложения" близки по значению. Второе обозначает признаки фактического (не юридического) характера, которые обосновывают взимание соответствующего налога. Например, объектом налога на землю является право собственности и земельный участок, а не земельный участок непосредственно (он – предмет налогообложения). Сам по себе земельный участок не порождает никаких налоговых последствий. Последствия порождают определенное состояние субъекта по отношению к предмету налогообложения, в данном случае – право собственности.

Практическое значение данного утверждения можно продемонстрировать следующим примером: Если налогоплательщик не указывает в декларации факта права собственности на то или иное имущество его действие следует квалифицировать как (сокрытие объекта налогообложения, хотя бы он и пользовался этим имуществом открыто.

Предмет налогообложения представляет собой события, вещи и явления материального мира которые обуславливают и предопределяют объект налогообложения (квартира, земельный участок, экономический эффект (выгода), товар, деньги). Сам по себе предмет налогообложения не порождает

налоговых последствий, в то время как определенное юридическое состояние субъекта по отношению к нему есть основание для возникновения соответствующих налоговых обязательств.

Предмет налогообложения очень близок объекту налогообложения, в некоторых случаях и используют как синонимы. На наш взгляд, соотношение этих понятий сходно соотношению философских категорий "содержания" и "формы". Предмет налогообложения определяется конкретными признаками особенностями, характеристиками, тогда как объект представляет собой итоговое обобщенное понятие.

Например, при налогообложении граждан объектом выступает совокупный годовой доход, который включает целый набор предметов обложения (заработную плату, доходы от предпринимательской деятельности, авторские гонорары и пр.). Объект и предмет обложения при начислении платы за землю практически совпадают. Однако, если объектом здесь выступает земельный участок, то в зависимости от его специфических особенностей (нахождение в черте города или за его пределами; характер почвы: интенси-детали) мы и рассчитываем объект налогообложения.

Необходимость разграничения объекта и предмета налогообложения определяется важность вычленения среди материальных объектов именно тех, за которыми законодатель закрепляет особый налоговый режим, последствия. В противном случае, как подчеркивает А.Н.Козырин, налогоплательщик получает законную (т.е. предоставленную самим законом в результате несовершенства юридической техники, правового языка и т.п.) возможность уклониться от уплаты налога.

Примером подобного четкого определения может быть французское налоговое законодательство, которое, устанавливая налог со строений, выделяет "любое здание, постоянно находящееся в одном и том же месте, При этом фундамент должен быть обязательно изготовлен из бетона, цемента или кирпича, в зависимости от материала, из которого построено само здание" (1, с.40). Подобный подход характерен для шведского законодательства, где при расчете объекта страхового взноса по болезни и народной пенсии включаются целый ряд предметов: денежные суммы, выданные предпринимателем работнику в течение года, стоимость полученных последним натуральных привилегий: бесплатное питание, транспортное жилище и т.д. (1, с. 40).

Различие объекта и предмета налогообложения выступает наиболее рельефно в отношении налога на имущество, однако эти понятия различаются и при налогообложении доходов. Доход может быть получен в различных формах – денежные средства (в национальной или иностранной валюте) имущество, безвозмездные услуги и пр. Неучет этих форм приводит к уклонению от налогообложения.

Доходом можно считать не только поступления в денежной или натуральной форме, но также льготы и привилегии, не связанные в передаче денег или имущества. В ряде стран доля косвенных выплат, льгот, компенсаций и привилегий в структуре личных доходов граждан весьма велика. Например, в США около трети вознаграждений руководящему составу и рядовым работникам компании предоставляется именно в этих формах.

Однако законодательство Российской Федерации не предусматривает налогообложения привилегий и благ, получение которых в обычных условиях потребовало бы от плательщика дополнительных затрат (предоставление автотранспорта для личных нужд за счет средств предприятия, беспроцентные ссуды и займы по льготным ставкам и т.п.).

Показательно, что в проекте Налогового кодекса Российской Федерации после определения объекта налогообложения (ст. 91) закрепляются и конкретные предметы налогообложения: товары (ст.92); работы и услуги (ст. 93); реализация товаров, работ или услуг (ст. 94). В качестве товара признается любое движимое и недвижимое имущество (в том числе электрическая и тепловая энергия, газ и вода) реализуемое либо предназначенное для реализации. Для большей детализации в п. 2 и 3 ст. 92 выделяют товары, идентичные во всех отношениях оцениваемым (при этом учитываются их физические характеристики, качество и репутация на рынке, страна происхождения и производитель). Работами признаются любые строительные-монтажные, ремонтные, научно-исследовательские, опытно-конструкторские, технологические, проектно-исследовательские и иные, реализуемые либо предназначенные для реализации; услугами – любые, реализуемые либо предназначенные для реализации, в частности транспортные услуги, посреднические, по сдаче имущества в аренду, рекламные, консультационные и пр. (2, с. 64-81).

Предмет налогообложения имеет и определенное количественное выражение в форме налоговой базы, являющейся составной частью предмета налогообложения, по отношению к которой применяется

определенная налоговая ставка. Базой налогообложения выступает конкретная стоимостная, физическая или иная характеристика определенного объекта налогообложения. Устанавливается она по каждому налогу отдельно, и осуществляется это на основании следующих принципов:

- а) однородность базы налогообложения;
- б) возможность применения к базе налогообложения конкретной единицы ее измерения;
- в) простота и ясность определения базы налогообложения;
- г) удобство применения базы налогообложения для исчисления налога;
- д) возможность учета базы налогообложения;
- е) учет национальных и исторических традиций.

Налоговая база может как совпадать, так и не совпадать с объектом налогообложения.

При исчислении базы налогообложения используется единица ее измерения (масштаб налога), в качестве которой выступает конкретная стоимостная, физическая или иная ее характеристика (или ее часть), по отношению к которой применяется ставка налога. Масштаб устанавливается по каждому налогу в отдельности и является единым для его расчета и учета. Именно с помощью масштаба налога и может быть определена база налогообложения как произведение единицы измерения базы налогообложения и количество единиц, образующих полный размер налогооблагаемой базы.

Для установления налогооблагаемой базы необходимо знать именно масштаб налога, т.е. определенную законом физическую характеристику или параметр измерения объекта налогообложения. В то же время единицей налога следует считать условную единицу принятого масштаба, используемую для количественного выражения налогооблагаемой базы. Например, при выборе в качестве масштаба для исчисления таможенной пошлины мощности автомобиля единицей налогообложения может являться лошадиная сила, при выборе для исчисления акцизов в качестве масштаба объема бензина единицей будут являться один литр (в других странах – галлон, баррель и т.д.).

Единица налогообложения – конкретная специфическая характеристика предмета налогообложения по отношению к которой применяется ставка налога, "часть объекта налогообложения, с помощью которого исчисляется налог..." (3, с.239). Авторы учебного пособия "Финансовое право" под единицей налогообложения понимают практически то же: "...единица измерения объекта налога и его часть, на которую устанавливается налоговая ставка" (4, с.117); А.Н.Козырин определяет единицу обложения как единицу измерения объекта налога (1, с.46).

Единица налогообложения в большей степени представляет практический, расчетный интерес. С ее помощью происходит установление нормативов и ставок обложения (например, при функционировании механизма налога с владельцев транспортных средств, платы за землю, налога на операции с ценными бумагами). Можно выделить относительно традиционные единицы обложения (подходящий налог – денежная единица; поземельный налог – единица измерения площади участков; акциз на спиртное – крепость напитков), однако нередко один и тот же объект предполагает различные параметры обложения.

В основе выбора конкретной единицы налогообложения лежат многие факторы, но среди них можно выделить прежде всего сложившиеся в налоговой практике обычаи, традиции и как производный от этого фактора – удобство применения данной единицы в сложившейся системе учета, налоговой техники.

Термин "налоговая база" служит для количественного выражения предмета налогообложения. В ряде случаев налоговая база (основа налога) фактически является частью предмета налогообложения, которой применяется налоговая ставка. Однако это верно только в том случае, когда предмет налогообложения непосредственно предопределяет и позволяет применить к себе меру исчисления. Налогооблагаемая прибыль, например, может быть непосредственно выражена и исчислена только в денежных единицах.

Большинство предметов налогообложения нельзя непосредственно выразить в каких-либо единицах налогообложения. Для измерения предмета первоначально необходимо избрать какую-либо физическую характеристику, какой-либо параметр измерения из множества возможных, т.е. определить масштаб налога. Например, предметом налога на владельцев автотранспортных средств является транспортное средство. В разных странах выбраны разные параметры его налогообложения: во Франции и Италии – мощность двигателя, в Бельгии и Нидерландах – вес автомобиля, в ФРГ – объем рабочих цилиндров двигателя. В таких случаях налоговую базу нельзя определить как часть предмета налогообложения.

Налоговая база необходима именно для исчисления налога, но она не является непосредственным обстоятельством, порождающим обязанность уплатить налог, т.е. объектом налогообложения. Например наличие у подакцизных товаров стоимости не является фактом, обуславливающим обязанность уплаты акциз; реализация подакцизных товаров в розничной сети не порождает налоговых правоотношений возникающих в связи с определенными в законе действиями налогоплательщиков – реализацией подакцизного товара производителями подакцизных товаров на внутреннем рынке, ввоз товара на таможенную территорию.

Именно эти юридические факты и являются обстоятельствами, обуславливающими обязанность уплатить акциз, т.е. объектом налогообложения. Искажение базы налогообложения не означает сокрытие неучета или занижения предмета (тем более объекта) налогообложения. Состав "занижения объекта" по многим налогам вообще не применим: объект этих налогов можно скрыть (не учесть) только полностью но не частично. Занижение базы налогообложения нельзя квалифицировать как сокрытие или неучет объекта налогообложения, так как налогоплательщик заявляет о наличии объекта налогообложения.

Список литературы: 1. Козырин А.Н. Налоговое право зарубежных стран: вопросы теории и практики. – М.: Манускрипт, 1993. – 112с. 2. Налоговый кодекс Российской Федерации (проект).- М.: Ридас, 1995. – 206 с. 3. Финансовое право: Учебник Отв.ред. Н.И.Химичева.- М.: БЕК,1995. – 525с. 4. Финансовое право: Навч. посібник / За ред. Л.К.Воронової, Д.А.Бекерської. – К.: Вентурі,1995.- 271с.

И.И.Килимни

ЛИЦЕНЗИОННЫЕ И ФРАНЧАЙЗИНГОВЫЕ СОГЛАШЕНИЯ: ОБЩИЕ ЧЕРТЫ И РАЗЛИЧИЯ

В последнее время все большее распространение в предпринимательской практике в Украине приобрела такая система предпринимательской деятельности как франчайзинг. Повышенный интерес этой форме ведения бизнеса проявляют и предприниматели. На территории Украины действует уже немалое количество предприятий использующих знаки для товаров и услуг известных фирм ("Мак Дональдс", "Дока-Хлеб", "Рэнк-ксерокс", "Кока-кола" и др.). Это обусловлено, с одной стороны стремительным развитием франчайзинга за рубежом, с другой – возрастанием числа малых предприятий нашей стране с достаточным потенциалом, чтобы „ успешно конкурировать на внутреннем рынке при заключении франчайзинговых соглашений.

Быстрое развитие и широкое распространение франчайзинга связано со следующими обстоятельствами. Во-первых, в сфере бизнеса выросло значение нематериальных активов. Внедрение научно-технических разработок, совершенствование методов организации и управления производством через договорную передачу прав интеллектуальной собственности дают большой рост рентабельности бизнеса. Во-вторых, развитие бизнеса путем

создания холдингов, расширения сети филиалов и дочерних предприятий имеют свои пределы. В этих условиях франчайзинг представляется оптимальным решением для продвижения продукции франчайзера на рынок и для развития малого бизнеса.

Договор франчайзинга охватывает широкий спектр экономических и правовых отношений. Однако формирование содержания условий договора в значительной степени зависит не только от деловых соображений, но и от действующего законодательства. Так успех договорных отношений оказывается под сильным влиянием законодательства об интеллектуальной собственности, конкуренции, налогообложении, об иностранных инвестициях и непосредственно о регулировании данного вида договорных обязательств.

Определяющей особенностью франчайзингового соглашения является предоставление правообладателем пользователю комплекса исключительных прав на использование объектов промышленной собственности в предпринимательской деятельности.

В соответствии со ст.41 Закона Украины "О собственности" объектами права интеллектуальной собственности являются произведения науки, литературы и искусства, открытия, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, рационализаторские предложения, знаки для товаров и услуг, результаты научно-исследовательских работ и другие результаты интеллектуального труда (1;1991.-№ 20 Ст.41).

В соответствии с спецификой объектов права интеллектуальной собственности различают четыре разновидности. Нормативно-правовое регулирование отношений, связанных с каждой из четырех разновидностей осуществляется специальными законами Украины.

Непосредственное отношение к франчайзинговым соглашениям имеют следующие разновидности прав интеллектуальной собственности: а) авторское право; б) изобретения, полезная модель, промышленный образец; в) другие результаты творческой деятельности, такие как средства индивидуализации участников гражданского оборота, в том числе, право на товарный знак и знак обслуживания; г) ноу-хау.

Авторское право и смежные права защищаются Законом Украины "Об авторском праве и смежных правах", промышленная собственность (патентное право) – законами Украины "Об охране прав на изобретение и полезные модели" (1; 1994. – № 7. – Ст. 32) и "Об охране прав на промышленные образцы" (1; ст.34). Отношения, связанные с третьей разновидностью результатов творческой деятельности регулируются Законом Украины "Об охране прав на знаки для товаров и услуг" (1; 1994. – № 7. – Ст. 36).

Отношения, связанные с использованием ноу-хау не имеют сегодня законодательного регулирования.

Тот факт, что основой франчайзингового соглашения является предоставление правообладателем пользователю исключительных прав на использование объектов интеллектуальной собственности порождает мнение, что франчайзинг — это специальная форма лицензионных соглашений. Эти два вида договоров действительно имеют много общего, но существующие принципиальные различия позволяют выделить франчайзинг в совершенно самостоятельный вид обязательственных отношений предпринимательской деятельности.

В действующем законодательстве Украины не регламентированы ни лицензионные соглашения, тем более, франчайзинговые. Поэтому при анализе их характерных особенностей будем использовать определения и терминологию установившиеся в современной коммерческой практике и законодательстве стран -участниц ЕС.

Сторонами франчайзинговых соглашений являются: а) франчайзер-организатор дела, владелец генеральной лицензии или патента, главный консультант и оптовый поставщик необходимых продуктов сырья, материалов, оборудования, технологии для ведения бизнеса; б) франчайзи-предприниматель который получает в пользование определенный комплекс исключительных прав, однако, обязан соблюдать целый ряд параметров (технологических норм и др.) в процессе осуществления своего бизнеса.

В лицензионных соглашениях участвуют: лицензиар-владелец исключительных прав на объект интеллектуальной собственности и лицензиат, использующий эти права на определенных условиях. В соответствии с лицензионным соглашением лицензиар уполномочивает лицензиата использовать определенный объект интеллектуальной собственности в коммерческих целях за определенное вознаграждение. Лицензионное соглашение предусматривает: способы использования объекта интеллектуальной собственности, размер и порядок выплаты вознаграждения, сроки действия договора, территорию, другие условия, которые стороны посчитают необходимыми для включения в договор. Лицензионные соглашения могут быть в форме простой неисключительной лицензии и исключительной лицензии. Простая лицензия оставляет за лицензиаром право на использование объекта интеллектуальной собственности и выдачу лицензий другим лицам. Исключительная лицензия разрешает лицензиару использовать этот самый объект, но лишает его права выдавать лицензии другим лицам. Важной особенностью лицензионных соглашений является то, что действие договора прекращается прекращением действия исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности.

Объектом франчайзинговых соглашений также является право на объект интеллектуальной собственности. Однако, в отличие от лицензионных соглашений во франчайзинге участвуют только исключительная лицензия. Франчайзеру запрещается предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за франчайзи территории.

Кроме этого, франчайзер, как правило, не должен заниматься аналогичной деятельностью на этой территории.

В проекте Гражданского кодекса Украины от 25 августа 1996 г. договор франчайзинга определяется следующим образом :

"По договору франчайзинга одна сторона (правовладелец) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без определения срока право использования предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правовладельцу, том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правовладельца, на коммерческую информацию, которая охраняется, а также другие предусмотренные договором объекты исключительных прав – знак для товаров и услуг и т.п."(4,ст. 1171).

Уже из этого определения видно, что стороны франчайзингового договора состоят в более тесных деловых отношениях по сравнению со сторонами лицензионного договора. Лицензиар может только контролировать качество товаров и услуг, чтобы предотвратить ущерб престижу своего знака и репутации фирмы.

В соответствии с договором франчайзинга франчайзер обязан:

- передать франчайзи техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую франчайзи для осуществления прав, предоставленных ему договором франчайзинга, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав:

- предоставить франчайзи предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление установленном порядке:

- предоставлять франчайзи постоянное техническое и консультативное содействие, включая обучение и повышение квалификации работников:

- контролировать качество товаров, работ (услуг), которые производятся (выполняются и предоставляются) франчайзи в соответствии с договором франчайзинга.

Таким образом, успех франчайзи зависит не только от его деловых способностей, но и от умения франчайзера направить его действия в соответствии с разработанной стратегией бизнеса. Франчайзер сам заинтересован в успехе франчайзи, так как от этого зависят его доходы.

В отличие от лицензионного соглашения в договоре франчайзинга действуют более жесткие ограничения прав сторон:

- обязанность правовладельца не предоставлять иным лицам аналогичные комплекс исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории и воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории:

- обязанность пользователя не конкурировать с правовладельцем на территории, на которую распространяется действие договора франчайзинга относительно предпринимательской деятельности, которая осуществляется с использованием принадлежащих правовладельцу исключительных прав;

- отказ пользователя от получения по договору франчайзинга аналогичных прав у конкурентов правовладельца;

- обязанность пользователя согласовывать с правовладельцем место расположения коммерчески помещений, которые должны использоваться при осуществлении предоставляемых в соответствии с договором исключительных прав, а также их внутреннее и внешнее оформление.

В отличие от лицензиара франчайзер несет солидарную с франчайзи ответственность по претензиям за несоответствующее качество товаров (работ, услуг), которые продаются (выполняются и предоставляются) пользователем в соответствии с договором франчайзинга.

Важной особенностью договора франчайзинга принципиально отличающей его от лицензионного соглашения является продолжение действия договора в случае, если истек срок действия исключительного права, пользование которым предоставлено в соответствии с этим договором, или если это право прекратилось по иным основаниям (досрочное прекращение действия патента из-за неуплаты пошлины, аннулирования, утраты конфиденциальности информации, составляющей ноу-хау). В некоторых странах это положение закреплено законодательно (например, в п.1 ст. 1040 ГК РФ 3, с. 120). В Украине нет закона о франчайзинге, однако в проекты ГК Украины это положение предусмотрено (

ст.1149). Прекращают свое действие лишь положения, относящиеся к праву, которое прекратилось. Франчайзи в этом случае может потребовать соответствующего уменьшения вознаграждения франчайзера.

Таким образом, в этой статье мы привели лишь формальные правовые различия и общие черты лицензионных соглашений и договоров франчайзинга. Однако на практике договорные отношения между франчайзером и франчайзи существенно шире и разнообразнее.

Успех дела в значительной степени зависит от правильно составленного договора, выбора оптимальных вариантов контроля со стороны франчайзера и оптимальной степени влияния его на франчайзи. Уровень контроля должен обеспечить защиту франчайзинговой системы, торгового знака франчайзера и в то же время не превращать его в ежедневное опекуновство. Кроме этого, чрезмерный контроль, предусмотренный договором, усиливает ответственность франчайзера за несоответствующее качество товаров, производимых франчайзи, или предоставляемых им услуг. Это обстоятельство связано с тем, что франчайзи, особенно действующий за границей, аналогичен агенту франчайзера, который выступая в данном случае в роли "принципала", несет ответственность за недобросовестные действия своего агента. Такой род ответственности в агентском праве носит название субститутивной. Таким образом, во франчайзинговом соглашении присутствуют элементы и агентских договоров. В связи с этим рассматривать договор франчайзинга как разновидность лицензионных соглашений неверно.

Договор франчайзинга можно представить состоящим из двух частей – лицензионной и деловой.

В лицензионную часть включаются вопросы, связанные с осуществлением предоставленных исключительных прав на определенные объекты интеллектуальной собственности: права и обязанности сторон, пределы действия соглашения (сроки, территория), ограничения прав сторон, порядок и размер выплат франчайзеру и т.д.

Во второй части определяются деловые отношения между франчайзером и франчайзи: уровень методов контроля со стороны франчайзера, порядок и перечень передаваемой технической документации, оборудования и материалов, оказания консультативной помощи франчайзи, обучение его работников, другие условия, устанавливающие и конкретизирующие формы сотрудничества франчайзера и франчайзи.

Список литературы: 1. Ведомости Верховного Совета. – 1994. – №7. 2. Довгань В. Франчайзинг: путь к расширению бизнеса Тольятти: "Дока-Пресс", 1994 – 229с. 3. Евдокимова В. Франшиза и договор коммерческой концессии в гражданском кодексе РФ // Хозяйство и право.- 1997.- № 12. – С. 113-120. Цивільний кодекс України: Проект у редакції від 25 серп.1996 р. // Укр.право. -1996. – № 2 (4). – Ст. 1178.

Е.В.Костючени

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Международная миграция трудящихся, временное командирование за границу, перемещение работников транспорта по территориям различных государств, выполнение представительских функций в других государствах привели к необходимости урегулировать трудовые отношения с "иностранным элементом", который проявляется в: а) их субъектном составе; б) объекте; в) юридическом факте.

Материальные нормы международного трудового права содержатся в многочисленных универсальных, региональных и иных многосторонних, а также двусторонних договорах, достаточно разнообразных по своему содержанию: о правовом положении иностранных работников трудящихся мигрантах; об экономическом, научном и культурном сотрудничестве различного характера; о работе международного транспорта и в других договорах.

Наибольшее количество названных международных соглашений связано с международной миграцией в поисках занятости и лучших возможностей получения доходов и заработков.

Трудовая миграция составляет сегодня важную черту мировых экономических отношений. В середине 70-х годов процесс интегрализации рынка труда углубился и расширился за счет миллионов представителей развивающихся стран. По самым скромным подсчетам число мигрантов из стран третьего мира (куда входят и граждане бывшего Советского Союза) к настоящему времени уже

составило около 12 млн. чел. Помимо "старых мировых центров массового притяжения" рабочей сил (США, Западная Европа и др.), появились новые. Это районы нефтепромыслов и нефтеперерабатывающей промышленности Ближнего Востока, Юг африканского континента. Латинская Америка, Юго-Восточная Азия.

Увеличение безработицы, обострение различного рода кризисных явлений и процессов, новая, более дифференцированная структура рынка труда и состава рабочей силы создали условия для усиления конкуренции между отдельными работниками и их группами. Это объясняется в немалой степени тем, что происходящие изменения в социальной и экономической обстановке в неравной мере бьют по разным категориям трудящихся, интересы и требования которых во многих отношениях неоднородны. Главными "жертвами" оказались "маргинальные" слои трудящихся, в частности рабочие-мигранты.

В законодательстве всех стран содержатся положения, в соответствии с которыми к иностранцам применяются ограничения в отношении занятия определенными профессиями, особые условия приема на работу и т.д.

Например, для того чтобы въехать или остаться в Соединенном Королевстве с целью иметь работу (сохранить временную в виде исключения), от негражданина страны-члена Европейского Союза требуется разрешение, выдаваемое Департаментом Занятости, и ежегодное количество разрешений зависит от Департамента по оценке нужд рынка на рабочую силу. Как правило, оно не выдается, если альтернативная рабочая сила имеется на месте. Несколько категорий работ считаются "свободными" для получения разрешения. Таковыми являются: а) священники; б) представители некоторых иностранных компаний и ведомств в) представители иностранных газет и радиовещательных агентств; г) докторанты, прибывающие заниматься профессиональной деятельностью; д) обслуживающий персонал при дипломатах; е) служащие международных организаций, членом которых является Соединенное Королевство; ж) учителя, прибывающие по принятому проекту обмена; з) моряки, работающие по контракту на судах Британских Вод; и) действующий персонал иностранных авиалиний; к) сезонные рабочие в сельскохозяйственных местностях (3, с. 337).

Если для граждан государств Европейского Союза разрешение на въезд в Соединенное Королевство не требуется и они могут находиться на его территории до тех пор, пока имеют работу, а, потеряв ее, могут оставаться, пока в состоянии себя материально содержать, то для граждан стран, не входящих в ЕС, необходимо получить разрешение на въезд, если они стремятся въехать и определиться здесь в бизнес или устроиться на работу каким-либо иным способом. Однако получившие разрешение на въезд с целью найти работу имеют право после пребывания в Соединенном Королевстве в течение 4-х лет продлить время своего пребывания (2, с. 123; 3, с. 338).

Только рабочие в возрасте от 23-х до 53-х лет имеют право получить разрешение. Настоящая вакансия может существовать в виде разрешений, выдаваемых только для названных иностранных рабочих, прибывающих, чтобы занять определенные должности. В основном вакансия может быть предусмотрена в тех видах работ, которые предлагаются Службой профессионального и исполнительного набора и которые включают работу в профессиональной, управленческой, административно-исполнительной, технической и научной сферах. Кроме того работник должен обладать соответствующими знаниями английского языка. Существуют восемь категорий должностей, для занятия которых необходимо получить разрешения. Они требуются следующим категориям работников: а) тем, кто владеет признанной профессиональной квалификацией; б) административному и исполнительному штату; в) высококвалифицированным техническим работникам, имеющим специальный опыт работы; г) ключевым работникам с высокой и редкой квалификацией в промышленности, требующей специальных знаний и умений; д) высококвалифицированным и опытным работникам для высших должностей в гостиницах и учреждениях общественного питания с требуемой квалификацией; е) организаторов развлекательных программ и спортсменам, которые отвечают соответствующим профессиональным критериям; и) другим лицам, прибывающим на ограниченный срок для обучения по месту работы и стажировки, утвержденную Департаментом занятости; к) другим лицам, если по мнению Государственного секретаря по занятости их работа соответствует национальному интересу. Департамент занятости имеет право по своему усмотрению определять, предоставить разрешение или отказа заявителю (3, с. 338).

Так, в соответствии с законодательством Австралии, негражданин этой страны не может прибыть на территорию государства без въездной визы. Она может быть выдана гражданину на условии значительных ограничений в отношении работы, которая может быть ему предоставлена. Такие ограничения могут включать в себя запрет на любую или определенную работу без письменного разрешения иммиграционного служащего. Таким образом, во время работы разрешения как таковые не требуются и не выдаются, въездная виза становится средством контроля за работой переселенцев (3, с. 340, 341).

По законодательству Соединенных Штатов существуют 2 категории иностранных граждан, которым выдается разрешение на въезд в страну с целью получить работу. Первая – это иностранцы, имеющие исключительные способности в области науки и искусства, которые будут существенным образом содействовать благосостоянию США. Вторая – квалифицированные иммигранты, которые будут выполнять работу, на которую не хватает и не существует желающих среди граждан США (3, с. 326).

Миграция рабочей силы существует на всех континентах, во всех регионах и затрагивает интерес большинства стран мира. Поэтому данная проблема стала предметом многочисленных двусторонних соглашений государств, она находится в поле зрения универсальных и региональных международных организаций. Среди них прежде всего следует назвать ООН и ее специализированные организации (ЮНЕСКО, ВОЗ, МОТ и др.). Защита интересов трудящихся, работающих за границей, – одна из уставных задач Международной организации труда МОТ). МОТ также способствует осуществлению соответствующих программ по обеспечению занятости, в частности, использованию международной миграции трудящихся. Конвенции, принятые МОТ и имеющие отношение к труду иностранцев, можно разделить на три группы: а) специально посвященные иностранным работникам и мигрантам в социальном обеспечении иностранных рабочих и о рабочих-мигрантах; б) общие, содержащие специальные положения для иностранных работников; в) не содержащие положений об иностранных рабочих, но по целям и употребленным при их составлении терминам можно заключить, что они применяются и к иностранным работникам.

Особенностью международных договоров, регулирующих трудовые отношения с иностранным элементом, является то, что они не направлены на унификацию внутреннего законодательства, которое может быть более благоприятным для работника и следовательно не требует изменений. Указанное положение закреплено в п. 5 Устава МОТ, в соответствии с которым принятие конвенции не влияет на определенный закон, обычай, соглашение, обеспечивающие более благоприятные условия труда иностранных рабочих по сравнению с предложенными положениями конвенции. Условия труда определяются во многом именно публично-правовыми предписаниями, которые носят обязательный характер и по своему содержанию менее гуманные чем общие условия, установленные общим трудовым правом и коллективными договорами (1, с. 36, 37).

Стремясь ко всеобщему развитию сотрудничества в сфере трудовой деятельности и социальной защиты тех граждан Украины и других государств, которые работают за пределами своей страны, наше государство заключило соглашения о трудоустройстве и социальной защите граждан с Молдовой (1993), Россией (1993), Беларусью (1995), Арменией (1995), Вьетнамом (1996), а также о взаимном трудоустройстве с Польшей (1994) и Чехией (1997). Эти соглашения распространяются на работников и их семьи, являющихся гражданами или постоянно проживающих на территории одной из договаривающихся сторон и осуществляющих свою трудовую деятельность на условиях найма в предприятиях, в организациях, учреждениях всех форм собственности иного государства.

В соответствии с указанными соглашениями рабочие могут осуществлять трудовую деятельность на территории иностранного государства на основании: а) трудового договора (контракта), заключенного между нанимателем и рабочим на определенный срок; б) договора, заключенного между субъектами хозяйственной деятельности обоих государств, целью которого является осуществление определенного объема работ или услуг на территории государства трудоустройства.

В соответствии с другим международным договором – Соглашением стран СНГ (1994) "о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов" – этим лицам предоставляется национальный режим по трудоустройству. Согласно этому же Соглашению в страну подписавших его, без легализации признаются дипломы, документы об образовании, соответствующие документы о присвоении звания, разряда, квалификации и др.

В указанных соглашениях предусматривается и наличие коллизионных норм с привязкой законодательству страны – места трудоустройства. Однако договаривающиеся государства не несут ответственности за частичное или полное неисполнение обязательств работниками вследствие стихийного бедствия, ухудшения политической ситуации, которые делают невозможным или невыгодным выполнение договорных обязательств. Сторона, для которой их выполнение становится невозможным, обязана сообщить об этом другой стороне соответствующей аргументацией. Эти соглашения содержат нормы возмещения вреда, причиненного инвалидностью или иным повреждением здоровья при выполнении работником трудовых обязанностей.

Так как Украина является правопреемницей СССР в части его законодательства, и противоречащего действующему, отдельные нормативные акты в отношении регулирования труда граждан не утратили силы и сейчас. Например, на граждан, работающих по договорам на Шпицберге (Норвегия) распространяются льготы и преимущества (право на продление срока трудового договора др.), которые действовали в момент составления договора и были установлены постановлением Кабинета Министров СССР в 1981 г.

Неуклонное усиление миграционных процессов, происходящих в мире, привело к необходимости определения правового положения рабочих-мигрантов. Однако ввиду различия правовых основ регулирования трудовых отношений в различных странах было бы целесообразно унифицировать подобные правила. Особо здесь надо отметить деятельность Украины по регулированию трудовых отношений, возникающих в международной жизни. Это прежде всего указанные выше договоры. Большую роль в этом направлении играют также всевозможные международные организации, и прежде всего МОТ, конвенции которой носят рекомендательный характер и обязывают государства, учитывая и национальные условия, законодательно создать правила поведения, соответствующие изменениям, происходящим в мире в связи с возрастающей трудовой миграцией населения. Международное трудовое право должно стать гарантом осуществления широкого комплекса социально-экономических прав свобод, которым наделен человек – участник процесса труда.

Список литературы: 1. Довгерт А. С. Правовое регулирование международных трудовых отношений: Учеб. пособие.- К.: УМК ВО, 1992.- 248 с. 2. Ильин Ю.Д. История и право Европейского Союза.- Харьков: Консум, 1998.- 155 с. 3. Plender Richard. International Migration Law. – Dordrecht / Boston London, 1987. – 587 с.

О.М.Ярошені

ЩОДО ОСНОВНИХ ТРУДОВИХ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ ПРАЦІВНИКІВ

Одним з найважливіших елементів трудового статусу працівника є основні трудові права та обов'язки. Згідно зі ст. 23 і 24 Загальної декларації прав людини, яка була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р.(1), кожна людина має право: на працю; вільний вибір роботи; справедливі і сприятливі умови праці; захист від безробіття; рівну оплату за рівну працю, без будь-якої дискримінації; справедливу і задовільну винагороду, що забезпечує гідне людське існування для неї самостійно та її сім'ї, яка при необхідності доповнюється іншими засобами соціального забезпечення; створювати професійні спілки і входити у професійні спілки для захисту своїх інтересів; відпочинок та дозвіллє включаючи право на розумне обмеження робочого часу і на оплачувану періодичну відпустку. І загальновизнані трудові права поки що не одержали повного адекватного втілення в українському законодавстві, але в той же час останнє не містить і прямих протиріч закріплених ним трудових прав, тих, що зафіксовані в Декларації.

Конституція України 1996 р. дає перелік трудових прав. Це право на:

- вільне розпорядження своїми здібностями до праці, вибір рід занять та професії;
- належні, безпечні та здорові умови праці;
- своєчасне одержання заробітної плати, не нижчої від визначеної законом;
- захист від безробіття;

- захист своїх прав, через механізм індивідуальних та колективних трудових спорів з використанням установлених законом способів їх вирішення, включаючи право на страйк;

- соціальний захист;

- відпочинок. При цьому слід мати на увазі, що згідно зі ст.22 Конституції України закріплені в н права і свободи людини та громадянина не є вичерпними.

Відповідно до ст. 8 Основного Закону в Україні визнається і діє принцип верховенства прав Конституційні права та свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими. Вони визначають цілі зміст законів та інших нормативно-правових актів, зміст і спрямованість діяльності органів законодавчої та виконавчої влади, органів місцевого самоврядування і забезпечуються захистом правосуддя.

Слід зазначити, що у наведеному переліку частина прав належить до загальноправового статусу особи (людини) і громадянина. Це, наприклад, право кожного на працю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується; право вільно розпоряджатися своїми здібностями до праці, обирати рід діяльності професію; право на захист від безробіття.

По суті, перелічені права належать до так званих загальних соціально-економічних прав людини, тому ними володіє кожна фізична особа незалежно від того, в якій формі і в яких галузях суспільні відносин вона реалізує свою здатність до праці.

Окрім загальноправового статусу особи у сфері праці можна виділити і трудовий статус працівника, тобто особи, яка реалізує свою здатність до праці у вигляді несамоїсної праці. Найбільш повно галузевий статус працівника в Україні, який включає в себе певну систему прав та обов'язків поданий у ст.2 та ст. 139 КЗпП України.

Згідно ст.2 КЗпП України кожний працівник має право на: здорові і безпечні умови праці; матеріальне забезпечення; об'єднання в професійні спілки; вирішення колективних трудових конфліктів (спорів) у встановленому законом порядку; участь в управлінні підприємством, установою, організацією; право звернення до суду; відпочинок відповідно до законів про обмеження робочого дня, робочого тижня та про щорічні оплачувані відпустки.

Як свідчить ч.2 ст.2 КЗпП України, вказаний перелік основних трудових прав працівників не вичерпним.

Аналіз ст. 139 КЗпП України дає можливість вирізнити такі дві групи обов'язків працівника сумлінно виконувати трудові обов'язки, і виконувати встановлені норми праці.

Для впорядкування прав та обов'язків працівників і для посилення ефективності норм трудового законодавства в новому Кодексі про працю України, в главу, яка буде присвячена загальним положенням, необхідно включити статтю, в якій містився б перелік основних прав та обов'язків працівника.

Необхідно зауважити, що низка категорій працівників мають певні особливості у своєму трудовому статусі. На думку авторів "Курсу російського трудового права", їх наявність пояснюється тим, що у працівника, який ними володіє, є додаткові права та обов'язки (2, с. 341). Так, деякі особливості у правовому статусі встановлюються законодавством для українських державних службовців (3), які доповнення до загального правила мають право на перепідготовку (перекваліфікацію) та підвищені кваліфікації за рахунок коштів відповідного бюджету і відпустку більшої тривалості.

Державні службовці мають також і додаткові обов'язки. Вони зобов'язані, наприклад, зберігати державну або іншу таємницю, що охороняється законом, а також не розголошувати відомості, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків чи стосуються честі та гідності громадян.

Особливості правового статусу державних службовців характеризуються і низкою обмежень у трудових правах. Так, державний службовець не вправі: працювати за сумісництвом на підприємствах, установах і організаціях (крім наукової, викладацької, творчої діяльності, а також медичної практики); займатися підприємницькою діяльністю безпосередньо чи через посередників або підставних осіб; бути повіреним третіх осіб у справах державного органу, в якому він працює; брати участь у страйках тощо.

З деякими зауваженнями особливості у правовому статусі характерні для суддів, співробітників прокуратури та міліції, сезонних та тимчасових працівників, керівників державних підприємств сумісників та ін.

Особливості правового статусу цих працівників мають місце в силу наявності адресованих тільки їм спеціальних норм або нормативних актів, якими доповнюється (а в деяких випадках блокується) систем загальних трудових прав та обов'язків. Це пояснюється диференціацією правового регулювання праці. М

згодні з В.І.Прокопенком, який називає такі критерії диференціації: ставлення працівника до майна роботодавця; національна належність засобів виробництва (майна роботодавця); належність підприємств до державної форми власності; суспільна значимість трудової функції, що виконується працівником; особливі природні географічні і геологічні умови; умови підвищеного ризику для здоров'я; тривалість строку дії трудового договору (тимчасова чи сезонна робота); можливість укладення контракту, коли і передбачено законом; соціально-демографічні критерії (5, с. 84).

Права та обов'язки, що включаються до правового статусу працівника, не вичерпують всіх трудових прав та обов'язків, якими може володіти конкретний працівник у певних трудових правовідносинах конкретним роботодавцем, оскільки суб'єктивні юридичні права можуть мати своїм джерелом не тільки законодавство, але й інші правові джерела, що розвивають його положення. Це перед усе індивідуальні трудовий договір (контракт) та колективний договір або угода. Прикладами подібного роду прав можуть служити пільгові трудові та соціально-економічні умови праці, що містяться в колективних договорах та угодах у порівнянні з нормами та положеннями, встановленими законодавством України (додатково відпустки, неповний робочий день, надбавки до заробітної плати, підвищений мінімум заробітної плати його індексація тощо). Зокрема, у колективному договорі на 1998 р. Харківського виробничого об'єднання "Моноліт" передбачено: зниження норм виробітку на 20 % вагітним жінкам; надання батькам, які мають дітей шкільного віку, 1 вересня відпустки без збереження заробітної плати; надання путівок на пільгові умови для відпочинку працівникам, які мають двох і більше дітей, тощо. Умови колективних договорів та угод, укладених відповідно до чинного законодавства, є обов'язковими для підприємств, на які вони поширюються, але важливо пам'ятати, що умови колективних договорів чи угод, що погіршують порівнянні з чинним законодавством України становище працівників, є недійсними (ст. 16 КЗпП України ч.2 ст. 5 Закону України "Про колективні договори і угоди") (4).

У свою чергу, трудовий договір також може передбачати додаткові у порівнянні зі статутними колективно-договірними права, як, наприклад, право на підвищений розмір оплати праці, що пов'язано більшою високою кваліфікацією працівника або виконанням ним складних або важливих функцій; право на доплати або надбавки, обумовлені професійною майстерністю, наявністю вченого ступеня, нестандартністю умов праці, тощо. Подібні умови трудових договорів (контрактів) обов'язкові для сторін, які їх уклали, окрім тих, що погіршують становище працівників у порівнянні з чинним законодавством колективними договорами (ч.3 ст.5 Закону України "Про колективні договори й угоди").

До договірних обов'язків працівника слід віднести ті, що витікають з його трудової функції, які визначаються при укладенні трудового договору (контракту).

Враховуючи, що чинний Кодекс законів про працю України не має однієї загальної норми, яка містила одночасно перелік основних трудових прав та обов'язків працівника, ми вважаємо за необхідне ліквідувати вказану прогалину. Це дасть змогу покращити правозастосувальну діяльність і сприяти кращому розумінню законодавства про працю України. Керуючись вищепроведеним аналізом основних трудових прав та обов'язків працівника, пропонуємо ст. 2 Кодексу законів про працю України викласти такій редакції:

"Працівник має право:

- на працю, тобто одержання роботи і вільне обрання професії та роду занять;
- на умови праці на робочому місці, які відповідають вимогам безпеки праці;
- на охорону праці;
- на винагороду за працю, яка не може бути менше встановленого державою мінімального розміру;
- на професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації;
- на відшкодування шкоди, заподіяної його здоров'ю або майну в зв'язку з виконанням ним трудових обов'язків;
- на об'єднання, включаючи право створювати професійні спілки для захисту своїх інтересів;
- на інформацію щодо економічного та фінансового стану підприємств;
- на захист державою його трудових прав, у тому числі у суді;
- на допомогу по державному соціальному страхуванню у випадку тимчасової втрати працездатності та в інших випадках, передбачених законодавством та іншими нормативно-правовими актами;
- на захист від безробіття, на пільги та компенсації у випадку втрати роботи;
- на вирішення індивідуальних та колективних трудових спорів;

- на участь у страйку;
- на відпочинок відповідно до законів про обмеження робочого дня і робочого тижня та про щоріч оплачувані відпустки;
- на соціальне забезпечення в старості, при повній або частковій втраті працездатності та в інші випадках, передбачених законодавством та іншими нормативно-правовими актами.

Працівник зобов'язаний:

- виконувати роботу, передбачену трудовим договором;
- дотримуватися трудової дисципліни, виконувати вимоги нормативно-правових актів про охорону праці;

- дбайливо ставитися до майна роботодавця."

Запропоновану статтю необхідно відтворити у новому Кодексі про працю України.

Список літератури: 1. Загальна декларація прав людини. – К.: Укр.Правнича Фундація: Право, 199 -12 с. 2. Курс російського трудового права / Под ред. Е.Б.Хохлова: В 3-х т. – СПб.: Изд-во С. Пб ун-т 1996. – Т.1: Общ.ч.- 573 с. 3. Про державну службу: Закон України від 16. 12. 1993 ., №3723 – XII Відом.Верхов.Ради України. -1993.-№ 52.-Ст. 490. 4. Про колективні договори і угоди: Закон України в 1.07.1993р. № 3356 – XII // Відом.Верхов.Ради України. – 1993. – № 36.- Ст.361 5. Прокопенко В.І. Трудове право. – К.: Вентурі, 1996. – 224 с.

Т.Г.Маркі

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПОНЯТТЯ ЗАЙНЯТОСТІ НАСЕЛЕННЯ

Перехід до нових економічних умов диктує необхідність створення надійного механізму соціального захисту населення, найважливішим елементом якого є забезпечення зайнятості працездатних громадян.

Термін «Зайнятість», який уперше був введений у нормативну лексику Законом України «Про зайнятість населення» від 1 березня 1991р. (2), одержав достатньо широке поширення. Сьогодні в активно використовується в нормативно-правових актах.

Стаття 1 Закону характеризує зайнятість як юридичну категорію: «Зайнятість – це діяльність громадян, пов'язана із задоволенням особистих та суспільних потреб і така, що, як правило, приносить і дохід у грошовій або іншій формі». Як правильно відзначає В.Чураков, зміст самого закону, формування організаційно-правових структур у галузі управління зайнятістю, формулювання мети їх діяльності відповідають переважно вимогам, характерним для умов розвинутих ринкових відносин, а не для умов перехідного періоду (3,с.).

Викладене в Законі визначення зайнятості ще неконкретне, тому що не зрозуміло, про яку саме зайнятість йдеться – трудову, учбову або іншу. Воно не відбиває всієї повноти цього правового явища страждає односторонністю, оскільки не характеризує в достатній мірі суспільні відносини, які держава повинна регулювати, а відображає тільки певні риси зайнятості.

Дарма в другій редакції законодавець збузив поняття зайнятості, виключив з нього такі можливі форми зайнятості, як виховання дітей, догляд за хворими, інвалідами та ін. Це виключення і звуження поняття зайнятості можна пояснити лише недостатньою розробкою цього питання в нашій юридичній літературі.

Можна стверджувати, що визначення поняття зайнятості, дане в ст. 1 Закону, не повністю відповідає вимогам загальної теорії права і науки трудового права, оскільки право повинне розкрити це поняття точно і чітко. «Щоб правильно вибрати спосіб визначення поняття, насамперед необхідно вирішити питання: наскільки точним повинен бути його зміст, який обсяг передбачається йому надати» (1,с . 85).

Як вбачається, визначення зайнятості повинно бути більш розширеним та включати в себе й інші види діяльності – фізичної, інтелектуальної, духовної або іншої, яка пов'язана із задоволенням особистих або суспільних потреб і проходить у формах, прийнятих у суспільстві: самостійної або несамостійної праці, найму по трудовому або цивільно-правовому договору, у регулярній або нерегулярній формі, основної або додаткової діяльності. Керуючись таким поняттям зайнятості, громадяни мали б звертатися

відповідні органи служби зайнятості тим особам, чия діяльність була б корисна як для окремих громадян так і для суспільства в цілому.

Крім поняття «зайнятість» законодавець дає ще такі визначення як «зайняті громадяни» і «безробітні громадяни». Звернення до цих понять у тексті Закону пояснюється тим, що законодавство про зайнятість втягнуло у сферу правового регулювання нову групу суспільних відносин, яка до видання вказаного Закону правовій регламентації не підлягала. У зв'язку з цим законодавець визначає суб'єктний склад нової сфери правового регулювання. До суб'єктів права у сфері зайнятості законодавство відносить такі категорії громадян, як зайняті громадяни та безробітні громадяни. У даній статті розглядається категорія «зайняті громадяни».

До зайнятого населення належать громадяни проживаючі на території України на законних підставах громадяни, які:

а) працюють по найму на умовах повного або неповного робочого дня (тижня) на підприємствах, установах і організаціях незалежно від форм власності, у міжнародних, іноземних організаціях в Україні та за кордоном. У даному випадку поряд з трудовими відносинами, що виникають при роботі по найму правовою ознакою зайнятого громадянина буде також виконання ним роботи на підставі всіх цивільно-правових договорів, наприклад, виконання робіт громадянином по договору підяду (ст. 232 ЦК України) по договору доручення (ст. 386 ЦК України) та ін.;

б) самостійно забезпечують себе роботою, включаючи підприємців, осіб, зайнятих індивідуальною трудовою діяльністю, творчою діяльністю (в організаціях або індивідуально), членів кооперативів фермерів та членів їх родин, що беруть участь у виробництві;

в) обрані, призначені, затверджені або прийняті на оплачувану роботу в органи державної влади управління та громадські об'єднання. Цю ознаку не можна визнати вдалою у зв'язку з тим, що визначені зайнятості тут "відраховується" з моменту обрання, призначення або затвердження на оплачувану посаду. Проте між актом обрання, призначення, затвердження і фактичним початком роботи може існувати різних причин певний проміжок часу або ж особа, обрана, призначена чи затверджена на посаду, може передумати. Доцільно було б редакцію цієї ознаки зайнятого громадянина викласти так: «в) працюють і на підставі акта обрання, призначення або затвердження на оплачувану посаду»;

г) проходять строкову службу в Збройних силах України, Національній гвардії України, Службі безпеки України, Прикордонних військах України, Військах внутрішньої і конвойної охорони та цивільній оборони України, органах внутрішніх справ України, інших військових формуваннях, створених згідно законодавством України, а також альтернативну (невійськову) службу;

д) проходять строкову фахову підготовку, перепідготовку й удосконалення професії або кваліфікації з відривом від виробництва;

е) навчаються в денних загальноосвітніх школах і вищих навчальних закладах;

є) працюючі громадяни інших країн, які тимчасово перебувають в Україні, мають дозвіл і працевлаштування і виконують функції, не пов'язані з забезпеченням діяльності посольств та місій.

Як бачимо, саме поняття «зайняті громадяни» у Законі відсутнє, а ст. 1 Закону «Про зайнятість населення» визначає зайнятих громадян не через сформульоване поняття зайнятості, а через простий перелік осіб, які володіють ознаками, які притаманні і характеризуються різноманітними видами діяльності.

Оскільки даний перелік не є вичерпним, це можна розцінити як явну ваду.

Стаття 1 Закону визначає зайнятість як «діяльність громадян, пов'язану із задоволенням особистих суспільних потреб і таку, що, як правило, приносить їм доход». Цей перелік не охоплює громадян, які зайняті діяльністю, що не суперечить закону і не приносить їм доходу в грошовій або іншій формі (домогосподарки, матері, які виховують дітей, та ін.), і які за змістом ст. 1 Закону до зайнятих громадян не належать. Дана стаття вимагає коригування, тобто до зайнятого населення необхідно також віднести осіб, які хоча і зайняті виконанням певної корисної діяльності, але не мають від цієї діяльності заробітку. Така поправка в Законі необхідна, оскільки зайняті громадяни є важливою частиною суб'єктного складу сфери правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних із зайнятістю населення.

Список літератури: 1. Головіна С.Ю. Формирование понятийного аппарата трудового права Государство и право. -1998. -№ 8 -с.82-89. 2.Про зайнятість населення: Закон України від 1 бер. 1991 р.

Я.В. Свечкаре

ИМЕЕТ ЛИ ПРАВО НА ЗАБАСТОВКУ РАБОТАЮЩИЙ АКЦИОНЕР ?

Конституция Украины впервые закрепила право работающих граждан на забастовку для защиты своих экономических и социальных интересов. При этом порядок осуществления этого права устанавливается законом с учетом необходимости обеспечения национальной безопасности, охраны здоровья, прав и свобод других людей.

Следует отметить, что право на забастовку официально признано Европейской социальной хартией, которая была принята Советом Европы 18 октября 1961 г. и вступила в силу с 26 февраля 1965 г. после того, как была ратифицирована пятью государствами. Европейская социальная хартия фактически является первым многонациональным соглашением, которое посвящено разрешению трудовых конфликтов. Статья 4 этой хартии предусматривает "право трудящихся и работодателей на коллективные действия в случае конфликтов интересов, включая право на забастовку, при условии соблюдения обязательств, которые могут вытекать из заключенных ранее коллективных договоров".

3 марта 1998 г. Верховным Советом Украины был принят Закон "О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)", который определил правовые и организационные средства функционирования системы способов по разрешению коллективных трудовых споров (конфликтов). Раздел III этого Закона посвящен забастовкам как одному из способов разрешения коллективных трудовых споров. Забастовка это временное коллективное добровольное приостановление работы работниками (невыход на работу, неисполнение своих трудовых обязанностей) предприятия, учреждения, организации (структурного подразделения) с целью разрешения коллективного трудового спора (конфликта). Участвовать в ней в соответствии с законом имеют право наемные работники.

В соответствии со ст.1 Закона, наемный работник это физическое лицо, которое работает по трудовому договору на предприятии, в учреждении, организации, в их объединениях либо у физического лица, которые используют наемный труд.

Одной из сторон коллективного трудового спора могут быть как сами наемные работники, так профсоюзный и иные уполномоченные работниками органы, другой стороной является собственник или уполномоченный им орган (представитель).

Забастовки, в соответствии с законом, являются крайним способом (когда все возможности исчерпаны) разрешения коллективного трудового спора (конфликта) в связи с отказом собственника либо уполномоченного им органа (представителя) удовлетворить требования наемных работников или уполномоченного им органа, профсоюза, объединения профсоюзов или уполномоченного ими органа.

Хотя забастовки и являются крайним способом разрешения конфликта, их количество неуклонно растет. Это связано с нестабильным экономическим положением в стране, ростом инфляции, несвоевременной выплатой заработной платы, небезопасной работой на устаревших механизмах оборудования, которая нередко приводит к появлению травм и заболеваний, ухудшением социальных экономических условий труда и производственного быта, нарушениями руководителями предприятия норм трудового законодательства.

Забастовки могут проводиться на предприятиях различных форм собственности. Не является исключением и проведение забастовок в акционерных обществах (АО), тем более что за последние годы численность этих предприятий заметно возросла. На начало 1998 г. акционерных обществ в Украине насчитывалось более 33 тыс. (1, с.7). По данным Министерства статистики Украины, в 1997 г. 67,5% составляли АО, при этом их доля в производстве продукции составляла 76,9% (7, с.21).

Интерес к возможности проведения забастовок в АО вызван тем, что в них могут работать не только наемные работники, но и работники акционеры, которых в литературе называют "работающими

собственники " (2, с.48). Вопрос заключается в возможности работающих собственников участвовать в забастовках.

Для начала рассмотрим правовой статус работающих собственников АО. Их статус включает в себя элементы, как собственника, так и наемного работника. Как собственник имущества акционер имеет право избирать органы управления АО, участвовать в управлении обществом, в формировании распределении, использовании прибыли, получать дивиденды и т.д. Как наемный работник он имеет право на договорное регулирование трудовых, социально-экономических отношений путем заключения коллективного договора, установления систем и форм оплаты труда, порядка и условий конкретные размеры заработной платы, установления дополнительных по сравнению с действующим законодательством гарантий и льгот. Основанием для вступления с АО в отношения собственности является приобретение акций, а основанием для возникновения трудовых отношений является заключение трудового договора либо контракта. К сожалению, в настоящее время в источниках трудового права не имеется законодательного определения понятия " работающий собственник ".

93

Вместе с тем ученые не единодушны и в трактовке самого понятия " наемный работник ". Например, по мнению А.С. Пашкова, по своей экономической сущности наемный труд представляет собой продажу работником, лишенным средств производства, другому физическому или юридическому лицу своей рабочей силы за вознаграждение, складывающееся на рынке труда под влиянием спроса и предложения (6,с.34). Следовательно, наемный работник выполняет работу за определенную плату обусловленную трудовым договором (контрактом). Он не вкладывает свои средства в производство, и является собственником какой-либо доли имущества предприятия. С учетом данного определения понятия "наемный работник", можно сказать, что он имеет право на участие в забастовке.

Однако, трактовка понятия "наемный работник", которая приводится в Законе Украины "О порядке рассмотрения коллективных трудовых споров (конфликтов)", порождает сомнения в возможности участия в забастовках работающих акционеров. Исходя из положений Закона Украины "О хозяйственных обществах", они имеют право участвовать в управлении делами общества через высший орган общего собрания акционеров (3). На общем собрании акционеры могут избирать органы управления, определять основные направления деятельности общества, решать другие вопросы, предусмотренные действующим законодательством и уставом АО.

Если возникший коллективный трудовой спор (конфликт) связан с какими-либо неправомерными действиями руководителя предприятия по поводу исполнения коллективного договора, неисполнения и требований действующего законодательства, акционеры имеют полное право отозвать руководителя. Для этого требуется правомочность общего собрания, т.е. участие в нем более 60 % голосов. В соответствии с ст.44 Закона Украины " О хозяйственных обществах " голосование на общем собрании производится по принципу одна акция один голос (3).

Однако нередко встречаются такие акционерные общества, в которых контрольный пакет акций (50 %) сосредоточен в руках нескольких физических либо юридических лиц, и поэтому работники акционеры, владеющие небольшим количеством акций, лишены возможности влиять на решения общего собрания акционеров. Встречаются также и ситуации, когда акционеры " продают " свое право голоса. Например, на одном из крупных отечественных пивзаводов , 60% акций которого принадлежит члену трудового коллектива, перед очередным собранием акционеров появились представители структурного подразделения, контролирующей сравнительно небольшой пакет ценных бумаг АО, и предложили рядовым акционерам работникам завода продать свое право голосования. Цена одного голоса оценивалась суммой, эквивалентной стоимости двух бутылок водки (4, с.85).

Как показывает практика, в акционерных обществах, которые реорганизовались в процессе приватизации имущества государственных предприятий, работникам акционерам, как правило, принадлежит небольшое количество акций. Это можно объяснить особенностями приватизации "распыленностью" акций, а главное тем, что в акционерных обществах зачастую работают те, кто поменял свои приватизационные сертификаты на мизерное количество акций.

По мнению В.И.Прокопенко, "когда собственники предприятия составляют большую группу людей каждый из них отдельно значительно меньше может влиять на принятие решений собранием

собственников. Чем больше круг собственников или доля отдельного собственника составляет малую часть, тем меньше такой собственник может влиять на принятие решений собственниками предприятия' (5, с.85).

К сказанному можно добавить, что работники, имеющие небольшое количество акций, имеют основном статус наемного работника, ибо их материальное положение в целом зависит от заработной платы, а дивиденды по акциям могут быть лишь дополнительным источником существования. По мнению П.Шляхтуна, собственником будет являться тот, у кого владение акциями может составлять основной источник существования (8, с.5). Так кто же такой "наемный работник", имеющий право на забастовку? В науке трудового права данный вопрос остается дискуссионным.

По нашему мнению, в число наемных работников, имеющих право на забастовку, должны входить работники, не имеющие акций данного предприятия, а также работники, имеющие незначительное количество акций. Считаем необходимым также на основе экономически обоснованных расчетов определить количество акций, обладая которыми, работающий акционер приравнялся бы к наемному работнику.

Список литературы: 1. Жигирь А. Про деякі проблеми захисту інтересів акціонерів // Підприємцтво, господарство і право.1998.№ 11.

С.7-9. 2.Никитинский В.И.,Коршунова Т.Ю. Правовое регулирование трудовых отношений работающих собственников // Государство и право.1992.-№ 6.С. 48-57. 3. О хозяйственных обществах Закон, принятый Верхов. Советом Украины 19 сент. 1991 г. // Ведом. Верхов.Совета Украины. 1991.№ 49.С. 682. 4. Привалов М. Молчание ягнят // Бизнес.-1997.№ 29. 5.Прокопенко В.І. Трудове право України Підручник.-Харьков: Консум,1998.-479с. 6.Трудовое право России: Учебник / Под ред. Пашкова А.С СПб.: Изд-во СПб. ун-та,1994.- 324с. 7. Цесаренко С. Дивидендная стратегия и рыночная политика акционерного общества // Предпринимательство, хозяйство и право. 1997.№ 2.С.21-25. 8. Шляхтун І. Аспекти приватизації або сказати людям правду // Голос України.1996.-24 січ.

Л.П. Ковалені

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРОФІЛАКТИКИ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У ГАЛУЗІ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА

Боротьба з адміністративними правопорушеннями в галузі охорони навколишнього природного середовища ведеться двома напрямками. Один з них проявляється у виявленні правопорушень, припиненні їх і притягненні їх до відповідальності винних. Причому сам факт притягнення до адміністративної відповідальності має велике попереджувальне значення як щодо порушника, так і інших осіб. Названі напрямки необхідно розглядати як реакції на вже здійснений проступок. Адміністративна відповідальність за правопорушення в галузі охорони природи, її адекватність іншим подібним проступкам і невідворотність сприймаються як неминучий наслідок протиправної поведінки. В результаті правопорушення звичні для певного середовища форми поведінки і відносини руйнуються. Застосування адміністративних стягнень до порушників у галузі охорони природи (штраф, конфіскація або оплати вилучення предметів, який став знаряддям вчинення проступку або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, позбавлення спеціального права тощо), як правило, знижує чисельність правопорушень у цій галузі і має пряме запобіжне значення.

За сучасних умов головна увага повинна бути зосереджена на другому напрямку – попередженні правопорушення, найбільш дієвому шляху боротьби з ними. Цей напрямок, спрямований перш за все на усунення причин, породжуючих проступки, і умов, які сприяють їх здійсненню, є формою раннього втручання у взаємозв'язки подій і явищ, що можуть привести до негативних наслідків, вчинити шкоди суспільним інтересам та інтересам окремих громадян. Така, так би мовити, профілактична робота дозволяє також вирішити питання боротьби з правопорушеннями з найменшими витратами для суспільства і без активного втручання складного механізму адміністративного впливу. Існує ще один важливий чинник, який необхідно підкреслити. Впливаючи на різноманітні обставини, які обумовлюють

здійснення адміністративних проступків. Запобіжна діяльність відрізняється комплексним характером і створює базу для широкого наступу на правопорушення. При цьому ефективно використовуються і тільки правові, але й економічні, організаційні, матеріально-технічні правові та інші засоби впливу і правопорушників.

Правові засоби охорони природи проявляються в удосконаленні природоохоронного законодавства а також у своєчасній, точній і обґрунтованій його реалізації у випадках здійснення правопорушень.

Економічні – полягають перш за все в покращенні, поновленні природних об'єктів.

Велику роль відіграє організаційна діяльність (проведення конференцій, лекцій семінарів) орган державного управління, громадянських формувань.

Попереджувальне значення матеріально-технічних засобів охорони природи проявляється в створенні природоохоронних фондів, державою виділяються грошові кошти на проведені природоохоронних заходів, на будівництво різноманітних природоохоронних будівель, проведені досліджень у природоохоронній діяльності та ін.

Адміністративні правопорушення у сфері охорони природи останнім часом стали одним поширених антисоціальних явищ.

Цілком очевидно, що ні активізація діяльності адміністративно-юрисдикційних органів, створення нових адміністративних-юрисдикційних структур недостатньо для ефективної боротьби адміністративними проступками. Виникла нагальна потреба у пошуку нових шляхів, прийомів, засобів, з допомогою яких суспільство змогло б зупинити зростання проступків у цій галузі і створити умови для появи стійкої тенденції до їх зниження. Ці шляхи мають бути адекватними об'єкту їх впливу, причому і окремому, конкретно взятому адміністративному проступку у сфері охорони навколишнього природного середовища і навіть не механічній сумі проступків, цілісному явищу, як такому, утворюваному стало сукупністю всіх учинених правопорушень.

Адміністративним правопорушенням у даній галузі не завжди передують підготовчі протиправні діяльність. Проступки незрідка вчиняються громадянами тоді, коли, на їх думку, виникає суперечність між конкретною життєвою ситуацією і приписом або заборонаю адміністративно-правовою нормою, я іншим шляхом вирішити неможливо. Її вирішення не обумовлено антисоціальною сутністю особи порушника, а пов'язано з послабленням внутрішнього самоконтролю, з деформацією критеріїв оцінки вчинюваного діяння.

У літературі спостерігаються два підходи до поняття "профілактика адміністративних правопорушень у галузі охорони природи". Одні вчені вважають, що воно включає в себе діяльність з виявлення, вивчення й усунення причин природоохоронних правопорушень, інші схиляються до того що ця діяльність обмежується лише усуненням причин (а також умов) цих діянь (5, с.11; 6, с.39).

Можна сказати, що друга точка зору дістала ширшу підтримку, оскільки підкреслює цілеспрямований, перетворюючий характер профілактичної діяльності, прагнення до досягнення суспільно значущого результату.

У ході здійснення цієї діяльності важливе значення має прогнозування розвитку законодавства та адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері охорони природи. Розвиток законодавства щодо цього має здійснюватися не шляхом запровадження нових заборон, а через скасування існуючих створення реальних передумов для реалізації громадянами своїх прав у сфері державного управління : принципом: дозволено все, що не заборонено.

Профілактика адміністративних природоохоронних правопорушень, спирається на такі принципи як гласність, законність, науковість, оптимальність, диференціація заходів попередження та ін.

Цілеспрямована діяльність по виявленню й усуненню причин, які породжують правопорушення в галузі охорони навколишнього природного середовища, й умов, які сприяють їх здійсненню, складається великої кількості взаємопов'язаних заходів, що відрізняються за своїм обсягом, масштабом, конкретним змістом та іншими критеріями. В одних умовах профілактичні заходи провадяться по всій системі охорони природи, в інших – охоплюють окремі її ланки (4, с.79).

Однією із умов, яка визначає успіх роботи по профілактиці правопорушень у галузі охорони природи, є повне і всебічне інформаційне забезпечення цієї діяльності, використання інформації про правопорушення в даній сфері для прогнозування, оскільки останнє допомагає вибирати заходи запобігання, варіанти попередження правопорушень. Велике значення для профілактики розглядуваних

правопорушень має ефективне функціонування органів, які уповноважені розглядати справи пд адміністративні правопорушення в цій сфері й додержання ними законності. Якщо органам адміністративної юрисдикції допускаються різні підходи до однакових проступків, довільн необгрунтована, безпідставна кваліфікація правопорушень або залишення правопорушень зовсім б реагування, звичайно, превентивна дія правових норм значно знижується. Для зменшення кількос правопорушень в галузі охорони природного середовища необхідно, щоб закон діяв неминуче, п передбачає не тільки констатацію юридичного факту і накладення стягнення за правопорушення, але неухильне виконання цього стягнення.

Особливого значення набуває розробка заходів по підвищенню рівня адміністративно-правов поінформованості громадян і посадових осіб. Такі науковці, як А.К. Бобильов, С.А.Белашенк С.А.Ємельянов, довели, що у багатьох випадках незнання норм є одним з істотних чинників поведінк яка не відповідає нормативним вимогам (1, с. 56, 2, с. 111, 3, с. 123). У зв'язку з цим, вважаємо, що системі правового всеобучу особливу увагу слід приділяти роз'ясненню суті і призначення норм, я встановлюють адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері охорони природи.

Неабияке значення має також створення чіткої системи профілактики адміністративних проступк у розглядуваній сфері. Цю систему складають насамперед суб'єкти профілактики: місцеві орган виконавчої влади усіх рівнів, усі ланки правоохоронної системи, суди, спеціально уповноважені орган державного управління в галузі охорони природи, органи місцевого самоврядування. Певі попереджувальну роль виконують різноманітні громадські формування. Як цілком справедливо вважаю деякі науковці, в основу їх роботи повинна бути покладена загальна цілеспрямованість, взаємод запобіжних елементів і їх результативність. Місце і роль кожного суб'єкта визначаються у першу чері наявністю можливостей профілактичного впливу, що передбачається Законом України "Про охорон навколишнього природного середовища" від 25.06.1991 р., спеціальними законами, підзаконним нормативними актами.

Так, згідно зі ст.15 вказаного Закону місцеві органи виконавчої влади усіх рівнів: а) забезпечую інформування населення про стан навколишнього природного середовища; б)готують і подають і затвердження місцевої ради проекти програм охорони довкілля; в) беруть участь у підготов загальнодержавних і регіональних програм охорони навколишнього середовища; г)готують і вносять і розгляд ради пропозиції щодо прийняття рішень про організацію територій і об'єктів природн заповідного фонду місцевого значення та інших територій, що підлягають особливій охороні; д) внося пропозиції до відповідних державних органів про оголошення природних та інших об'єктів, що маю екологічну, культурну або наукову цінність, пам'ятками природи, історії, культури; е) здійснюю природоохоронний контроль за додержанням земельного та іншого законодавства, використанням охороною земель, природоохоронних ресурсів; є) координують на відповідній території діяльніс місцевих землевпорядних органів, а також спеціально уповноважених державних органів управління охорони природи; ж) погоджують поточні та перспективні плани роботи підприємств з питань охорон природи; з) організують екологічну освіту та екологічне виховання громадян.

Відповідно до ст.20 цього ж Закону до компетенції в частині профілактики адміністративн правопорушень спеціально уповноважених органів державного управління в галузі охорон природи(Міністерства охорони навколишнього природного середовища України та його органів на місця належать: а)державний контроль за використанням і охороною земель, надр, поверхневих та підземн вод, атмосферного повітря, лісів іншої рослинності; б) організація моніторингу навколишньо природного середовища; в) обмеження чи зупинення діяльності підприємств і об'єктів незалежно від підпорядкування в разі порушення ними законодавства; г) складання протоколів про адміністративн правопорушення і передача їх уповноваженим органам.

Громадські природоохоронні об'єднання згідно зі ст.21 Закону України "Про охорон навколишнього природного

середовища" розробляють і пропагують свої природоохоронні програми, беруть участь у проведе перевірок спеціально уповноваженими державними органами управління в галузі охорони природ організують екологічну освіту та екологічне виховання громадян та ін.

Прокурори, відповідно до ст.20 Закону України "Про прокуратуру", здійснюючи загальний нагляд при необхідності вносять подання або протести на рішення місцевих рад народних депутатів щод

розглядуваних питань, порушують провадження про адміністративні правопорушення, вносять припис про їх усунення.

Але найбільше можливостей, вважаємо, у профілактичному впливі на правопорушення в галузі охорони природи у міліції. Стаття 11 Закону України “Про міліцію” наділяє ці правоохоронні органи такими правами: а) вимагати від громадян і посадових осіб, припинення правопорушень; б) перевіряти документи при підозрінні у вчиненні правопорушень; в) виявляти і вести облік осіб, які підлягають профілактичному впливу; г) на підставі та в порядку, встановленому законодавством, виносити і офіційне застереження; д) затримувати і тримати у спеціально відведених для цього приміщеннях осіб скоївших правопорушення, провадити огляд осіб, речей, що знаходяться при них, транспортних засобів, вилучати документи та предмети, що можуть стати речовими доказами або можуть пошкодити здоров’ю; е) складати протоколи про адміністративні правопорушення; є) поводити особистий огляд речей, вилучати речі і документи; ж) накладати адміністративні стягнення; з) вести профілактичний облік правопорушень, повідомляти з метою профілактичного впливу державним органам, громадським об’єднанням і громадянам за місцем проживання особи про факти вчинення нею адміністративних правопорушень; и) вносити подання про необхідність усунення причин і умов, що сприяють вчиненню правопорушень; і) тимчасово обмежувати чи забороняти діяльність підприємств, організацій чи установ при вчиненні ними природоохоронних правопорушень.

Більша частина адміністративних проступків у сфері охорони природи не пов’язана з підготовчою діяльністю, породжується у певній ситуації і не є, як правило, проявом учинків антигромадської особи. Вважаємо, що на перший план у системі запобіжних заходів повинні висуватися організаційні і матеріально-технічні заходи. Перша група заходів – це удосконалення діяльності всіх суб’єктів профілактики, підвищення самої попереджувальної діяльності шляхом поліпшення її нормативної і інформаційної, методичної і матеріально-технічної забезпечення. Друга група включає в себе заходи пов’язані з розробкою, випробуванням і впровадженням у практику різного роду охоронних сигналізаційних, регулюючих, обчислювальних та інших досягнень науки і техніки, які б усували можливість виникнення ситуацій, що сприяють протиправній поведінці.

Сказане не означає, що профілактика проступків у галузі охорони довкілля виключає застосування індивідуальних заходів, хоч вони і використовуються в дуже обмеженому вигляді. Серед них особливого значення має безпосереднє попередження правопорушника про неприпустимість його поведінки.

Ще одним складником системи профілактики є організація взаємодій суб’єктів останнього рівня: координація загальних і спеціальних заходів, що досягається шляхом розробки планів і програм на різних рівнях, масштабів і структур.

Як правильно вважають М.Єрофєєв, В.П.Лобзяков, для підвищення ефективності попередження адміністративних правопорушень у галузі охорони навколишнього природного середовища необхідні більш чітко визначити і встановити механізм попередження. Вони вбачають дві причини, що заважають чіткому вирішенню цієї проблеми: а) чітко не визначені суб’єкти попередження правопорушень напрямок їх діяльності; б) відсутність єдиних форм і методів попередження правопорушень, прийнятих для всіх органів, які займаються профілактикою (7, с.16; 8 с.31).

У чинному Кодексі України про адміністративні правопорушення передбачено понад 10 органів уповноважених розглядати справи про адміністративні правопорушення у сфері охорони природи, тож питання їх попередження повинно бути вирішено законодавцем.

Список літератури: 1. Белашенко С.А. Правові проблеми екології.//Сб.обзорів.- М.: Юрвид., 1980.- С.56. 2. Бобилев А.К. Проблеми навколишнього середовища в мировій економіці в міжнародному відношенні, - М.: Думка, 1976.- С.111. 3. Ємел’янов С.А. Попередження правопорушень засобом загального нагляду.- М.: Думка, 1980.- С.123. 4.Єрофєєв М. Охорона навколишнього природного середовища в умовах переходу до ринку (економіко-правовий аналіз)//Юрид.вісник. –1995.- №2.- С.79. 5. Лобзяков В.П. Адміністративно-правові міри попередження злочинності. М.: Юрид.літ., 1978.- С.153. 6. Овчинский С.С. Участь громадськості в правовому регулюванні впливу на навколишнє середовище.- Екологічний Інститут права навколишнього середовища. – 1995.- С.119.

7. Подобедов А.К. Питання загальної теорії екологічного права. М.: Наука, 1991.- С.89. 8. Сімкін Л.Д. Діяльність народного суду по попередженню злочинів.- М.: Юрид.літ, 1983.- С.47.

ПОНЯТТЯ ЕКОЛОГІЧНОГО МОНІТОРИНГУ В УКРАЇНІ

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" завданням законодавства про охорону довкілля є регулювання відносин у цій галузі охорони використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання і ліквідації негативного впливу господарської та іншої діяльності на нього, збереження природних ресурсів генетичного фонду живої природи тощо. Великого значення в реалізації цих положень набуває ведення екологічного моніторингу в Україні.

У енциклопедичному словнику зазначено, що моніторинг – це нагляд, оцінка та прогноз стану навколишнього середовища у зв'язку з господарською діяльністю людини (5, с.838). Слід зазначити, що концепція цього поняття проникла в різні галузі людської діяльності – від техніки (моніторинг технічних систем) до політики (політичний моніторинг), серед яких важливе місце належить екологічному моніторингу. Його конкретна структура, методи та засоби визначаються галуззю, в якій вживається. Таким чином, моніторинг являє собою нагляд, оцінку, прогноз, збір та передачу інформації.

З історичної точки зору початком проведення екологічного моніторингу в країнах СНД слід вважати постанову партії та Уряду СРСР від 29 грудня 1972 р. "Про посилення охорони природи та поліпшення використання природних ресурсів" (4; 1973.- №2.- Ст.6). У зазначеній постанові Головному управлінню гідрометеорологічної служби при Раді Міністрів СРСР було дано доручення організувати державну службу нагляду (моніторинг) за рівнем забруднення атмосфери, ґрунту, водних об'єктів по фізичних, хімічних та гідробіологічних показниках та надання екстреної інформації про різкі зміни в рівнях цих забруднень; забезпечити зацікавлені організації й установи систематичною інформацією й прогнозами про рівень забруднення навколишнього середовища, про можливість їх зміни під впливом господарської діяльності та гідрометеорологічних умов.

У процесі становлення і розвитку екологічного моніторингу Головне управління гідрометеослужби було перетворено у Державний комітет з гідрометеорології та контролю природного середовища. Згідно з постановою партії та Уряду СРСР від 1 грудня 1978 р. "Про додаткові заходи по посиленню охорони природи та поліпшенню використання природних ресурсів" (4; 1979.- №2.- Ст.6) Держкомгідромет СРСР набував статусу центрального органу, який був відповідальним за організацію та проведення державної системи нагляду (моніторингу) за станом навколишнього середовища.

Основні цілі, завдання і функції щодо проведення моніторингу за станом навколишнього середовища, що були започатковані в названих постановах колишнього СРСР і реалізовувалися діяльністю Держкомгідромета СРСР, знайшли своє позитивне відбиття в законодавстві колишньої УРСР, потім – у чинному законодавстві суверенної, незалежної України.

Правовою основою проведення моніторингу в Україні є Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища" (1; 1991.- №41.- Ст.456), Положення про державну систему моніторингу довкілля від 30 березня 1998р. (3; 1998.- №13.- Ст.495), Положення про моніторинг земель від 20 серпня 1993р. (1994.- №1.- Ст.5), Положення про Порядок здійснення державного моніторингу вод від 20 липня 1996 р. (1996.- №15.- Ст.403) та деякі інші нормативні акти.

Екологічний моніторинг можна розглядати як один із заходів по охороні навколишнього природного середовища і як функцію державного управління. Характеристика екологічного моніторингу як функції управління екологічної діяльності припускає дослідження його цілей, принципів і завдань.

Згідно зі ст. 22 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" з метою забезпечення збору, опрацювання, збереження й аналізу інформації про стан довкілля, прогнозування його змін та розробки науково-обґрунтованих рекомендацій для прийняття ефективних управлінських рішень в Україні створюється система державного моніторингу навколишнього природного середовища.

Її створення повинно забезпечити досягнення таких основних цілей: підвищення рівня вивчення знань про екологічний стан довкілля; підвищення оперативності та якості інформаційного обслуговування користувачів на всіх рівнях; підвищення якості обґрунтування природоохоронних заходів та ефективності

їх здійснення; сприяння розвитку міжнародного співвиробництва у галузі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання природних ресурсів та екологічної безпеки.

Державна система моніторингу довкілля доповнюється службами моніторингу по окремих природних об'єктах, але вона не має організаційної єдності. Так складовою частиною державної системи моніторингу навколишнього природного середовища України є моніторинг земель, вод, лісів, тваринного світу. Моніторинг окремих природних об'єктів визначається екологічним законодавством України.

Завдання екологічного моніторингу – своєчасне виявлення, оцінка, опрацювання і підготовка на ц основі рекомендацій та прогнозів по попередженню й усуненню негативних процесів.

Виходячи із цілей і завдань екологічного моніторингу можна визначити дві функції моніторингу інформаційну і прогностичну.

Інформаційна функція полягає у зборі інформації про фактичний стан навколишнього природного середовища у процесі нагляду за ним. *Прогностична функція* складається з даних, отриманих при нагляді та аналізу результатів спостереження, що дозволяє накреслити заходи проти шкідливого впливу і природне середовище.

Екологічний моніторинг як функція управління взаємодіє з іншими функціями управління у сфері екології, а саме з екологічним контролем та екологічною експертизою. Так екологічний моніторинг і екологічний контроль мають за спільну мету охорону навколишнього середовища, забезпечення екологічної безпеки населення, раціональне використання природних ресурсів тощо. Пересікаються і інформаційні цілі. Результати реалізації прогностичної функції моніторингу використовуються для вдосконалення контролю. Рекомендації та прогнози здобуті у результаті моніторингу, використовуються у процесі проведення екологічного контролю.

Взаємозв'язок між екологічним моніторингом та екологічною експертизою полягає в тому, що і підстава даних, отриманих при проведенні моніторингу стану навколишнього природного середовища здійснюється екологічна експертиза.

Згідно з Положенням про державну систему моніторингу довкілля моніторинг здійснюють Міністерство охорони навколишнього природного середовища і ядерної безпеки; Міністерство охорони здоров'я України, Міністерство агропромислового комплексу, Державний комітет лісового господарств України, Державний комітет України з гідрометеорології, Державний комітет України з водного господарств України, Державний комітет України з геології та використання надр, Державний комітет по земельних ресурсах України, Держкомітет житлового комунального господарства, їх органи на місцях, а також підприємства, установи й організації, що належать до сфери їх управління і які є суб'єктами системи моніторингу.

Суб'єкти державної системи екологічного моніторингу довкілля відповідно до своєї компетенції отримують і опрацьовують дані про стан останнього і виносять відповідні рішення для вжиття певних заходів щодо нормалізації або поліпшення екологічної обстановки, раціонального використання та забезпечення якості природних ресурсів.

На Міністерство охорони навколишнього природного середовища і ядерної безпеки України, його органи на місцях, і інші спеціально уповноважені органи покладається підготовка й щорічне подання до Верховної Ради України

Національної доповіді про стан навколишнього природного середовища в державі, забезпечення зацікавлених державних і громадських органів, підприємств, установ, організацій і громадян цієї інформацією про випадки та причини забруднення довкілля, а також про заходи, спрямовані на зменшення його негативної дії на природні об'єкти і здоров'я населення та наслідки і результати ліквідації цих явищ.

Екологічний моніторинг являє собою самостійний вид діяльності і має власні завдання, функції, об'єкти та суб'єкти. Результатом здійснення державного моніторингу є відповідна інформація. Інформування становить самостійне соціально-екологічне явище і визначається як повне, об'єктивне інформування населення про екологічний стан у державі й окремих її регіонах. Інформація, що зберігається в системі моніторингу, використовується для рішень у галузі охорони довкілля, раціонального використання природних ресурсів та екологічної безпеки органами державної влади та органами місцевого самоврядування і надається їм безкоштовно відповідно до затверджених регламентів інформаційного обслуговування користувачів системи моніторингу та її складових.

Положення про державну систему моніторингу довкілля не дає поняття екологічного моніторингу. Згідно з Постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 р. "Про основні напрямки державного

політики України в галузі охорони навколишнього середовища, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки" (1; 1998.- №38-39.- Ст.248) екологічний моніторинг є сучасною формою реалізації процесів екологічної діяльності за допомогою засобів інформатизації, що забезпечує регулярну оцінку і прогнозування стану середовища життєдіяльності суспільства й умов функціонування екосистем для прийняття управлінських рішень щодо екологічної безпеки, збереження природного середовища та раціонального природокористування. Державна система являє собою засіб здійснення екологічного моніторингу.

Таким чином під екологічним моніторингом слід розуміти нагляд за станом навколишнього природного середовища та система збору і передачі інформації його про стан з метою запобігання усунення шкідливих наслідків, забезпечення екологічної безпеки країни, раціонального використання природних ресурсів та охорони довкілля.

Список літератури: 1. Відомості Верховної Ради України. 2.Збірник постанов Уряду України. Офіційний вісник України. 4.Сборник постановлений ЦК КПСС и Совета Министров СССР. 5. Советский энциклопедический словарь. – М.: Сов. энциклопед., 1989.- 1632 с.

В.Ю.Уркеви

ПОНЯТИЕ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННОГО КООПЕРАТИВА И РАЗНОВИДНОСТИ ЕГО ПРАВОВЫХ ФОРМ

Выработка определения того или иного правового явления, закрепление его универсального всеобъемлющего понятия в законодательстве является подчас наиболее сложным заданием, от решения которого во многом зависит успех в правовом регулировании тех или иных общественных отношений. Подобной проблемой столкнулась и украинская юридическая наука при разработке дефиниции "сельскохозяйственный кооператив".

Необходимо отметить, что до 1997 г. в Украине не существовало легального определения сельскохозяйственного

кооператива. Было известно лишь общее понятие кооператива, закрепленное в Законе СССР "О кооперации в СССР" 1988г.(2). Этот недостаток был устранен с принятием 17.07.1997г. Закона Украины "О сельскохозяйственной кооперации", ст. 1 которого определялось: "сельскохозяйственный кооператив добровольное, объединение физических и юридических лиц в другое юридическое лицо на принципах членства, объединения паевых взносов участия в совместной сельскохозяйственной производственной деятельности и обслуживании преимущественно членов кооператива" (7). Однако такая дефиниция вызывает новую волну споров и обсуждений, поскольку она не является совершенной.

Абсолютно справедливо отмечает В. Федорович, что, во-первых, физические лица не могут объединяться в "другое юридическое лицо", так как они сами не являются юридическими лицами, а, во-вторых, неправильной является формулировка об объединении лиц в юридическое лицо (поскольку кооператив приобретает права юридического лица со дня его государственной регистрации, т.е. после объединения лиц) (8, с. 54).

Кроме того, из приведенного определения сельскохозяйственного кооператива следует, что он может создаваться и функционировать в различных организационно-правовых формах: как предприятие, учреждение или организация (такие виды юридических лиц названы в ст.23 ГК Украины) (9,с.5).Но уже при изучении понятия разновидностей сельскохозяйственного кооператива – производственного, обслуживающего (приведены в ст.1 Закона Украины "О сельскохозяйственной кооперации" (7) совершенно очевидно, что данные виды кооператива определяются исключительно как предприятия. Здесь содержится определенное несоответствие между общим, родовым понятием сельскохозяйственного кооператива и понятием его видов, представляется, что общее понятие такого кооператива должно содержать в себе все наиболее характерные признаки организаций данного вида, а дефиниции подвидов такого кооператива, основываясь на общем понятии, должны заключать в себе те признаки и черты которые свойственны именно для данного подвида.

Сравнительный анализ определения сельскохозяйственного кооператива с общим понятие кооператива, содержащимся в заявлении Международного кооперативного альянса, позволяет сделать вывод о том, что в соответствии с последним кооператив – это автономная ассоциация людей объединившихся добровольно для удовлетворения своих общественно-экономических, социальных культурных потребностей посредством демократически управляемого предприятия, находящегося совместном владении его членов (при этом под ассоциацией людей имеются в виду не только отдельные индивидуумы, но и их группы – юридические лица) (1, с. 73,74).

Из данной дефиниции определенно вытекают следующие признаки любого кооператива добровольность создания, наличие членства, демократическое управление, обязательное участие членов в образовании собственности, объединение с целью удовлетворения определенных потребностей.

Изложенное с учетом специфики сельского хозяйства позволяет сформулировать следующую конструкцию понятия сельскохозяйственного кооператива: *сельскохозяйственный кооператив добровольное объединение физических и юридических лиц на принципах членства, объединения паевых взносов, для совместного ведения сельскохозяйственной производственной деятельности и (или) участия в обслуживании преимущественно членов кооператива в целях более полного удовлетворения своих потребностей.*

Если это общее понятие преломить сквозь признаки разновидностей сельскохозяйственного кооператива – производственного (участие только граждан, определенный вид деятельности обязательно трудовое участие членов) и обслуживающего (осуществление обслуживания членов, обязательное участие членов в его хозяйственной деятельности), то можно заключить, что *сельскохозяйственный производственный кооператив* – это кооператив, созданный гражданами для совместного производства продукции сельского, рыбного и лесного хозяйства с обязательным трудовым участием членов в его деятельности, а *сельскохозяйственный обслуживающий кооператив* – кооператив, созданный для предоставления комплекса услуг преимущественно членам кооператива на принципах взаимопомощи экономического сотрудничества с обязательным участием членов в его хозяйственной деятельности.

Думается, что приведенные дефиниции наиболее полно отражают природу и принцип функционирования сельскохозяйственных кооперативных организаций.

При более подробном рассмотрении мы увидим, что производственные кооперативы, как это указано в ст. 2 Закона Украины "О сельскохозяйственной кооперации" (7), осуществляют хозяйственную деятельность на принципах предпринимательства с целью получения дохода. Понятие и принцип предпринимательства закреплены в Законе Украины "О предпринимательстве", в соответствии со ст. 1 которого предпринимательство – это самостоятельная инициатива, систематическая, на собственный риск деятельность по производству продукции, выполнению работ, оказанию услуг и занятию торговлей с целью получения прибыли (6). Как видим, получение прибыли (а не дохода) является конститутивным признаком предпринимательской деятельности. Да и сама по себе хозяйственная деятельность шире предпринимательской, поскольку включает в себя кроме последней и ряд организационно-управленческих моментов.

Напрашивается вывод о том, что хотя законодатель и "сказал", что производственный кооператив относится к субъектам предпринимательской деятельности, однако он наделил его признаками, и характерными для таких субъектов. Это может быть объяснено тем, что многими учеными отрицается правомерность использования термина "прибыль" применительно к кооперативу и предлагается заменить его термином "экономия" (5, с. 91). Данное положение, на наш взгляд, нуждается в дальнейшей научной разработке.

Необходимо отметить, что Закон Украины "О сельскохозяйственной кооперации" не называет ни одного подвида сельскохозяйственного производственного кооператива, что вряд ли является оправданным. Например, в Федеральном Законе Российской Федерации "О сельскохозяйственной кооперации" (3) называются следующие разновидности сельскохозяйственного производственного кооператива: сельскохозяйственная артель (колхоз), рыболовецкая артель (колхоз) и кооперативное хозяйство (коопхоз). Представляется, что в зависимости от предмета деятельности можно предложить следующие разновидности производственного кооператива: растениеводческий, животноводческий, лесоводческий, рыболовецкий и др.

Что касается сельскохозяйственных обслуживающих кооперативов, то они направляют свою деятельность на обслуживание сельскохозяйственного и иного производства участников кооперации. Такие кооперативы создаются для предоставления комплекса услуг, связанных с производством, переработкой, сбытом продукции растениеводства, животноводства, лесоводства и рыболовства, и ставят своей целью получения прибыли. Цель их создания предопределяет некоммерческий характер организации и главный их признак – бесприбыльность. Как правильно отмечает Э.И. Павлова, термин "бесприбыльность" не означает отказа от получения прибыли. Другое дело, что погоня за прибылью не является самоцелью ни кооператива, ни его членов (4, с. 44). Главным для таких кооперативов является удовлетворение потребностей своих членов.

В законе называются такие виды обслуживающих сельскохозяйственных кооперативов (в зависимости от вида деятельности), как перерабатывающие, заготовительно-сбытовые, снабженческие, сервисные и др. Данный перечень не является исчерпывающим и возможно существование иных видов подобных кооперативов.

Из-за недостаточной разработанности правовых форм сельскохозяйственных кооперативов может возникнуть вопрос о возможности производственного кооператива, занимающегося выработкой сельскохозяйственной, рыбной продукции, оказывать услуги по её переработке, хранению а также реализации. На наш взгляд, такая деятельность по оказанию подобных услуг этим кооперативом не противоречит действующему законодательству. Другое дело, что в таком производственном кооперативе не исключается возможность преобладания деятельности по оказанию услуг над производственной деятельностью. Полагаем, что с целью избежания этого необходимо установить определенные критерии (в количественном выражении), при помощи которых будет ограничиваться объем той деятельности этого вида кооперативов, которая не является основной. Это позволит избежать ошибок при определении статуса таких кооперативов, что несомненно представляет не только теоретическое, но и практическое значение (льготы, налогообложение и др.).

Поскольку кооперативная форма хозяйствования на селе в настоящее время в Украине переживает этап своего если не становления, то по крайней мере возрождения и нет достаточного опыта правового регулирования деятельности предприятий данной организационно-правовой формы, то выработка универсального определения, законодательное закрепление понятия сельскохозяйственного кооператива, четкое размежевание его разновидностей будут способствовать количественному росту и качественному наполнению данной формы хозяйствования на земле.

Список литературы: 1. Абова Т.Е. Производственные кооперативы в России. Правовые проблемы теории и практики //Государство и право.-1998.-№ 8.-С.71-81. 2. О кооперации в СССР: Закон СССР от 26.05.1988г.//Ведом.Верхов. Совета СССР.-1988.- № 22.-Ст.355. 3. О сельскохозяйственной кооперации //Федеральный Закон от 08.12.1995г. //Соб.законодательства РФ – 1995. -№ 50. -Ст. 4870. 4. Павлова Э.И. Обслуживающие кооперативы в предпринимательской деятельности крестьян //Государство и право .-1995.- № 11 .-С.42-51. 5. Палладина М.И. Закон о сельскохозяйственной кооперации – значительное ли правовое достижение? //Государство и право .-1996 .- № 6 .-С.88-100. 6. Про підприємство: Закон України від 07.02.1991р.//Відом. Верхов. Ради України.-1991.-№14.-Ст. 168. 7. Про сільськогосподарську кооперацію: Закон України від 17.07.1997р. //Уряд.кур'єр.-1997. – 14 серп. 8.ФедоровичВ. Регулювання створення, реорганізації та припинення сільськогосподарських кооперативів: правові питання //Права України.-1998.- 9. Цивільний кодекс України//Право України. -1993. – № 11-12. -С. 1-66.

І.В.Бойко

ПІЛЬГИ ГРОМАДЯН У СФЕРІ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ

Однією з засад Конституції України є принцип рівності всіх прав людей. Усі люди є вільні і рівні своїй гідності і правах; права, закріплені Конституцією, не є вичерпними. В юридичній літературі поняття «рівноправність» і «рівність» розмежовують. Так, П.М.Рабінович вказує, що рівноправність – це однаковість, тобто рівність прав людини і громадянина, рівність юридичного статусу державних правоздатних суб'єктів. А рівність – це фактична, реальна однаковість соціальних можливостей

використанні прав і свобод людини й у виконаних соціальних обов'язків (6, с.28). Фактична рівність людей у суспільстві – явище ідеалізоване; вона за певних обставин не може бути реальністю. Обумовлюється це неоднаковістю індивідуальних властивостей, здібностей, можливостей кожної людини своєю ідентичністю життя.

Існуюча нерівність людей може бути (і має бути) частково послаблена, пом'якшена за допомогою спеціальних заходів з боку перш за все держави, оскільки згідно зі ст. 3 Конституції України "права свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави».

Спеціальними заходами, які дають змогу фактичні можливості людини наблизити до рівня формальної рівності, виступають пільги громадян. Пільга – це надання будь-кому переваг, що полегшують здійснення загальних правил (4, с. 238), переважне право, надане як виняток із загальних правил (5, с.334). Під правовою пільгою розуміють правомірне полегшення становища суб'єкта, що дозволяє йому повніш задовольнити свої інтереси і виявляється як у наданні додаткових, особливих прав, так і в звільненні від обов'язків (7, с. 648).

Пільги не можна ототожнювати з привілеями. Останні є додатковими юридичними правами, яким наділяється особа за певних умов і на певних підставах і які свідчать про її вигідніше порівняльно іншими становище. Пільги – це теж додаткові права. Але мета їх встановлення – надання можливості для найповнішої реалізації особою своїх прав та набуття певних благ у разі наявності у неї менших (юридично значущими критеріями) можливостей застосування своїх здібностей в силу різних обставин. Встановлення інституту пільг у законодавстві про основні права та обов'язки громадян зумовлено принципами соціальної справедливості, гуманності.

Пільги можна розглядати в двох аспектах. По-перше, як гарантії реалізації та забезпечення прав громадян. Наприклад, право першочергового вступу до навчальних закладів є гарантією права на освіту для певних категорій громадян, право на соціальну допомогу – гарантією права на достатній життєвий рівень для малозабезпечених громадян тощо. По-друге, як спеціальне право, надане суб'єктові і яке дає можливість розглядати останнього як носія спеціального статусу. В галузевих правових науках пільги вважаються саме як спеціальний вид прав громадян (3,с.215). Наприклад, потерпілі від аварії на Чорнобильській АЕС наділені певним колом пільг, що свідчить про наявність у них спеціального статусу (так звані "чорнобильці").

Значна кількість пільг громадянам надається і потім реалізується у сфері виконавчої діяльності держави. І тому можна стверджувати, що пільги є частиною спеціального адміністративно-правового статусу громадян, з одного боку, і гарантіями їх правового статусу у сфері державного управління – іншого.

Законодавством передбачені пільги різним категоріям осіб. Доцільно визначити ці категорії, проаналізувавши підстави виникнення права на них. Такими підставами, на наш погляд, є: навчання (студенти, учні, аспіранти), виконання обов'язків (службових, військового), вік (молодь, діти неповнолітні, особи похилого віку), фізичний стан особи (інваліди, хворі), заслуги (Герої Радянського Союзу, ветерани праці, ветерани війни), надзвичайні ситуації (потерпілі від надзвичайних ситуацій, в Чорнобильській катастрофі), ставлення до певних осіб (діти, батьки, члени сім'ї), малозабезпеченість осіб, сімейний стан (сироти, одинокі, багатодітні), відсутність певних благ та їх домагання (безробітні, біженці).

Наведений перелік не є вичерпним. Серед зазначених категорій осіб можна виділити таких, які потребують певної допомоги, турботи з боку держави. Це безробітні, біженці, інваліди, діти-сироти, багатодітні сім'ї, хворі. Їх Д.Н. Бахрах відносить до суб'єктів адміністративної опіки і виділяє в окремий вид спеціальних адміністративно-правових статусів індивідуальних суб'єктів (1, с. 40-43). Терм "адміністративна опіка", на наш погляд, є вдалим, оскільки вона трактується як засіб захисту прав і інтересів осіб. Опіка полягає у видачі особам сум, організаційному сприянні, наданні спеціальних медичних послуг тощо. Здійснення адміністративної опіки покладено на органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування.

За своїм характером пільги можуть полягати в наданні грошової допомоги (субсидія, допомога звільнені від виконання певних обов'язків (військового, сплати податків), наданні безкоштовного або частково оплачуваного користування (транспортом, об'єктами культури), наданні першочергового пра

(на вступ до навчальних закладів без вступних іспитів, на прийом відповідною посадовою особою наданні спеціальних послуг (медичних, інформаційних тощо).

Деякі пільги виконують стимулюючу функцію, спонукають до окремих видів суспільнокорисної діяльності і надають суб'єктам, у діяльності яких зацікавлена держава. Стимулюючу функцію виконують передусім податкові пільги, прикладом яких можуть також бути спеціальні права, надані сільській молоді при здобутті освіти, призерам Всеукраїнських учнівських олімпіад при прийомі їх на перший курс вищих навчальних закладів та ін.

Здійснення права на пільги, за загальним правилом, пов'язано з попереднім наданням особі спеціального правового статусу і виконанням формалізованих процедур. Особа має подати до компетентного органу заяву та необхідні документи про визнання її безробітною, біженцем, багатодітною тощо. Орган розглядає справу і приймає індивідуальне рішення про визнання спеціального статусу за особою. Це рішення є юридичною підставою для надання останній певних благ, що визначаються пільгами. Для подальшого користування ними необхідно підтвердження існування обставин, що дають право на пільгу (малозабезпеченість, багатодітність тощо).

В інших випадках процедура реалізації пільги має спрощений характер і може бути пов'язана лише з наявністю документа, що посвідчує вже існуючий спеціальний правовий статус особи. Так, право на безкоштовний проїзд у громадському транспорті, на першочерговий прийом особа підтверджує відповідним документом (пенсійним посвідченням, військовим квитком, посвідченням депутата). Але будь-якому разі момент виникнення та позбавлення права на пільгу співпадає з моментом виникнення або припинення спеціального статусу особи.

За строком дії пільги можуть бути строковими і безстроковими (довічними). Перші надаються зв'язку з навчанням, з зайняттям певної посади, з дією певних обставин; безстрокові пільги передбачені особам, які мають конкретні заслуги перед суспільством чи державою, які постраждали від надзвичайних обставин або мають фізичні вади.

Пільги громадянам визначаються правовими актами. Кожна з них як право громадянина повинна бути забезпечена механізмом реалізації, який встановлюється підзаконними нормативно-правовими актами. Так, пільги, передбачені Законом "Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні" (2; 1993. – № 16. – Ст. 167), реалізується у порядку, визначеному постановами Кабінету Міністрів України, наказами міністрів тощо.

Законодавством передбачені випадки, коли при визначенні питання про надання пільги посадові особа органу виконавчої влади наділена правом адміністративного розсуду (наприклад, у деяких випадках при наданні субсидій на оплату комунальних послуг). Звичайно, для врахування особливостей наділені певною мірою свободи у вирішенні індивідуальної управлінської справи для прийняття оптимального рішення. Але в таких ситуаціях не бажано зловживання своїми владними повноваженнями з боку осіб, які приймають рішення. Вирішенням цієї проблеми (хоча б в якійсь мірі) вважаємо встановлення певних чітко визначених законодавством меж адміністративного розсуду. Сприяє законності при вирішенні таких справ має поінформованість громадян про свої права та про засоби їх захисту, надання можливості одержання безкоштовної правової допомоги в таких ситуаціях.

Виділяють два способи закріплення прав громадян на пільги в нормативних актах державних органів – прямий і непрямий. Перший спосіб коли пільги і гарантії їх забезпечення безпосередньо (прямо) передбачені в нормативному акті. Такі приписи містять чіткі формулювання, сприяють правильній своєчасній реалізації прав громадян. Але існують випадки, коли органи управління визначають пільги громадян непрямым способом, встановлюючи відповідні повноваження органів управління. Та нормативні приписи можуть тлумачитися і в тому розумінні, що конкретні права на пільги громадяни надаються за розсудом посадової особи (або органу управління). У цьому полягає недолік такого методу визначення прав громадян. На нашу думку, пільги громадянам повинні встановлюватися тільки прямим способом законодавчими актами, оскільки згідно з Конституцією України виключно закон визначаються права, свободи та обов'язки громадян.

Список літератури: 1. Бахрах Д.Н. Административное право: Учебник для вузов.- М.: БЕК, 1997. 368 с. 2. Відомості Верховної Ради України. 3. Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. – М.: Наука, 1979. – 229с. 4. Лопатин В.В., Лопатина Л.Е. Маль

толковий словарь русского языка. – М.: Рус.яз, 1990. – 704 с. 5. Ожегов С.И. Словарь русского языка Под.ред. Н.Ю.Шведовой. – 22-е изд., испр. – М.: Рус. яз., 1990. – 927с. 6. Рабінович П.М. Права людини громадянина у Конституції України / до інтерпретації вихідних конституційних положень /. – Харкі Право. – 1997. – 64с. 7. Теория государства и права: Курс лекций / Под. ред. Н.И. Матузова и А.В. Мальк – М.: Юристь, 1997. – 672 с.

О.В. Константи

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДЖЕРЕЛ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Останнім часом, учені-адміністративісти все частіше ведуть мову про становлення нової галузі правовій системі України – адміністративно-процесуального права (6; с. 17, 18). Передумовами для такі висновків є, з одного боку, беззаперечне визнання юридичною наукою адміністративного процесу ; самостійного правового явища (8; с. 728-733), з іншого – необхідність встановлення законодавцем чіткі процедур взаємовідносин особи з органами виконавчої влади, які були б надійними гарантами в бюрократичного свавілля, що зумовлено принциповими змінами у поглядах щодо суспільної призначення адміністративного права як "права забезпечення і захисту прав людини" (1; с. 10). Пері кроки у цьому напрямку вже зроблені. Зокрема, 2 жовтня 1996 р. Верховною Радою прийнято Зак України "Про звернення громадян", (2; 1996 -№ 47 – ст. 256), у якому закріплено порядок оскаржені громадянами дій (бездіяльності), рішень органів виконавчої влади, процедуру їх розгляду, а такс відповідальність посадових осіб за порушення встановлених правил. У подальшому чималу роль відігра створення системи "самостійних" адміністративних судів адміністративної юстиції) та законодавч закріплення основних управлінських процедур.

На жаль сучасний науково-теоретичний стан розробок проблем адміністративно-процесуально права є як не достатнім для потреб становлення та розвитку адміністративно-процесуально законодавства, має місце певна невизначеність статусу адміністративно-процесуального права (і самостійна галузь чи підгалузь адміністративного права).

Існують різні точки зору щодо – визначення меж адміністративного процесу як сутнісного явищ Так, одні вчені вважають, що адміністративний процес обіймає всі індивідуально-конкретні справи, я вирішуються органами управління (Г.І.Петров, В.Д. Сорокін , Ю.М. Козлов, В.М.Горшенёв, С.М.Якуб М.М. Тищенко), тобто розглядають його у широкому розумінні. Інші обмежують його діяльність і застосуванню заходів адміністративного примусу (Н.Г. Салищева, О.П.Клюшниченко, Н.І.Єропкін та ін Дійсно, якщо звернутися до чинного законодавства є можливим визнати, що норми, які регулюю питання порядку притягнення до адміністративної відповідальності, найбільш розроблені. Процесуальні норми є у Кодексі України про адміністративні правопорушення, Митному кодексі України, Законі України "Про боротьбу з корупцією", "Про ветеринарну медицину", "Про забезпечення санітарного і епідеміологічного благополуччя населення" та в ін. Нормативне ж регулювання "позитивних управлінських процедур завжди відзначалося виборочністю, розрізненістю. Не дивно, що ні в кого працівників не викликають сумніви погляди на адміністративний процес у "вузькому" розумінні. разом тим розвиток Україною власної правової системи пов'язується не лише з нормами матеріального, а процесуального права. З'являється значна кількість нормативно-правових актів, які визначають змі окремих управлінських процедур, зокрема, впровадження по реєстрації суб'єктів підприємницьк діяльності – Законом України "Про підприємництво" (2; 1991, – № 14. – ст.168). Постановою Кабінета

Міністрів України від 25 травня 1998 р. "Про порядок державної реєстрації суб'єкт підприємницької діяльності" (4; 1998. – № 21. – ст. 767); провадження по ліцензуванню підприємницьк діяльності – відповідним Положення, затвердженим Постановою Кабінета Міністрів України від 3 липн 1998 р. (4; 1998. – № 27 . – ст.1004). Питання правотворчої діяльності органів виконавчої влади маю бути закріплені у Законах України "Про нормативно-правові акти" та "Про правотворчу діяльність орган виконавчої влади". Таким чином, поступово формується система правових норм, які всебічно регулюю процес державно-управлінської діяльності.

Розробка теорії адміністративно-процесуального права була започаткована в 70-х роках. Зокрем питання предмета, метода, системи адміністративно-процесуального права, адміністративних процесуальних норм та їх класифікації опрацьовані В.Д. Сорокіним (7; с. 52-85), проблеми кодифікації норм цієї галузі ґрунтовно досліджені у роботах В.А. Лорії (3), у 1984 р. з'являється дослідження Н. Салищевої "Административный процесс в СССР (5). Теоретичні питання адміністративного процесу з'ясовуються М.М. Тищенком у зв'язку з дослідженням адміністративно-процесуального статусу громадянина України (9; с. 6-21).

Незважаючи на наявність певних теоретичних розробок проблем адміністративно-процесуального права, поза межами аналізу залишаються питання його джерел (адміністративно-процесуального законодавства).

Не торкаючись характеристик матеріальних передумов формування цієї галузі права (джерел права соціальному значенні), зупинимось лише на визначенні джерела адміністративно-процесуального права. Воно має великий практичний інтерес для працівників органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, правоохоронних органів, підприємств, установ, організацій та кожного громадянина України.

Враховуючи положення загальної теорії права, джерело адміністративно-процесуального права можна визначити як зовнішню форму виразу загальнообов'язкових правил поведінки процедурного характеру у галузях державного управління та правил застосування заходів адміністративного примусу. Змістом адміністративно-процесуального джерела є певні правила поведінки, які знаходяться у різних адміністративно-правових актах (як законах, так і підзаконних актах). Джерелами адміністративно-процесуального права можуть бути і міжнародно-правові угоди (ст.15 Конституції України). Наприклад порядок перетину українсько-польського кордону передбачає Угода між Україною та Республікою Польща "Про правовий режим українсько-польського кордону, співпрацю та взаємодію по прикордонним питанням", ратифікована Верховною Радою України 14 липня 1993 р. (2;1993.- № 36 – с. 365).

Адміністративно-процесуальні норми, що визначають належність нормативно-правового акту до джерел адміністративно-процесуального права, переважно знаходяться поруч з нормами тих матеріальних галузей права, які реалізуються в адміністративному процесі. Так, у Кодексі України про адміністративні правопорушення є як адміністративно-правові, так і адміністративно-процесуальні норми. Те ж можна сказати і про Земельний Кодекс України. "Чисто" адміністративно-процесуальних актів мало. майбутньому ним стане Адміністративно-процесуальний кодекс України. Тому для визнання певного правового акта джерелом адміністративно-процесуального права достатньо, щоб він містив хоча декілька або навіть одну норму цієї галузі.

Широке коло питань, які вирішуються органами виконавчої влади, місцевого самоврядування судовими органами в адміністративно-процесуальному порядку, об'єктивно зумовлює існування значної кількості джерел адміністративно-процесуального права, які можна упорядкувати шляхом класифікації. Критеріями для останнього можуть бути: види адміністративних проваджень, форми правових актів та юридична сила, межі їх дії у часі і просторі.

За видами адміністративних проваджень доцільно виділяти джерела адміністративно-процесуального права, які регулюють:

1) *управлінську ("позитивну") діяльність органів виконавчої влади;*

- діяльність по прийняттю, зміні та скасування нормативних та індивідуальних актів управління,
- порядок діловодства, здійснення матеріально-технічних та інших управлінських операцій,
- порядок реєстрації певних суб'єктів та видів діяльності,
- здійснення контрольно-наглядової діяльності,
- виконання правил дозвільної системи,
- порядок розгляду заяв та пропозицій громадян;

2) *юрисдикційно-процесуальну діяльність органів виконавчої влади по справах* – по застосуванні заходів адміністративного примусу (попередження, припинення),

- про адміністративні правопорушення,
- по видворенню за межі України іноземців,
- про адміністративних скаргах,
- про відшкодження шкоди, заподіяної громадянину державними органами (посадовими особами)

- 3) діяльність судових органів (у майбутньому судів) по справах;
- про адміністративні правопорушення,
 - про поновлення порушених прав і свобод громадян та інших суб'єктів адміністративних правових відносин,
 - про відшкодування шкоди, заподіяної органами адміністративної юрисдикції,
 - про спори щодо розмежування компетенції між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування,
 - про скасування реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності, об'єднань громадян та інших установ і організацій.

За юридичною силою слід розрізняти такі джерела адміністративно-процесуального права:

- а) закони, кодекси, основи законодавства, постанови Верховної Ради України,
- б) укази Президента України,
- в) постанови Кабінету Міністрів України,
- г) накази міністрів та керівників інших центральних органів виконавчої влади,
- д) розпорядження голів місцевих державних адміністрацій.

За межами дії (тобто, на кого поширюються процедури) джерела адміністративно-процесуального права слід диференціювати на:

- а) регулюючі діяльність усіх без винятку суб'єктів адміністративного процесу (універсальні),
- б) розповсюджуючі свою дію на окремі органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування суд (спеціальні).

За дією у часі джерела адміністративно-процесуального права можуть бути:

- а) прийняті на невизначений час з неокресленим колом випадків застосування,
- б) діючі визначений відрізок часу,
- в) діючі лише з настання певних обставин (воєнний час, надзвичайні ситуації тощо).

Управлінсько-процедурні норми знаходяться у більшості в нормативно-правових актах підзаконного характеру (постанова уряду, наказах міністрів, розпорядження голів місцевих адміністрацій), тому при застосуванні виникають труднощі. Крім того, не всі адміністративні провадження детально врегульовані. Нагальною є потреба в систематизації адміністративно-процесуальних норм, що бажано здійснити шляхом кодифікації.

Теоретично можлива розробка Адміністративно-процесуального кодексу України, який би об'єднав у собі всі види адміністративних проваджень (як юрисдикційних, так і неюрисдикційних). Однак такі шляхи є надто складними. Тому, вбачається, слід підтримати тих учених-адміністративістів (В.Б.Авер'янов, І.Г.Голосніченко, О.Ф.Андрійка), які виступають за необхідність прийняття двох кодексів Адміністративно-процесуального (адміністративного судочинства) й Адміністративно-процедурного (процедурального), або Закону "Про адміністративні процедури" Адміністративно-процесуальний кодекс безумовно, повинен бути розроблений з урахуванням запровадження в Україні адміністративних судів (адміністративної юстиції).

Список літератури: 1. Авер'янов В.Б. Адміністративне право України: доктринальні аспекти реформування // Право України. – 1998. – №8. – с. 8-13. 2. Відомості Верховної Ради України. 3. Лорі В.А. Некоторые вопросы теории кодификации административно-процессуального права – Тбилиси: Изд-во Тбилис. ун-та, 1974. – 104 с., Лория В.А. Проблемы кодификации Советского административно-процессуального права: Автореф. дис. ... д-ра юрид.нук. – Киев, 1976. – 55 с. 4. Офіційний вісник України. 5. Салищева Н.Г. Административный процесс в СССР. – М.: Юрид.лит., 1984. – 158 с. 6. Селіванов А.О. Проблеми адміністративного процесу в контексті Концепції адміністративної реформи України // Матер. Першої нац. наук.-практ. конф.: Адміністративне право: сучасний стан і напрям реформування, 18-21 черв. 1998 р., м. Яремча, Івано-Франк. обл. – с. 17, 18. 7. Сорокин В., Административно-процессуальное право. – М.: Юрид.лит., 1972. – 239с. 8. Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса. – М.: Изд. г-на Тихомирова М.Ю., 1998. – 798с. 9. Тищенко Н.М. Административно-процессуальный статус гражданина Украины: проблемы теории и пути совершенствования. –Харьков: Право, 1998. – 268с.

ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ПРАЦІВНИКІВ МИТНИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ

Згідно з Митним кодексом України працівники митних органів є представниками державного органу, знаходяться під захистом закону, їх законні вимоги обов'язкові для виконання громадянами посадовими особами, втручання у їх діяльність тягне відповідальність за законами України (1, с.3).

Безумовно, нормальна діяльність митних органів повинна забезпечувати реалізацію ус передбачених Митним кодексом та іншими правовими актами правил, процедур, технологій, я безпосередньо зв'язані з митним контролем і застосовуються у процесі митної діяльності. Необхідно також враховувати інтереси безпеки працівників митних органів і забезпечувати гарантії їх соціального захисту. Усе згадане має відношення до специфічного виду адміністративних правопорушень у сфері митної справи, які пов'язані головним чином з порушенням порядку й умов діяльності митних органів і їх працівників або перешкоджає їх діяльності. За вчинення цих правопорушень встановлено адміністративна відповідальність у ст. 157-160 Митного кодексу (3).

Чинний Митний кодекс України відносить до даних адміністративних правопорушень такі провини

1. Непокора законному розпорядженню або вимозі працівників митного органу при виконанні ним своїх службових обов'язків (3, ст. 158). За здійснення такого діяння на винного накладається штраф.

2. Образа працівника митного органу при виконанні ним своїх службових обов'язків, якщо це і тягне за собою кримінальної відповідальності (3, ст. 159), тобто будь-які дії що принижують честь і гідність зазначених осіб і виявляються у непристойній формі, якщо такі дії не є злочинними. Учинення такого діяння тягне за собою накладання штрафу або виправні роботи, а у разі, якщо за обставинами справи з урахуванням особи правопорушника застосування цих заходів буде визнано недостатнім, адміністративний арешт.

3. Погроза нанесення легких тілесних ушкоджень, побоїв або інших насильницьких дій щодо працівника митного органу при виконанні ним своїх службових обов'язків (3, ст. 159). Під погрозою вчинення дій, що кваліфікуються за даною статтею, розуміються висловлювання або інші діяння порушника, які виявляють реальні наміри нанести легкі тілесні ушкодження, побої або вчинити інші насильницькі дії (наприклад, позбавити волі або обмежити її) щодо працівника митного органу при виконанні ним службових обов'язків. Учинення такого діяння тягне за собою накладання штрафу виправні роботи або адміністративний арешт.

До адміністративних правопорушень, які посягають на нормальну діяльність митних органів слід віднести і правопорушення, відповідальність за які передбачена у ст. 107 Митного кодексу України перешкодження доступу службової особи митного органу до предметів, що знаходяться під митним контролем (3), тобто фізичний або психічний вплив, учинений з метою протидії діяльності службової особи митного органу по проведенню митного обстеження або будь-яких інших процесуальних дій (наприклад, вилучення товарів, транспортних засобів, валюти, документів та ін.).

Ця група адміністративних правопорушень зв'язана єдиним родовим об'єктом і має багато загальних рис: а) правопорушеннями, що перешкоджають нормальній роботі органів міліції, народних дружинників військовослужбовців Збройних Сил, які забезпечують громадський порядок; б) порушеннями порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних процесій і демонстрацій, так само як і створення умов для їх проведення; в) з проявленням неповаги до суду тощо (2, с. 323-336).

У проекті нового Митного кодексу України розділ, присвячений правовому захисту працівників митних органів, дещо розширено. Так, передбачено відповідальність за втручання у діяльність посадових осіб митних органів, тобто вплив у будь-якій формі на посадових осіб митних органів України з метою перешкодити виконанню ними службових обов'язків або добитися прийняття неправомірних рішень без ознак злочину (наприклад, пряма вказівка, прохання, обіцянка будь-яких благ у випадку того чи іншого вирішення питання). Суб'єктивна сторона даного правопорушення може характеризуватися тільки прямим умислом. Суб'єктом можуть бути тільки фізичні особи (у тому числі посадові, представники юридичних осіб, індивідуальні підприємці).

Разом з тим як і до того незахищеними залишилися особи, запрошені для участі у проведенні митного контролю, провадженні митного оформлення, участі у провадженні по справі про порушення митних правил або в її розгляді (експерти, спеціалісти, свідки, поняті, перекладачі). А між тим загрози вчинення насильницьких дій щодо цих осіб цілком реальна, вони також можуть наразитися на них.

Нам вбачається, що розглядувану групу правопорушень треба розширити. Усі особи, які беруть участь у забезпеченні діяльності митних органів повинні мати реальний захист.

З метою забезпечення ефективного і безперервного функціонування митних органів слід встановити адміністративну відповідальність і за відмову чи ухилення осіб, які беруть участь у провадженні по справі про порушення митних правил або в її розгляді, від виконання своїх процесуальних обов'язків (наприклад, відмова чи ухилення свідка від дачі пояснень або його неявка без поважних причин у митний орган).

Реалізація даних пропозицій слугуватиме подальшому удосконаленню правової захищеності працівників митних органів, що в результаті забезпечить нормальну діяльність митних органів у рамках обов'язків наданої їм компетенції.

Список літератури: 1. Кивалов С. В. Таможенное право (административная ответственность за нарушение таможенных правил) Одесса: Изд-во Одес. ун-та, 1996-176 с. 2. Кодекс Украины об административных правонарушениях: Науч.-практ. коммент./ В.С.Андисиевский, Э.Г.Герасименко, Е.И.Додин и др.- К.: Украина, 1991.-623 с. 3. Митний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України.- 1992 №16.-Ст. 203. 1992.-№ 35.-Ст. 511; 1993.-№ 11-Ст. 91.

М. М. Салага

ПОРУШЕННЯ МИТНИХ ПРАВИЛ І ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НИХ

Реалізуючи митну політику держави, митні органи України провадять боротьбу з контрабандою порушеннями митних правил, виконуючи тим самим одне з своїх головних завдань (2, ст. 9). Дефіцит бюджету, складна фінансово-економічна ситуація в країні дещо нівелювали значення цього завдання, правоохоронна функція митних органів посіла друге місце після фіскальної функції –поповненні державного бюджету за рахунок вилучення митних платежів при переміщенні через митний кордон товарів та інших предметів.

Разом з тим у Державній програмі боротьби зі злочинністю одним з найбільш небезпечних соціальних негараздів в Україні названо небувале зростання кількості правопорушень, зумовлене кризовими явищами у політичному й економічному розвитку, в усіх сферах суспільного життя, а також правовим нігілізмом, фактичною відсутністю контролю за підприємницькою та іншою діяльністю. А якщо взяти до уваги, що в галузі зовнішньоекономічної діяльності існує можливість швидкого збагачення і валютних операціях, за рахунок одержання привілейованого становища, на різниці внутрішніх і світових цін, то можна дійти висновку, що зростання злочинів у митній сфері стає все більшою перешкодою і шляху здійснення економічних реформ. Усе це вимагає вжиття з боку держави великомасштабних комплексних заходів, що мали б забезпечити зміцнення законності та правопорядку, значне зменшення кількості правопорушень.

Для вирішення поставлених завдань використовуються різні засоби переконання, а в разі необхідності – і заходи державного примусу: кримінально-правові, дисциплінарні, цивільно-правові та інші. У боротьбі з правопорушеннями, особливо у митній сфері, важливе місце належить заходам адміністративного примусу, зокрема адміністративної відповідальності. Це пояснюється тим, що адміністративні проступки – один з найпоширеніших видів правопорушень. А це, відповідно, вимагає порівняно простого порядку застосування заходів реагування з метою економії часу та сил митних органів для виявлення порушень митних правил.

Порушення митних правил за своєю природою і характером – адміністративне правопорушення, вчинення якого передбачена адміністративна відповідальність. Хоча у Митному кодексі України відсутні

визначення поняття "порушення митних правил" і про відповідальність йдеться взагалі, в дійсності безумовно, мається на увазі адміністративна відповідальність. Це прямо випливає зі змісту ст. 103, 12 Митного кодексу України (2). Отже, юридичні ознаки адміністративного правопорушення влади юридичним ознакам порушення митних правил (1, с. 213-223; 2, с. 128-138).

По-перше, подібно іншим адміністративним правопорушенням порушення митних правил можуть виявлятися у дії (наприклад, переміщення предметів через митний кордон поза митним контролем; видача предметів без дозволу митних органів; причалювання до судна, яке знаходиться під митним контролем; відправлення транспортного засобу без дозволу митного органу тощо) або у бездіяльності (наприклад, недекларування предметів, недоставлення у митний орган предметів та документів).

По-друге, порушення митних правил – це суспільно шкідливі (антисуспільні) діяння. Їх суспільна шкідливість виявляється у завданні або створенні загрози завдання шкоди об'єктам, що охороняються законом, тобто діяння, які вчиняють замах на встановлений митним законодавством порядок переміщення митного контролю і митного оформлення предметів, що переміщуються через митний кордон України обкладення митними платежами та їх сплату, надання митних пільг і їх використання. При цьому необхідно враховувати, що серед порушень митних правил є і такі, що межують зі злочинами у митній справі (2, ст. 100).

По-третє, це адміністративна протиправність порушення митних правил, що означає законодавче закріплення суттєвих ознак такого правопорушення. Їх сукупність і утворює склад порушення митних правил.

По-четверте, порушення митних правил має ще одну обов'язкову ознаку – караність. Караність означає встановлену законом можливість застосування передбаченого санкцією митно-правової норми стягнення за порушення митних правил (при цьому можливе накладення на порушника стягнення нижче найнижчої межі або цілковитого звільнення від відповідальності при малозначності вчиненого діяння).

По-п'яте, обов'язковою ознакою порушення митних правил фізичною особою є провина у формі умислу або необережності. Відсутність провини виключає можливість застосування відповідальності.

Проте у чинному Митному кодексі України відсутні не тільки загальні положення, пов'язані з визначенням митних правил і відповідальністю осіб, які здійснили їх порушення. Не визначені також обставини, що пом'якшують або обтяжують відповідальність, види стягнень, які накладаються за порушення митних правил. Не в повній мірі передбачено умови й обставини, за яких застосовується відповідальність за порушення митних правил. Так, відсутнє будь-яке пояснення стосовно осіб, які займаються підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи. Не повною мірою врегульовано і порядок провадження по справах про порушення митних правил.

І хоча у ст. 121 Митного кодексу йдеться про те, що "...провадження у справах про порушення митних правил здійснюється відповідно до цього Кодексу, а в частині, що не регулюється ним, відповідно до законодавства про адміністративні

правопорушення" (2), це зовсім не знімає існуючої проблеми. Процес застосування стягнень за порушення митних правил (митний процес) повинен у повному обсязі регламентувати діяльність митних органів та їх посадових осіб по розгляданню і вирішенню справ про порушення митних правил, а також усіх осіб, які беруть у ньому участь. При цьому головними завданнями такої діяльності мають бути справедливий розгляд справ, забезпечення правильного застосування матеріальних і процесуальних норм митного законодавства, а також попередження нових правопорушень у сфері митної справи.

Недостатньою є і регламентація завершальної стадії митного процесу – виконання постанови про накладання стягнення за порушення митних правил (2, ст. 147-149). Необхідно не тільки деталізувати встановити порядок виконання постанов про накладання окремих видів стягнень за порушення митних правил, але й закріпити правило виконання постанов про накладання стягнень за порушення митних правил на осіб, які проживають або знаходяться за межами України і не мають на її території майна. Виконання таких постанов повинно визначатися законодавством України і міжнародними договорами України з державами, де мешкають або знаходяться ці особи, а також з державами, де знаходиться майно.

Вбачається, що ні чинний Митний кодекс України, ні Кодекс про адміністративні правопорушення не дозволяють ефективно боротися з адміністративними правопорушеннями у митній справі. Тим більше що кількість правопорушень дедалі збільшується з введенням нових митних режимів, ліцензування митного перевізника тощо. Не буде змоги вирішити ці проблеми і з прийняттям нового Митного кодексу, проект якого нині активно обговорюється, якщо не відбудеться активізація правоохоронної функції митних органів. Надання статусу правоохоронного органу Митній службі України – нагальна вимога часу, на жаль, не завжди знаходить відповідне розуміння у законодавців.

Список літератури: 1. Бахрах Д. Н. Административное право: Учебник.–М.: БЕК, 1993. 2. Митний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України.–1992.–№ 16.–Ст. 203; 1992.–№ 35.–Ст. 511; 1993.–№ 11.–Ст. 91. 3. Советское административное право. Методы и формы государственного управления / Под ред. Козлова Ю. М., Лазарева Б. М., Лунева А. Е., Пискотина М. И.–М.: Юрид. лит., 1997. – 336с.

Ю.В. Гродецкий

128

МОТИВАЦИЯ ПОВЕДЕНИЯ ПРИ ДОБРОВОЛЬНОМ ОТКАЗЕ

По уголовному законодательству Украины для добровольного отказа мотивы значения не имеют, и наука это не вызвало серьезных дискуссий. Еще более ста лет назад П. Лякуб писал: "Что бы и послужило к этому побудительной причиной: раскаяние ли, сострадание ли, или уважение к закону, – это безразлично" (10, с. 41). Однако это не означает, что мотивы добровольного отказа не имеют никакого значения. К. А. Панько, например, считает, что выявление механизма образования мотивов добровольного отказа может способствовать эффективной и целеустремленной организации работы по предупреждению преступлений (12, с. 33), а Д. Е. Дядько предлагает обязательно исследовать мотивы добровольного отказа, так как "тем самым можно определить, действительно ли отказ от совершения преступления был добровольным и окончательным" (6, с. 34). Б.С. Волков полагает, что мотивы добровольного отказа играют роль в определении самой природы института добровольного отказа и в объяснении оснований, при которых лицо освобождается от уголовной ответственности (4, с. 102). Многие ученые при обосновании освобождения от уголовной ответственности при добровольном отказе ссылаются на мотивацию субъекта (2, с. 75, 76; 5, с. 19; 11, с. 80; 14, с. 363). В некоторых УК мотивам при добровольном отказе придается большее значение. Так, в ч. 2 ст. 18 УК Монголии 1942 г. указано, что "суд обязан обсудить мотивы отказа" (15, с. 58) и принять их во внимание при установлении соответствующей меры наказания или освобождении лица от уголовной ответственности.

Связь добровольного отказа с его мотивами несомненна. Влияние норм УК о добровольном отказе на формирование мотивов поведения отмечалась и в старой литературе. Ещё А. Фейербах писал: "Если бы несчастный, ...позволивший покуситься на преступление, наперёд знал, что раскаяние¹ не принесет ему никакой пользы, то он не имел бы выгоды оставить покушение и нашел бы в самом законе побудительную причину к совершению преступления" (цит. по 16, с. 48). Как видим ученый выделяет два тезиса: наличие норм о добровольном отказе побуждает лицо к прекращению преступления; отсутствие таких норм напротив, создает у субъекта дополнительный стимул это преступление совершить.

Проследим механизм взаимодействия добровольного отказа и мотивов поведения. Попытки объяснения данного механизма в науке уже имели место. К.А. Панько, например, и вслед за ним Д.Е. Дядько считают, что в мотивационном процессе человека, начавшего совершать преступление, основную роль в склонении его к добровольному отказу играют правовой и моральный барьеры (13, с. 9; 6, с. 48, 49). Такой подход вряд ли обоснован, так как для объяснения вопроса вводятся новые понятия "правовой барьер" и "моральный барьер". Психология, занимающаяся изучением мотивации, не знает такой терминологии. Кроме того (и это видимо главное), введение новых терминов – процесс довольно ответственный, который допустим только в случае, когда наличная терминологическая база является неудовлетворительной. Психологическая наука имеет достаточную теоретическую базу и

интересующему нас вопросу, и поэтому научные разработки и терминологию этой науки необходимо взять за основу.

Источником деятельности человека является потребность. Испытывая определенный недостаток условиях, человек стремится его ликвидировать. Наличие потребностей – это естественное состояние любой живой системы, так как она не может существовать без взаимодействия с окружающим миром. Человек нуждается в чем-то, что лежит вне его организма и является предметом потребности (9, с. 17-172). Потребности служат основой для возникновения мотивационных процессов. Мотивация является "родовым понятием для обозначения всей совокупности факторов, механизмов и процессов обеспечивающих возникновение на уровне психического отражения побуждений к жизненно необходимым целям, т.е. направляющих поведение на удовлетворение потребностей" (3, с. 6).

В процессе актуализации потребностей и порождения ими конкретных мотивационных побуждений можно выделить две основные фазы: мотивационной установки и эмоционального отношения. Если потребность актуализируется при отсутствии соответствующего ей предмета, формирует специфическое состояние мотивационной установки, означающее потенциальную готовность к активной реакции в случае его появления. Когда такой предмет появляется, к нему возникает эмоциональное отношение, которое, собственно, открывает субъекту потребностную значимость предмета (в виде положительной или отрицательной оценки) и побуждает направить на него активность. Наличие в УК норм о добровольном отказе при условии, что о них субъект знает, формирует у него определенное отношение к ситуации добровольного отказа. Лицо понимает, что правовые последствия добровольного отказа выгодны для него. Такое знание ещё не оказывает влияния на непосредственное возникновение мотива добровольного отказа по той простой причине, что лицо не находится в обстановке совершения преступления. Но это знание имеет значение для правовой социализации личности, т. е. включение в ценностно-нормативную систему тех ценностей, которые охраняются правом (7, с. 229). Такая ценностно-нормативная система является фундаментом правосознания субъекта. Правосознание определяет поведение человека, влияя на процесс формирования социально-правовых установок и мотивов, что имеет большое значение для адекватного отражения правовых ценностей в сознании лица. В обыденном правосознании знание права может заменяться бытовыми представлениями, индивидуальными традициями и обычаями, моральными нормами.

Преступление совершается для достижения каких-то необходимых человеку целей. Постановка целей является первым этапом на пути развития волевого действия. Она предполагает не только осознание результата, но и определение средств и способов его достижения, а также представление об условиях обстоятельствах, в которых эта цель будет осуществляться. Фактическая деятельность по достижению цели в большинстве случаев не совпадает с первоначальными представлениями о ней. Это вызывается как индивидуальными особенностями личности, так и общими закономерностями отражения действительности в сознании человека. Воображаемые события обладают меньшей эмоциогенностью и сравнению с реально наблюдаемыми (3, с. 112-116). Поэтому оценка собственного эмоционального отношения к ситуации совершения преступления до начала преступной деятельности и во время осуществления различаются между собой. Человеку довольно сложно представить себе, как будет проявляться его мотивационные установки в определённой реальной ситуации. Так, лицо может заблуждаться относительно того, что вид жертвы не вызовет в нём сожаления и это не станет препятствием к завершению преступления. В действительности же эмоция жалости к жертве вместе начавшей проявляться установкой на добровольный отказ могут привести к возобладанию мотива такого отказа. Чтобы наглядно проследить влияние норм УК о добровольном отказе на поведение человека представим себе, что такие нормы отсутствуют. Очевидно, что в этом случае внутренние силы направляющие поведение человека на прекращение преступления, гораздо слабее и это может привести к продолжению и окончанию преступной деятельности.

Можно говорить о регуляционном влиянии норм о добровольном отказе не только на поведение отдельного человека, но и опосредованно, т. е. через его поведение на сознание других людей. Для наглядности представим следующую ситуацию: группа лиц договорилась о совместном совершении преступления. При подготовке к преступлению некоторые из них добровольно отказались продолжать преступные действия и даже сделали попытку отговорить остальных. Безусловно, это обстоятельство окажет влияние на других участников. Если в действиях отказавшихся есть все признаки добровольного

отказа, они подлежат освобождению от уголовной ответственности и эти правовые последствия не могут остаться за пределами внимания остальных участников преступления.

Следовательно, добровольный отказ при соучастии имеет определённые мотивационные особенности. Совершая преступление с сообщниками, субъект связан с ними определёнными отношениями, которые корректируют его поведение. Такая ситуация затрудняет возможность осуществления добровольного отказа. Во-первых, при групповом совершении преступления ответственность за происходящее делится как бы между всеми. Соучастника возможность привлечения к уголовной ответственности не так пугает как "преступника-одиночку" потому что на миру, как говорится и смерть красна. Эти обстоятельства затрудняют проявление установки на добровольный отказ отдельным лицом. При совместном совершении преступления происходит эффект усиления преступных мотивов. Счёт того, что рядом находятся единомышленники. Собственное желание совершить преступление подкрепляется стремлениями к той же цели и остальных. Во-вторых, отступить от задуманного преступления одному человеку гораздо проще, нежели находясь в группе. Обдумывая возможность прекращения преступной деятельности, "преступник-одиночка" ставит на весы желаемый преступный результат и риск быть наказанным. У соучастника на эту чашу ложится ещё и возникающий в случае добровольного отказа личностный конфликт между ним и остальными соучастниками. Возможность такого конфликта частично нейтрализует положительную мотивацию. Если желание отказаться от совершения преступления или вообще от преступной жизни возникает у лица, которое уже давно связано с преступным миром, ситуация осложняется ещё и поведенческими нормами так называемой преступной субкультуры. Среди преступников такое поведение расценивается как предательство. Известно, что точки зрения общечеловеческой морали предательство осуждается. Таким образом, можно говорить о возникновении в рассматриваемом случае своеобразной связи поведенческих норм преступной субкультуры с основными моральными нормами. Отрицательная оценка лицом предательства порождает мотивы, противодействующие реализации добровольного отказа.

Факт добровольного отказа, если кто-то всё же решился на него, ослабляет общую групповую преступную мотивацию, вносит элемент дезорганизации. В структуре мотивации поведения участников создается дополнительное звено, противодействующее и ослабляющее мотивы, побуждающие к совершению преступления. В ряде случаев это может привести и к окончательному отказу их всех от завершения преступления, а если даже некоторые соучастники всё же будут продолжать преступную деятельность, её общественная опасность уже будет гораздо меньшей. Здесь нормы добровольного отказа оказав воздействие на одного человека, разрывают систему социальных связей соучастников.

Следует иметь в виду, что поведение человека регулируется сложной иерархической системой мотивов. Мотивация человеческого поведения – явление динамичное, находящееся в постоянном изменении, преобразовании. В ходе деятельности одни мотивы возникают, усиливают друг друга, другие напротив, нейтрализуются. Одни и те же обстоятельства оказывают различное воздействие на разных людей. Это объясняется тем, что вызывают определённые мотивы не обстоятельства сами по себе, а субъективная оценка этих обстоятельств, обусловленная индивидуальными свойствами личности.

Итак, несмотря на известную сложность мотивационных процессов и достаточную трудность их изучения и прогнозирования, можно всё же говорить о несомненном положительном влиянии на эти процессы института добровольного отказа. Мотивационное воздействие, которое оказывает институт добровольного отказа, является лишь частью общей системы мотивационного влияния правовых норм на поведение человека. Уголовное право для достижения поставленных перед ним задач применяет различные способы и приемы. Это, в частности, установление уголовной ответственности за приготовление и покушение и в то же время освобождение от такой ответственности при добровольном отказе. Угроза наказания за начатое преступление преследует цель удержать лицо от совершения преступления ещё до его начала, а возможность освобождения от уголовной ответственности создаёт дополнительную мотивацию к прекращению преступления. Пока человек не приступил к выполнению задуманных преступных действий, он находится под угрозой наступления ответственности. Перед началом преступления это может оказать наиболее эффективное воздействие на человека и предотвратить в нём преобладание преступной мотивации. Именно тогда в полной мере сравниваются выгоды получаемые от совершения преступления, и реальная угроза уголовного наказания. Особенность человеческой психики такова, что если уже лицо начало совершать преступление, то само выполнение

таких действий усиливает преступную мотивацию (8, с. 75, 76). И вот в этих условиях всё более действенным становится институт добровольного отказа. Предоставляя лицу возможность избежать уголовной ответственности, он включает новые социально полезные механизмы мотивации. Тем самым нормы о добровольном отказе входят в систему мотивационных норм и играют определённую роль в решении превентивных задач всего уголовного права.

Список литературы: 1. Баршев С. О мере наказаний. – М.: Универс.тип., 1840. – 279 с. Будзинский С. Начала уголовного права. – Варшава, 1870. – 362 с. 3. Виллюнас В. К. Психологические механизмы мотивации человека. – М.: Изд-во МГУ, 1990. – 228 с. 4. Волков Б.С. Мотивы преступления (Уголовно-правовое и социально психологическое исследование). – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1982. – 152 с. 5. Гуляев П. Российское уголовное право. Изд. 2-е. – СПб.: Тип. Департ. Внеш. Торговли, 1833. – 24 с. 6. Дядько Д. Е. Добровольный отказ от совершения преступления по советскому уголовному праву: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков, 1973. – 196 с. 7. Еникеев М. И. Основы общей и юридической психологии Учебник для вузов. – М.: Юристъ, 1996. – 631 с. 8. Круглевский А.Н. Учение о покушении на преступление.- Т. 1. – Петроград: Тип. М.П.Фроловой (влад. А.Э. Коллинс), 1917.–429с.9. Леонтьев А.И. Потребности, мотивы и эмоции // Психология эмоций: Тексты.–2-е изд. / Под.ред. В.К.Виллюнаса, Ю.И. Гиппенрейтер. – М.: Изд-во МГУ, 1993. – С.171-180. 10. Лякуб П.О. О покушении на преступление и началах теории и современным законодательствам. – СПб.: Тип. О.И.Бакста, 1866. – 67 с. 11. Набоков В., Психическая оценка виновности и объективная мера наказуемости покушения / Сб. ст. по уголов.праву. СПб.: Тип.тов-ва. «Обществ.польза», 1904. – 316 с. 12. Панько К. А. Добровольный отказ от преступления по советскому уголовному праву. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1975. – 148 с. 13. Панько К. А. Добровольный отказ от преступления по советскому уголовному праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1972. – 16 с. 14. Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права: Общая часть уголовного права. – Изд. 2-е, испр. и доп. – М.: Изд. А. А. Карцева, 1912. – 654 с. 15. Ратовский. Покушение на преступление. – Казань: Универс.тип., 1842. – 112 с. 16. Уголовный кодекс МНР Уголовное законодательство зарубежных соц. государств: КНР, КНДР, МНР, ДРВ. – М.: Госюриздат, 1957. – С. 55-80.

Орловський Р.О

ДО ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ПОСОБНИКА

Процес реформування кримінального законодавства, приведення його у відповідність з новим соціально-економічним рівнем розвитку України поставили перед наукою кримінального права завдання вдосконалення багатьох кримінально-правових норм, у тому числі і норм про співучасть. Зокрема потребує свого переосмислення законодавче визначення пособника. Частина 6 ст.19 КК України визначає пособника як особу, “яка сприяла вчиненню злочину порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод, а також особа, яка заздалегідь обіцяла сховати злочинця, знаряддя і засоби вчинення злочину, сліди злочину або предмети, добуті злочинним шляхом” (4, с.15). З наведеного законодавчого визначення видно, що основною функцією пособника є сприяння вчиненню злочину. Перелік способів, якими пособник може сприяти цьому, має вичерпний характер. Ця обставина істотно обмежує можливість визнання пособниками і притягнення до кримінальної відповідальності тих осіб, які сприяють вчиненню злочинів способами, не передбаченими ч.6 ст.19 КК України.

Однак судовій практиці відомі й інші, не передбачені кримінальним законом, способи сприяння вчиненню злочину. Свого часу ще Пленум Верховного Суду СРСР від 31 липня 1962р. у постанові “Про судову практику у справах про заздалегідь не обіцяне приховування злочинів, придбання і збут завідомо викраденого майна”(6, с.683) рекомендував судам визнавати пособниками осіб, які заздалегідь обіцяли придбати чи збути зазнаки викрадене майно, а також тих осіб, які хоча і не давали обіцянки заздалегідь, але систематично скуповували таке майно.

Невирішеним залишається питання і стосовно тих осіб, які давали обіцяння надати транспортні засоби, житло, особисту охорону члену злочинної групи і т.д. Практиці відомі й інші способи сприяння

які не вкладаються в рамки існуючого визначення пособника. Так, Д., який відмовився від пропозиції увійти до складу злочинної групи, що організовувалася з метою вчинення розбійних нападів, але і прохання організатора злочину підшукав “замість себе” З. і звів його в своїй квартирі з організатором, був визнаний пособником розбою (2, с.19).

На сьогодні організована злочинність характеризується високим рівнем згуртованості і складним багатоступеневими зв'язками між учасниками злочинних груп. У зв'язку з цим почали з'являтися нові способи сприяння вчиненню злочину, раніш не відомі теорії і практики, такі як допомога в легалізації злочинно нажитих коштів, їх зберігання, а також вкладання в протиправну діяльність власних коштів та інше. Усе це свідчить про актуальність питання вдосконалення законодавчого визначення пособника в КК.

Особливо гостро ця проблема постає у зв'язку з розробкою проектів нового КК України. На наш погляд, проблема визначення пособника в новому КК України може бути вирішена трьома шляхами:

а) визначення загального поняття пособника через перелік найбільш об'єктивних та суб'єктивних ознак, які охоплювали б усі можливі способи сприяння вчиненню злочину;

б) передбачення в законі детального, вичерпного переліку всіх можливих способів сприяння вчиненню злочину;

в) закріплення в законі переліку способів сприяння вчиненню злочину, які найбільш часто зустрічаються, з допуском й інших подібних способів сприяння.

Щоб зробити висновок про обґрунтованість того чи іншого шляху, необхідно проаналізувати переваги і недоліки кожного.

Перевага першого полягає в тому, що він дозволить визнавати пособниками осіб, які сприяли вчиненню злочинів іншими способами, що можуть з'явитися у практиці боротьби з групою злочинності, не піддаючи при цьому частим змінам кримінальний закон. Недоліком є те, що він не дає практиці можливості однозначного вирішення питання про визнання пособником конкретної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, а отже, може викликати випадки порушення законності.

Перевага другого шляху в тому, що він найбільшою мірою відбиває один з найважливіших принципів кримінального права: злочинне тільки те, що передбачено кримінальним законом. Отже, особи, які сприяли вчиненню злочину способом, не передбаченим у законі, не можуть визнаватися пособниками. Недоліком є неможливість враховувати інші можливі способи сприяння вчиненню злочину, які виникають у злочинній сфері, без змін у кримінальному законі.

Аналізуючи третій шлях, слід підкреслити, що він є поєднанням переваг першого і другого: і порушуючи принципу обов'язковості ознаки кримінальної протиправності злочину, він залишає можливість визнавати пособниками осіб, які сприяють вчиненню злочину іншими способами, подібними до тих, що перелічені в законі. Але він все ж таки не виключає повністю можливості неоднозначного вирішення на практиці питання про визнання осіб пособниками.

Здається, що з урахуванням викладеного найбільш сприйнятливим є перший шлях – дати загальне поняття пособника, визначивши об'єктивні та суб'єктивні ознаки, які б охоплювали всі можливі способи сприяння. Але з урахуванням недоліків цього шляху, про які було сказано раніше, необхідно дати більш детальний перелік цих ознак.

Виходячи із закономірностей співвідношення загального (поняття співучасті) і особливого (поняття виду співучасника) поняття пособника, слід, по-перше, враховувати всі загальні об'єктивні і суб'єктивні ознаки, притаманні поняттю співучасті, по-друге – вирізняти специфічні ознаки пособника як виду співучасників.

Отже, головне в змісті об'єктивної сторони діяння пособника саме те, що його допомога *необхідною умовою* вчинення злочину, настання спільного злочинного наслідку. Тому ця допомога має бути надана до закінчення злочину. Дії пособника можуть виступати *необхідною умовою* не тільки для виконавця, але й значно полегшувати дії інших співучасників. І в тому і в іншому випадку пособник робить свій внесок у настання злочинного наслідку, сприяє йому.

Пособником повинен визнаватися тільки той, хто сприяє підготовці або вчиненню злочину, і беручи безпосередньої участі в діяннях, які утворюють об'єктивну сторону складу цього злочину. В такому розумінні тлумачиться етимологічне значення “пособника” як “помічника в дурних злочинних діях” (5, с.491).

Суб'єктивна сторона діяння пособника має відбивати специфіку його об'єктивної сторони характеризується тим, що вина пособника може бути виражена як у прямому так і непрямому умислі. Під цим особливістю інтелектуального моменту умислу пособника є:

- а) усвідомлення фактичних обставин злочину, вчинюваного виконавцем, його суспільної небезпеки
- б) усвідомлення тієї обставини, що його дії (бездіяльність) є умовою вчинення злочину виконавцем чи групою в цілому і вони суттєво полегшують таке вчинення;
- в) передбачення спільного злочинного наслідку і свого внеску в нього;
- г) передбачення причинного зв'язку між власними діями (бездіяльністю) і діями виконавця, а також спільним злочинним наслідком.

Вольовий момент умислу пособника визначається бажанням (в окремих випадках свідомі припущенням) спільного злочинного наслідку.

Аналіз специфіки суб'єктивної сторони діяння пособника дає можливість зробити висновок про обов'язковість існування двостороннього суб'єктивного зв'язку між пособником і виконавцем. Більшість учених однозначно стоїть на позиції можливості співучасті тільки при наявності двостороннього зв'язку між співучасниками (7, с.49). Однак, у деяких наукових працях, присвячених інституту співучасті, робляться спроби обґрунтувати можливість співучасті при односторонньому суб'єктивному зв'язку спільно діючих осіб (1, с.59).

У теорії кримінального права під двостороннім зв'язком розуміється такий зв'язок між співучасниками, при якому обов'язковим є знання організатором, підмовником і пособником про злочинну діяльність виконавця і бажання діяти спільно з ним, а також знання виконавцем про злочинну діяльність кожного з них і бажання діяти спільно з ними. Особливістю одностороннього суб'єктивного зв'язку є те, що виконавець може і не знати про діяльність підмовника і пособника.

Вирішення цього питання можливе тільки на основі аналізу суб'єктивних ознак загального поняття співучасті. Перш за все тут необхідно звернути увагу на те, що законодавець визнає співучасть тільки умисну спільну участь у вчиненні злочину. При цьому теорія і практика однозначно виходять з того, що співучасть можлива тільки в умисному злочині.

Так, правильно пише, на нашу думку, М.Г.Іванов: "...Оскільки будь-яка особа, здійснюючи будь-який акт поведінки, усвідомлює його фактичну сторону, то природно було б припустити, що особа вчинюючи злочин у співучасті, усвідомлює дві фактичні обставини. Перше – це те, що вона здійснює конкретний акт поведінки. Друге – це те, що вона здійснює цей акт поведінки не одна.»(3, с.91).

Якщо виключити з психічного ставлення пособника обов'язкову ознаку – усвідомлення того, що в діє не один, то руйнується суб'єктивна сторона діяння пособника.

Притягнення до кримінальної відповідальності за співучасть у злочині особи, яка вважала, що воє діє самостійно, і не знала про фактичну участь у злочині іншої особи, було б об'єктивним ставленням, і притаманним кримінальному праву України. З цього витікає висновок: обов'язковою ознакою будь-якої форми співучасті є двосторонній суб'єктивний зв'язок між співучасниками, включаючи виконавця.

Таким чином, виходячи з викладеного, в ч. 6 ст. 19 КК України, можна було б дати таке визначення поняття пособника: *"Пособником визнається особа, яка умисно будь-яким способом сприяла вчиненню злочину, і її діяння було необхідною умовою і суттєво полегшували вчинення злочину, а також особа, яка заздалегідь обіцяла надати допомогу злочинцеві у вчиненні злочину чи його переховуванні"*.

Список літератури: 1.Бурчак Ф.Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. – М.: Наук.думка, 1969. – 216с. 2. Бюллетень Верховного Суда РСФСР. – 1967. – N 7. 3. Иванов Н.Г. Понятие формы соучастия в советском уголовном праве. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1991. – 130с. 4.Кримінальний кодекс України – Харьков: Одиссей, 1998. 5.Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М.: Рус.яз., 1988. – 890с. 6.Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924-1963). – М., 1964. – 480 с. 7.Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. –М.: Юрид.лит., 1974.- 208с.

М. В. Даньши

ПРОБЛЕМА ДЕТЕРМИНАЦИИ СПОСОБА СОКРЫТИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Желание уклониться от ответственности и избежать наказания может быть обусловлено самыми различными причинами. Основным фактором, побуждающим преступника принимать меры к сокрытию преступления или отдельных его элементов, является желание избежать разоблачения и ответственности за содеянное (2, с.82). Иногда преступником движет не столько страх перед наказанием, сколько стыд и боязнь позорящей огласки, как бывает при совершении преступлений против близких людей и сексуальных преступлений.

В иных случаях стремление избежать разоблачения продиктовано желанием как можно дольше продолжать преступную деятельность, что характерно для преступников-рецидивистов. Сокрытие преступления осуществляется и тогда, когда оно само входит обязательным элементом в способ совершения преступления, т.е. само преступление невозможно совершить без специальных заблаговременных мер к сокрытию. Такое положение возникает при совершении длящихся хищений (1, с.374).

В сокрытии преступления могут принимать участие не только исполнители, но и другие соучастники преступления, иные лица, которым было известно о готовящемся или совершенном преступлении, укрыватели, свидетели, потерпевшие и др. Мотивами их действий может быть: корысть, если они ожидают за это вознаграждение; получение оснований для последующего шантажа при сокрытии от органа расследования вещественных доказательств виновности объекта шантажа; чувства любви, жалости к виновному; ложно понимаемый товарищеский долг; стыд перед оглаской, когда дело касается близкого человека, или нежелание огласки из опасений изобличения их самих в совершении иных преступлений или позорящих поступков. Умышленные действия и бездействие таких лиц по сокрытию могут составлять соответствующие способы (например, способ укрывательства преступления).

Сокрытия преступления со стороны потерпевшего можно ожидать в таких случаях: когда преступление носит позорящий данное лицо характер, что свидетельствует о желании избежать нежелательного обременительного участия в уголовном процессе (например, когда потерпевший стал жертвой некоторых видов мошенничества, указывающих на такие его качества как алчность, завистливость, нечестность, корыстность); когда раскрытие преступления угрожает уголовной ответственностью самому потерпевшему (может быть при краже, когда похищенные преступником имущество, деньги и ценности были нажиты потерпевшим преступным путем – в результате кражи, взяточничества); в целях сведения потерпевшим из числа преступников-рецидивистов личных счетов и охраны групповых интересов лиц этой категории (1, с.374-375).

Сокрытие преступления может быть осуществлено и свидетелем преступления. Причины способствующие этому, могут быть следующие: болезненное состояние психики либо нежелание помогать правоохранительным органам в установлении истины из-за негативного отношения к их работе, сомнения в ее эффективности, недоверие конкретным работникам; воздействие, которое свидетель испытал со стороны заинтересованных лиц (просьбы последних, уговоры, подкуп, шантаж и пр.); личная заинтересованность в исходе дела (нередки случаи, когда постороннее лицо случайно стало свидетелем преступления, скрывает его по собственной инициативе или по просьбе виновного с целью последующего шантажа субъекта преступления. При этом шантажист стремится «материализовать» полученную и информацию об обстоятельствах преступления, скрывая от органа расследования вещественные доказательства виновности объекта шантажа в сокрытом преступлении).

Помимо факторов, побуждающих к сокрытию преступления, существует ряд обстоятельств, влияющих на возможность, полноту и выбор способа реализации этого замысла. Сокрытие преступления причинно обусловлено как факторами внешней среды (внешний фактор), так и свойствами личности (внутренний фактор). К внешним, объективным факторам, следует относить: объективные условия внешней среды – особенности места и обстановки преступления; метеорологические условия места и времени сокрытия преступления; время совершения преступления; особенности объекта и предмета преступления; посягательства; качество и свойство материальных объектов на месте сокрытия преступления; наличие орудий преступления; наличие соучастников и др. К внутренним, субъективным факторам, относятся мотив и цель совершения преступления; наличие у преступника определенных знаний, опыт, психические свойства (характер, навыки, умения, привычки, воображение, изобретательность) соматические качества (3, с. 32). Особое место занимают навыки преступного назначения, выполняющие существенную роль при реализации способов маскировки, фальсификации и инсценировки преступления.

Детерминирующие значение по отношению к способу сокрытия преступления имеют те же факторы которые определяют и выбор способа совершения преступления. Сокрытие преступления причин обусловлено также способом приготовления к преступлению и способом совершения преступления которые выступают как объективные факторы в совершенных преступлениях. В умышленных преступлениях, где действия по сокрытию предпринимаются после окончания преступления, а также в преступлениях, совершенных по неосторожности, способ сокрытия преступления обусловлен способом совершения преступления (5, с. 15).

Определяющее значение в выборе способа сокрытия преступления играет такой объективный фактор, как отношение преступника к предмету преступного посягательства. Чем непосредственнее это отношение, чем теснее связь преступника с предметом посягательства, тем сложнее и изощреннее способ сокрытия преступления, ставящий, помимо прочего, цель маскировки этой связи. Это, как правило, способы постоянного сокрытия преступления. Преступники, связанные с жертвой, обычно прибегают к сокрытию преступления более основательно, – к постоянному сокрытию, имеющему целью вообще скрыть факт совершения преступления или преступный характер события (4, с.70). Естественный дефицит времени, испытываемый преступником при осуществлении сокрытия преступления уже после его совершения, также отражается на выборе способа сокрытия преступления, неполноте или небрежности инсценировки в расчете на временное ее действие. «Временные способы сокрытия преступлений, – пишет Г. Н. Мудьюгин, – требуют значительно меньше хлопот и времени, чем постоянные. Как правило, такую цель ставят перед собой преступники, которые ничем не связаны с объектом их посягательства, частности, с потерпевшим. Нельзя полностью исключать возможность применения способа временного сокрытия с той же целью и лицом, тесно связанным с объектом преступного посягательства» (4, с. 70).

В процессе расследования преступлений следователь на основе изучения факторов, побуждающих к сокрытию преступления, получает возможность обнаружить признаки преступления и тем самым своевременно его раскрыть. По некоторым преступлениям, например «латентным» хищениям расследование может осуществляться от установления способа сокрытия к установлению способа совершения преступления и других обстоятельств.

Список литературы: 1.Белкин Р. С. Курс криминалистики. – В 3-х т. – Т. 3: Криминалистические средства, приемы и рекомендации. – М.: Юристъ, 1997. – 480 с. 2.Великородный П. Криминалистическое понятие способа уклонения от ответственности //Вопр. борьбы с преступностью Сб. науч. тр. – М.: Юрид. лит., 1986. Вып. 44. – С. 80-84. 3.Зуйков Г. Г. Поиск по признакам способа совершения преступлений: Учеб.пособие. – М.: НИиРИО, 1970. – 161 с. 4.Мудьюгин Г. Н. Построение проверки версий //Васильев А. Н., Мудьюгин Г. Н., Якубович Н. А. Планирование расследования преступлений.– М.: Госюриздат,1957. – С.43-102. 5.ОвечкинВ.А. Расследование преступлений, скрытых инсценировками: Учеб.пособие. – Харьков, 1979. – 64с.

В.Ф. Оболенец

СОСТОЯНИЕ УЧЕТА ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ ЭКОНОМИКИ

Действующее уголовное законодательство Украины предусматривает значительное число преступлений, совершаемых в экономической сфере. Эти деяния описаны в ст.148 УК "Занятые запрещенными видами предпринимательской деятельности", ст.148-2 "Уклонение от уплаты налогов, сборов, иных обязательных платежей", ст.148-3 "Нарушение порядка занятия предпринимательской деятельностью", ст.149 "Изготовление спиртных напитков и торговля ими", ст.154 "Спекуляция", ст.155 "Нарушение правил торговли" и т.д.

Названные преступления, безусловно, самым непосредственным образом связаны с экономикой. Их общественная опасность очевидна. Подобного рода посягательства подрывают основы установленно порядка ведения хозяйства, создания и распределения общественного продукта, товарного и денежно обмена. Для легальной экономики они не являются бесследными, так как влияют на ценообразование движение денежных и товарных потоков, занятость населения. Знание о реальных масштабах

преступности в сфере экономики является важным условием эффективного регулирования экономических процессов. Поэтому фиксация общественно опасных экономических посягательств составляет важнейшую задачу уголовно-правовой статистики. Это вытекает из требований ст.3 Закона Украины "государственной статистике"(1), п.6 инструкции "О едином учете преступлений", утвержденной приказом Генерального прокурора Украины N21 от 21 декабря 1995г., п.2 инструкции "О порядке заполнения представления документов первичного учета преступлений, лиц, которые их совершили, движени уголовных дел и протоколов о преступлениях", утвержденной приказом Генеральной прокуратуры Украины и Министерства внутренних дел Украины N22/835 от 21 декабря 1995г.

Однако следует отметить, что многие из экономических преступлений являются латентными, т.е. скрытыми, неизвестными правоохранительным органам. При этом уровень их латентности крайне высок. В силу повышенной социальной опасности и минимального риска для преступника быть разоблаченным это утверждение, верно прежде всего в отношении таких противоправных деяний, как уклонения от уплаты налогов, мошенничества с финансовыми ресурсами, нарушения правил занятия частнопредпринимательской деятельностью и др. (2, с.92; 4, с.23).

Латентные экономические преступления не находят отражения в уголовной статистике, что делает статистические данные неточными. Указанное обстоятельство не позволяет своевременно принимать действенные меры по нейтрализации последствий преступных посягательств, распределяя при этом силы и средства правоохранительных органов наиболее рационально.

Решению указанной проблемы в определенной степени могут способствовать данные экономической статистики, которая и позволяет глубже изучить латентность экономических преступлений. Именно с использованием ее методов в совокупности с методами уголовно-правовой статистики можно получить наиболее достоверную информацию о преступности в сфере экономики.

Однако при этом необходимо учитывать, что экономическая статистика ориентирована на отображение, прежде всего легальных экономических связей. Поэтому ей тоже присущи известные погрешности, обусловленные наличием в стране так называемой "теневой экономики". "Теневую экономику" следует признать специфическим экономико-правовым понятием и с учетом указанных обстоятельств определить как совокупность отношений экономического характера между субъектами, не охваченных учетом, предусмотренным для легальных экономических процессов. Обоснованно представляется мнение М.А.Сероштана о выделении следующих видов деяний, составляющих "теневую экономику": криминальная экономика, т.е. «встроенная» в официальную экономику хозяйственной экономической преступность (посягательства на имущество всех форм собственности, нелегальная экономическая деятельность, наркобизнес, азартные игры, рэкет); фиктивная экономика официальной экономики, которая дает фиктивные результаты, отражаемые в существующей системе учета и отчетности как реальные (приписки); неформальная экономика система неформальных взаимосвязей между экономическими субъектами, базирующаяся на личных отношениях и контактах между ними дополняющих или заменяющих официально установленный порядок реализации экономических связей нелегализированная экономика – скрытые от всех форм контроля виды предпринимательской деятельности, либо запрещенные законом, либо незарегистрированные в установленном порядке (3, с.22).

Используя данные об уровне "теневой экономики" для определения масштабов преступных экономических посягательств, следует учитывать, что в нее включаются все противоправные деяния указанных видов независимо от степени их общественной опасности. Однако, с точки зрения многих ученых, деяния "теневой экономики" по критерию общественной опасности могут быть разделены на два вида. К первому относится экономическая деятельность, которая является легальной, не скрытой, но и не облагаемой налогами. Ко второму противозаконная, сознательно скрываемая экономическая деятельность (4, с.22). Предметом же уголовно-правовой борьбы в рассматриваемой сфере должны стать преступные формы «теневой экономики», а не она как цельное социально-политическое явление. Поэтому установление объема деяний каждого из выделенных видов представляется одной из насущных задач, стоящих перед уголовной и экономической статистикой. Для осуществления эффективной уголовно-правовой политики важно знать, каково соотношение во всей массе указанных посягательств преступлений административных деликтов, дисциплинарных проступков, гражданских правонарушений. Это прежде всего поможет оценить эффективность уголовно-правового воздействия, его основные направления.

Статистическая картина "теневой экономики" не будет полной без описания ее взаимосвязи неэкономическими факторами, факторами социальной жизни. Поэтому не менее важной задачей является установление количественных показателей взаимосвязи различных видов "теневой экономики", особенно ее преступных форм. Безусловно, комбинация таких повышает общественную опасность посягательств. Так, отношения "неформальной экономики", коррупция могут способствовать осуществлению нелегальных форм предпринимательской деятельности; сокрытие уголовной экономики, легализация доходов, нажитых преступным путем, осуществляется путем приписок, искажения отчетности, а также иными проявлениями фиктивной экономики. Во многих случаях подобные процессы становятся финансовой базой организованной преступности. В свою очередь, указанное обстоятельство способствует увеличению числа посягательств преступных групп на иные объекты, охраняемые уголовным законом.

Не менее важной задачей уголовной и экономической статистики является установление числа лиц вовлеченных в противоправную экономическую деятельность. Учитывая масштабы нелегального экономического оборота, следует предположить участие значительного количества наших сограждан нелегальных экономических процессах.

В целом представляется, что совершенствование экономического и уголовного статистического учета в указанных направлениях будет способствовать повышению эффективности не только правоохранительной деятельности, но и экономики в целом.

Список литературы: 1. Криминология: Словарь-справочник / Сост. Х.Ю. Кернер/ Под ред А.И.Долговой. М.: Норма, 1998. 392с. 2.Макроекономіка: Тексти лекцій / Під ред. Сіроштан М.А.Харків РВВ ХДЕУ, 1997. 136с. 3. О государственной статистике: Закон Украины от 17 сентября 1992г. // Ведомости Верхов. Совета Украины. 1992.№43. Ст.608. 4.Попович В.М. Тіньова економіка як предмет економічної кримінології. К.: Правові джерела, 1994. – 337 с.

С.В. Великанов

СЛЕДСТВЕННЫЕ СИТУАЦИИ ИХ КЛАССИФИКАЦИЯ

Интерес ученых различных отраслей знания к вопросу ситуационного подхода определился в 50 годах. Социологи и психологи начали изучать особенности конфликтных ситуаций в общественной жизни, пограничные ситуации в психическом состоянии человека, политологи — политические ситуации кибернетики и математики — ситуации управления, игровые ситуации, военные в соответствующих дисциплинах — тактические и стратегические ситуации.

Криминалисты обратились к разработке учения о ситуациях в методике расследования преступлений в тот же период. Так, Г.Н.Мудьюгин в работе, посвященной планированию расследования указал на необходимость при разработке методических рекомендаций исходить из «наиболее типичных ситуаций (в смысле содержания исходных данных), с которыми встречается следователь по делам преступлений, совершаемых чаще других» (3, с.154,155). Он впервые отметил, что «ситуация определяет основное направление расследования по каждой категории дел» (3, с. 151).

Р.С.Белкин пишет, что, начиная с 1959 г., им неоднократно упоминалось о следственной ситуации ее значении для расследования, необходимости ее учета, для эффективного использования криминалистических рекомендаций, отмечался «ситуационный характер работы с доказательствами проявления закономерностей, «управляющих» этой деятельностью, рассматривались некоторые аспекты проблемы следственной ситуации, важные для уяснения соотношения понятий организации и методики расследования» (2, с. 129).

Однако сам термин «следственная ситуация» и первое определение обозначаемого им понятия принадлежит А.Н.Колесниченко (6, с. 214)

В криминалистике сложились различные взгляды на следственную ситуацию, из которых наиболее предпочтительным является определение, согласно которому *"понятие следственной ситуации можно рассматривать в двух аспектах, один из которых охватывает состояние самого расследования на данном этапе и имеет, так сказать, внутренний характер, другой содержит совокупность условий, в которых происходит в данный момент процесс расследования, и имеет определенный внешний характер"* (9,

167). В данном определении акцентируется внимание как на *состоянии*, так и *обстановке* расследования притом, что вместе они составляют *содержание* следственной ситуации, являются необходимым атрибутом друг друга и обуславливают двухаспектную *форму* данного понятия.

Следственная ситуация несет в себе онтологические и гносеологические черты, ее сложна многогранная, универсальная сущность не может сводиться только к бытию или познанию. В.А.Образцов указывая, что следственная ситуация есть гносеологическая категория (10, с. 16), тем не менее исходит из определенного представления о ней, о ее природе, т.е. из онтологических представлений о следственной ситуации. Д.А.Турчин характеризует ее как средство познания (12, с. 28). Следственная ситуация является средством познания как элемент системы категорий криминалистики, а как конкретная, сущая, она, в справедливому замечанию Р.С.Белкина, есть объект познания (2, с. 133).

Прежде чем перейти к конкретному рассмотрению оснований классификации следственных ситуаций необходимо отметить, что понятие «класс» воспринимается двояко: с одной стороны — это определенные границы (четкие или нечеткие), устанавливаемые его номинальным описанием, с другой — набор входящих в него элементов (конкретных следственных ситуаций), в той или иной мере соответствующих номинальному описанию класса, а потому более близких друг к другу, чем к элементам иного класса. Классификация также может быть истолкована двояко: с одной стороны, как процесс разделения множества объектов на классы, основанный на сходстве и различии, с другой — как некоторая упорядоченная система классов.

Полноценная классификационная система следственных ситуаций должна удовлетворять принцип структурного подобия составляющих ее объектов.

Понятия «класс», «классификация» связаны с терминами «тип» («типичное»), «типизация». Понятие «тип» рассматривается как некоторый идеальный объект — продукт научного обобщения изучения некоторого класса реальных объектов (следственных ситуаций). Процесс установления типа в рамках определенного класса ситуаций понимается как типизация. В сущности, "тип" — синоним "типичного", и высказывание «в следственной практике встречаются типичные ситуации», строго говоря не является достаточно точным, ибо всякая ситуация в следственной практике уникальна и неповторима она может быть лишь *подобна* типу, или типичному.

Термины «класс», «классификация», «тип» («типичное»), «типизация» являются *инвариантными* в своем содержании вне зависимости от науки, в которой они применяются и не приобретают какой-либо специфики. Совсем иначе обстоит дело с конкретными основаниями деления, сформировавшими классы, классификационными системами. И здесь следует подчеркнуть, что основания членения приобретают «свою полную ясность и обоснование только в рамках самой науки» (4, с. 114).

Предложены различные варианты классификационных систем, имеющие свои достоинства и недостатки, однако можно прийти лишь к одному бесспорному выводу, что произошел отказ от поиска *единого основания* классификации и исследователи при этом в большинстве ориентированы на членение ситуаций по основным структурным элементам — признакам обстановки и состояния расследования.

Рассмотрим сначала классификации следственных ситуаций, принятые в тактике, среди которых наиболее продуктивной и получившей широкую разработку можно признать классификацию, основанную на одном из признаков следственной ситуации — интенсивности противоречий между субъектами *конфликтности*. Впервые таковая была предложена А.Р.Ратиновым (11, с. 188) и в последствии подробно исследована О.Я.Баевым (1, с. 24-25), В.Е.Коноваловой и В.Ю. Шепитько (8, с. 164).

Другая классификация следственных ситуаций в тактике является продуктом систематизации тактических приемов в криминалистике и создания систем тактических приемов различных следственных действий (13, с. 106-108, 127-130, 165-170).

Классификация следственных ситуаций в криминалистической методике в основном заключается в их разделении по критерию этапности и последовательности расследования — первоначально (начального), последующего и завершающего этапов. Такая классификация используется в большинстве монографических и диссертационных исследований, начиная с середины 70-х годов. Так, А.И. Колесниченко предлагает среди прочих выделять ситуацию, характеризующую положение в расследовании преступлений (7, с. 18). Н.П.Яблоков выделяет следственные ситуации, определяющие внешнюю и внутреннюю обстановку какого-либо момента, фрагмента (этапа расследования) и предлагает их именовать ситуациями расследования или стратегическими следственными ситуациями (14, с. 45),

среди наиболее важных методических оснований систематизации следственных ситуаций указывают типичность, информационную сложность, полноценность, степень психологической напряженности (1 с.46).

Следует заметить, что выделенные Г.Н.Мудьюгиным категории дел в зависимости от сложившейся ситуации на первоначальном этапе расследования ныне широко используются (в ситуационной интерпретации) в методиках расследования отдельных видов преступлений.

Анализ научной литературы, опрос следователей и изучение уголовных дел в качестве основного результата показывает первостепенную роль учета категории уголовных дел в классификации следственных ситуаций. Прочие признаки классификации зависят от: а) стадии расследования; б) характеристики системы установленных обстоятельств преступления; в) наличия (отсутствия) обвиняемого (подозреваемого); г) структуры механизма и способов преступления; д) упорядоченного набора (комплекса, системы, комбинации, операции и т.п.) следственных действий и тактических приемов, специфичных для данной методики; е) наличия (отсутствия) степени разработанности методики.

Важно различать термины «следственная ситуация, характеризующаяся конфликтностью» и «следственная ситуация, характеризующаяся проблемностью» и «конфликтная следственная ситуация» и «проблемная следственная ситуация», первая пара которых должна использоваться для описания конкретных следственных ситуаций. То же может быть отнесено и к терминам «исходная ситуация» (начальная, первоначальная), «промежуточная ситуация» (последующая), «заключительная ситуация» (завершающая), которые необходимо отличать от конкретных ситуаций, возникающих, соответственно, на исходном (начальном, первоначальном) и других этапах расследования. Употребление словосочетаний «типичная следственная ситуация», «конкретная следственная ситуация» вполне обоснованно, так как слова «типичная», «конкретная» не характеризуют какую-либо частную особенность их внутреннего строения, а указывают на рассмотрение их как научной категории.

Необходимо также отметить и другие основания деления следственной ситуации: благоприятные - неблагоприятные; простые — сложные (исходя из затруднительности выхода из них для следователя (5, 43) либо исходя из количества составляющих ее элементов (2, с. 141).

Особое значение для развития криминалистической тактики и методики имеет выделение ситуаций управления, в которых решающей является способность следователя (как управляющего субъекта) нужным образом влиять на поведение управляемого субъекта (свидетеля, обвиняемого, потерпевшего др.), т.е. объекта управления на состоянии и обстановку расследования.

При классификации следственных ситуаций нельзя обойти их субъективный фактор, включающий субъективную, личностную оценку следователем (исследователем) обстановки и состояния расследования. Таким образом происходит первичная классификация следственных ситуаций - субъективные ситуации отделяются от объективных. По существу, она является важнейшей так как в отличие от прочих классификаций - производные.

Список литературы: 1. Баев О.Я. Конфликтные ситуации на предварительном следствии и криминалистические средства их предупреждения и разрешения: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. - М., 1985. — 50 с. 2. Белкин Р.С. Курс криминалистики: В 3-х т.—Т.3: Криминалистические средства расследования и рекомендации. — М.: Юристъ, 1997. — 480с. 3. Васильев А.Н., Мудьюгин Г.Н., Якубович Н.А. Планирование расследования преступлений. —М. 1957. — 186 с. 4. Гегель Г.В.Ф. Наука логики: В 3-х т. - Т. 1. —М.: Мысль, 1970.—370с. 5. Драпкина Л.Я. Понятие и классификация следственных ситуаций. Следственные ситуации и раскрытие преступлений: Науч. тр. Свердлов. юрид. ин-та.—Свердловск, 1975.- Вып. 41. — С. 27-45. 6. Колесниченко А.Н. Научные и правовые основы методики расследования отдельных видов преступлений: Дис. ... д-ра юрид. наук,—Харьков, 1967-480с. 7. Колесниченко А.Н. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений: Текст лекций.— Харьков: Юрид., 1976. — 30 с. 8. Коновалова В.Е., Шепитько В.Ю. Криминалистическая тактика: теории и тенденции: Учеб.пособие. — Харьков: Гриф, 1997. — 256 с. 9. Матусовський Г.А. Ситуаційний підхід до розслідування злочинів // Криміналістика: Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів / ред. В.Ю. Шепітька. — Харків: Право, 1998.— 376с. 10. Образцов В.А. Проблемы совершенствования научных основ методики расследования преступлений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. —М., 1985. — 48 с. 11. Ратинов А.Р. Теория рефлексивных игр в приложении к следственной практике // Правовые

кибернетика. — М.: Наука, 1970. С. 185-197. 12. Турчин Д.А. О разработке теории следственной ситуации // Следственная ситуация: Сб. науч. тр. Изд-во МГУ, — М.: 1984. —80 с. 13. Шепитько В.Ю. Теоретически проблемы систематизации тактических приемов в криминалистике. — Харьков: РИП Оригинал, 1995. 200с. 14. Яблоков Н.П. Следственные ситуации в методике расследования и их оценка // Вестн. МГУ: Се 11: Право. — М.: Изд-во МГУ, 1983—№ 5.—С.43-49.

Я.А. Соколов

К ВОПРОСУ О РАЗГРАНИЧЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЖИЗНИ, ЗДОРОВЬЯ, ЧЕСТИ И ДОСТОИНСТВА ЧЕЛОВЕКА

В теории и практике расследования преступлений нередко возникают уголовно-правовые криминалистические проблемы, касающиеся преступлений против свободы и достоинства человека. Разграничение их по отличительным признакам, особенно незаконного лишения свободы от похищения людей и захвата заложников, представляется актуальным.

В периодической печати все чаще появляются статьи о захвате заложников, похищении людей, в том числе и детей. Поэтому уголовно-правовое и криминалистическое исследование таких преступлений представляет теоретический интерес и практическую значимость, на что обращено внимание Комплексной целевой программы борьбы с преступностью.

Методика расследования таких преступлений в криминалистике почти не разработана, поэтому нами предпринята попытка на основе изучения судебной практики провести уголовно-правовую и криминалистическую грань между похищением людей и смежными составами преступлений в украинском законодательстве, поскольку четкое их разграничение является необходимой предпосылкой для построения методики расследования, конструирования следственных версий и ситуаций на первоначальном этапе расследования.

Прежде всего следует отметить, что в связи с отсутствием уголовно-правовой регламентации похищение человека квалифицировалось по-разному. Так, российский законодатель решал эту проблему неоднозначно: если похищение сопровождалось вымогательством государственного, кооперативного или общественного имущества, применялась ст.95 УК РСФСР; если же похищению предшествовало вымогательство личного имущества граждан — ст.148 УК РСФСР; при похищении ребенка — ст.125 УК РСФСР; при похищении иностранцев — ст.126-1 (захват заложников); при немотивированном похищении — ст.126 УК РСФСР (незаконное лишение свободы). Опрошенные следователи и оперуполномоченные уголовного розыска по специально разработанной анкете в 98% высказались за введение специальной нормы в УК, предусматривающей ответственность за похищение человека (5,с.148). Возникла парадоксальная ситуация, когда Конституция Украины (ст.3) гласит: "...Честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность человека признаются в Украине высшей социальной ценностью" (3,с.4). Украина подписала Европейскую Конвенцию о правах человека, провозглашающую принципы "Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность" (1,с.6). Вместе с тем похищение как уголовно наказуемое деяние в украинском законодательстве отсутствует. Все это подтверждает актуальность исследуемой проблемы.

В теории уголовного права, за исключением работы В.А.Климова, исследования рассматриваемой проблемы не известны.

Украинское законодательство, не предусматривает такого состава, как похищение человека, и имеет смежные составы, такие как ст.123 УК Украины, предусматривающая наказание за незаконное лишение свободы; ст.123-1 УК — захват заложников; ст.124 УК — похищение чужого ребенка. Украинские законодатели относительно быстро прореагировали на сложившуюся ситуацию и внесли в УК Украины ст.124-1 — торговля людьми. В одном из проектов УК Украины, подготовленном рабочей группой Кабинета Министров Украины, данные преступления выделены в отдельный раздел "Преступления против свободы, чести и достоинства человека". Вместе с тем в этом проекте статья "Похищение людей" отсутствует. По нашему мнению, названные выше нормы (незаконное лишение свободы, захват

заложников, похищение чужого ребенка и торговля людьми) – все это смежные составы и едва ли какой-то из них полностью раскрывает сущность нормы "похищение человека".

Названный состав по российскому законодательству имеет три части: похищение человека без отягчающих обстоятельств; похищение человека, совершенное группой лиц по предварительному сговору либо из корыстных побуждений; совершение действий, предусмотренных частью первой или второй организованной группой с причинением тяжких последствий (ст. 126 УК РФ).

Проведем анализ приведенной нормы и сравним ее со ст. 123 УК Украины «Незаконное лишение свободы». Здесь непосредственным объектом являются общественные отношения, обеспечивающие государственную охрану права выбора человеком по собственному усмотрению места пребывания. Ответственность по ст. 123 наступает в случае, если лицо, которое лишили свободы, достигло четырнадцатилетнего возраста. Незаконное лишение свободы имеет место независимо от способности человека осознавать этот факт (например, человек больной или в бессознательном состоянии). Местом лишения свободы может быть помещение, так и местность. Незаконное лишение свободы может осуществляться с применением физического или психического насилия, обмана или другими ненасильственным путем.

С объективной стороны незаконное лишение свободы выражается в разнообразных приемах, способах, которые применяются с целью воспрепятствовать человеку осуществлять по своему усмотрению право выбора места пребывания. Преступление может быть совершено как путем активных действий, так и путем бездействия.

Субъективная сторона характеризуется прямым умыслом. Мотивы могут быть разными – корысть, месть и пр. Субъектом незаконного лишения свободы выступает частное лицо.

Захват заложников как преступление предусмотрено ст. 123-1 УК Украины. Оно посягает на свободу и безопасность лиц, захваченных в качестве заложников. Международная конвенция о захвате заложников, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1979 г., признает захват и удержание заложника преступлением. Украина как государство – член ООН подписала эту Конвенцию. Захват заложника – это похищение человека, которое может быть тайным, открытым, совершенным путем обмана, соединенным с насилием, в том числе с применением оружия или без такового. Удержание заложника является, как правило, логическим следствием захвата и состоит в лишении заложника свободы (8, с. 213, 214).

С понятием "захват заложника" тесно связано понятие "похищение человека". В научной и практической литературе по УК Украины захват иначе и не определяется, кроме как через похищение. Однако совпадение этих понятий происходит далеко не во всех случаях и не всегда захват заложника сопряжен с похищением последнего, а похищение не всегда выражается в захвате его в качестве заложника (2, с. 114).

По мнению Емельянова В.П., похищение человека следует отличать от смежных составов и первую очередь от незаконного лишения свободы и захвата заложников (2, с. 115).

Похищение человека, по существу, является одной из наиболее опасных форм его незаконного лишения свободы. Очевидно, поэтому состав незаконного лишения свободы в ст. 127 УК РФ сформулирован так: "Незаконное лишение человека свободы, не связанное с его похищением". При похищении же человека, предусмотренным ст. 126 УК РФ, понимаются "противоправные умышленные действия, сопряженные с тайным или открытым либо с помощью обмана завладением (захватом) живым человеком, изъятием его из естественной микросоциальной среды, перемещением с места его постоянного или временного пребывания с последующим удержанием его помимо воли в другом месте". Как видно, основное различие состоит в том, что незаконное лишение свободы осуществляется без перемещения человека из одного места в другое и без предварительного захвата (2, с. 116).

При похищении человека предполагается совокупность трех последовательно совершаемых действий – захват, перемещение и последующее удержание потерпевшего. Этим данный состав отличается не только от незаконного лишения свободы, но и от захвата заложника, который может осуществляться и без перемещения заложника в другое место. В свою очередь, похищение, а также незаконное лишение свободы следует отличать от захвата заложника: при захвате заложника преступник интересуется не столько сама по себе личность потерпевшего, сколько возможность использовать его в качестве средства давления на адресата, в то время как при похищении человека и незаконном лишении свободы личность потерпевшего персонифицирована. Преступники не имеют к заложнику (-ам) личную

претензий, и судьба последних им безразлична, тогда как при похищении и незаконном лишении свобод виновные заинтересованы в судьбе потерпевших (например, при взыскании долга, устранении конкурента). Похищение отличается от захвата заложника тем, что факт похищения и насильственное удержание потерпевшего, а также предъявленные требования широко не афишируются. Требования выкупа, которое может быть адресовано близким потерпевшего, осуществляется тайно, скрытно от других лиц и тем более соответствующих государственных органов; в тайне обычно сохраняется и место удержания похищенного человека, а круг лиц, к которым предъявляются противоправные требования ограничен. При захвате заложников, наоборот, виновные лица стремятся к рекламированию своих целей, чтобы усилить эффект, использовать более мощный рычаг воздействия (2,с.116, 117).

Касаясь характеристики субъекта рассматриваемого преступления, следует особо отметить обстоятельство, что мать не может похитить своего ребенка или сын – отца (в уголовно-правовом смысле). Таким образом, субъектом преступления может быть физическое вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста, за исключением близких родственников (5,с.151).

Между захватом заложников и похищением человека есть много общего: один и тот же объем посяательства; оба деяния могут быть совершены только путем активных действий и только с прямым умыслом. В обоих случаях существует реальная угроза жизни и здоровью потерпевших.

Вместе с тем, однако, существует и ряд различий. Во-первых, при захвате заложников требования предъявляются, как правило, к государственным органам или организациям, неопределенному количеству людей. Главным условием освобождения заложников является удовлетворение требований (например, доставка денег, оружия, предоставление транспорта). При этом неважно, кто будет выполнять эти требования. При похищении же требования направлены конкретному лицу либо самому похищенному.

Во-вторых, при похищении основным мотивом является корысть, а при захвате заложников, как правило, политический (несогласие с правящим режимом, желание покинуть страну) либо экстремистский мотив, хотя сопровождается требованием материального характера (транспорт, деньги без удовлетворения которого невозможно достижение основной цели).

В-третьих, захват заложников не скрывается от правоохранительных органов, даже наоборот, выпячивается с угрозой их жизни или здоровью и нередко демонстрацией такой угрозы. Они могут находиться в любом месте (по месту работы, жительства, в общественном транспорте), где по стечению обстоятельств состоялся их захват. Местонахождение похищенного тщательно скрывается (практически известны случаи, когда похищенного каждый день перевозили в новое убежище) (5,с.152).

Несмотря на то, что похищение человека – довольно опасное преступление, из 48-ми случаев похищения людей жертве ни разу не наносились телесные повреждения, опасные для жизни и здоровья. Это объясняется тем, что большинство похищений было связано с разрешением коммерческих вопросов (возврат денег, взятых под исполнение каких-то обязательств, возврат долга), а также с тем, что милиция узнает о случаях похищения только тогда, когда потерпевший или его родственники обращаются за помощью в правоохранительные органы, которые и осуществляют освобождение похищенного (5,с.154).

При оценке общественной опасности и распространенности похищения человека необходимо учитывать пропавших без вести и ситуации, когда после исчезновения человека (чаще всего бизнесмен) находят его труп. А был ли он похищен, а затем убит, поскольку не выполнил требований похитителя зачастую установить не представляется возможным (5,с.154).

Следует сказать, что правотворчество как направление реализации уголовной политики в борьбе с похищениями людей сделало лишь первый шаг к предупреждению этого преступления. Действующее законодательство, посвященное защите граждан от незаконного лишения свободы, позволяет сделать вывод, в Украине отсутствует достаточная правовая база для соблюдения и обеспечения конституционных свобод.

Список литературы: 1.Европейская Конвенция о правах человека // Проти катувань Упоряд.Є.Захаров. -Харків: Фоліо, 1997. – Вип.2(30)-С.5-36. 2.Емельянов В.П. Терроризм и преступления террористической направленности.-Харьков:Рубикон,1997. – 174с. 3.Конституція України.-К.:Юрінко, 1996.-79с. 4.Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации.-М.:Юристъ,1996.-824с. Мартыненко Н.Э. Пути совершенствования законодательства в борьбе с похищениями людей как направление реализации уголовной политики //Пробл. формирования уголовной политики РФ и

реализация органами внутренних дел: Тр. Акад. МВД России. – М.:Акад. МВД России, 1995.-С.147-156. Научно-практический комментарий криминального кодекса Украины /Відп. ред. Я.Ю.Кондратьев, С.С.Яценко К.:Юрінком,1997.-798с.7.Осин В.В. Незаконное лишение свободы //Адвокат.-1997.-№11-С.31-35. 8.Сташ В.В., Бажанов М.И. Личность под охраной уголовного закона: Сер.: Уголовный закон.-Симферополь.:Таврида,1996.-234с.

М.В. Костен

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА УБИЙСТВ ПО ЗАКАЗУ: СПОСОБ СОКРЫТИЯ

В криминалистической литературе нет единого мнения относительно понятий "способ совершения преступления" либо "способ совершения и сокрытия преступления". Ряд авторов (Г.Г.Зуйков, И.П.Жордания, Т.М. Арзуманян и др.) рассматривают действия по сокрытию преступления как элемент содержания способа совершения преступления (6, с. 16,17; 5, с. 12-20). В.А. Овечкин, В.П. Колмак высказываются в поддержку самостоятельного существования способа сокрытия преступления предлагают включить его и способ совершения преступления в качестве элементов в способ преступления (8, с. 193-196; 10, с. 5). В.К. Гавло, рассматривая способ умышленного преступления, отмечает, что действия по подготовке, совершению и сокрытию преступления составляют единый способ преступления так как "конечные действия и результат сокрытия следов обусловлены задолго до начала его совершения единым планом и замыслом" (3, с.170). Мы разделяем точку зрения тех авторов, которые полагают, что для большинства умышленных преступлений способ совершения является полноструктурным, т.е. объединяет способы осуществления всех стадий преступного замысла.

Применительно к убийствам по заказу способ совершения преступления включает все этапы развития: приготовление, совершение и сокрытие. Действия по сокрытию тщательно планируются в связи с подготовкой к убийству по заказу, во время его совершения, а также после преступления.

По мнению В.П. Лаврова, способ сокрытия преступления представляет собой направленную в сторону расследования "совокупность причинно связанных с подготовкой и исполнением преступления умышленных действий преступника и связанных с ним лиц" (9, с. 51). Р.С. Белкин, указывая на содержательную сторону способа сокрытия, определяет его как "деятельность, направленную в сторону расследования путем утаивания, уничтожения, маскировки или фальсификации следов преступления и преступника и их носителей" (2, с. 364).

В нашем понимании сокрытие убийств по заказу представляет собой воспрепятствующую расследованию деятельность заказчика, посредника и исполнителя, осуществляемую ими при подготовке преступления, совершении его и сокрытии.

Специфика сокрытия убийств по заказу заключается в том, что в большинстве случаев преступников не хватает времени для уничтожения следов и орудий убийства, сокрытия трупа. Так, в конкретных конфликтных ситуациях, требующих скорого разрешения (например, при устранении работника правоохранительных органов, свидетеля преступления с целью воспрепятствовать началу расследования), у преступников нет времени для продумывания действий по сокрытию и их осуществлению. В случаях же, когда заказчику требуется более длительный период для принятия решения действовать (при убийстве родственников, партнеров или конкурентов в преступной или коммерческой деятельности), у преступников достаточно времени для осуществления деятельности по сокрытию убийства.

Наиболее распространенными приемами сокрытия по делам об убийствах по заказу являются уничтожение одежды и обуви исполнителя, его выезд в другую местность, выдвижение ложного алиби, изменение исполнителем своей внешности до и после совершения убийства, отрицание причастности к преступлению, факта знакомства с жертвой, заказчиком, посредником, иными исполнителями. Регулярно встречаются такие приемы, как сокрытие орудий убийства по заказу, уничтожение следов на мес-

происшествия, сокрытие или уничтожение трупа, ликвидация киллера, посредника, свидетеля преступления, фальсификация, инсценировка.

Осуществляя действия по сокрытию на стадии приготовления к убийству по заказу, преступники преследуют цель "создать или выбрать условия, средства, время, при которых бы не осталось совсем или осталось мало следов преступления" (7, с.25). Для совершения убийств по заказу преступники выбирают время, когда потерпевший находится дома, на работе или в ином месте без свидетелей, что облегчает совершение убийства и способствует его сокрытию на определенный срок. Большинство убийств по заказу совершаются при уходе потерпевшего на работу, т.е. в утренние часы, либо по возвращении его домой в вечернее время. Фактор времени играет и другую роль: время, прошедшее после совершения преступления, в подавляющем большинстве случаев затрудняет его раскрытие, так как утрачиваются доказательства, преступник успевает скрыться.

В ряде случаев при совершении убийств по заказу преступники вынуждены прибегать к маскировке внешности, затрудняющей опознание исполнителей. Для этого может использоваться соответствующая ситуация экипировка спецназовские маски, костюмы, форменная одежда, темные очки.

Разработке вопроса о маршрутах прибытия исполнителя на место убийства и путях ухода с места преступления преступники уделяют достаточное внимание, так как именно от этого во многом зависит успешная реализация преступного замысла. Маршруты к месту преступления, как правило, содержат наименьшее количество свидетелей и способствуют быстрому и свободному исчезновению преступника с места убийства на значительное расстояние.

В целях сокрытия личности исполнителя для совершения убийства по заказу может привлекаться киллер из другого региона или государства. При этом может проводиться "легендирование" его приезда под видом отдыха, различного рода личных дел, служебных командировок. Такие случаи имеют место целью сокрытия готовящегося убийства при совершении его достаточно известным в определенных кругах киллером либо, когда жертвой такого преступления являются видные политические деятели, бизнесмены или криминальные "авторитеты".

Действия по самому совершению убийства по заказу также могут быть связаны с деятельностью по сокрытию данного преступления. Так, преступниками для совершения убийства избирается, как правило, место, где потерпевший остается один, что позволяет исполнителю остаться незамеченным посторонними лицами и отдалить время обнаружения трупа. Такое место должно быть наиболее удобным с точки зрения прибытия к нему исполнителя, благоприятных условий для ведения огня, хранения оружия в случае "раздельной доставки на место происшествия оружия и "стрелков" (1, с. 14).

Используя при убийстве по заказу взрывные устройства, преступники преследуют цель не только ликвидировать жертву, но и скрыть следы преступления, а также предотвратить быстрое опознание потерпевшего.

В некоторых случаях преступники инсценируют смерть потерпевшего в результате заболевания, применяя такой способ совершения убийства по заказу, как отравление жертвы различного рода сильнодействующими лекарственными препаратами, специальными ядами, не оставляющими явных следов насильственной смерти.

Совершение убийства по заказу организованной преступной группой может включать организацию прикрытия, разделение в действиях участников преступной группы "функций стреляющих, обеспечивающих отход" (1, с. 14).

После совершения убийства по заказу преступники также прибегают к сокрытию преступления. Исполнитель, как правило, оставляет оружие на месте преступления. Это объясняется его желанием избавиться от вещественного доказательства, а также возможностью в настоящее время свободно приобретения оружия.

При убийствах с применением огнестрельного оружия для облегчения исчезновения киллера с места происшествия может использоваться всеобщая паника в местах массового скопления людей (на улицах, в магазинах, кафе). Сокрытие исполнителя с места совершения преступления может включать действия, направленные на перемещение киллера на значительное расстояние, в том числе и за границу. Для этого преступниками заранее покупаются билеты на поезда, самолеты, подготавливается сменная одежда, фальшивые паспорта. Для быстрого исчезновения исполнителя с места преступления, его доставки на вокзал, в аэропорт используется автотранспорт. В некоторых случаях эта машина

"оставляется в случайном или подготовленном месте" (4, с.20), а киллер пересаживается в другую. Такие транспортные средства могут уничтожаться при помощи их взрыва или поджога для сокрытия следов преступления. Для сокрытия следов пребывания исполнителя на месте преступления его одежда и обувь уничтожаются.

К сокрытию трупа при убийствах по заказу (его перемещению, уничтожению, обезображиванию, расчленению) преступники, как правило, не прибегают, что объясняется недостатком времени на такой вид действия. Когда заказчиками убийства выступают родственники, а местом совершения преступления квартира потерпевшего, труп, как правило, перемещается в другое место для создания видимости непричастности заказчика к преступлению. Несовпадение места убийства и места обнаружения трупа может служить для следователя основанием для выдвижения версии об организации преступления родственником или лицом, близким потерпевшему.

Для сокрытия своей причастности к убийству и уклонения от уголовной ответственности заказчик после совершения убийства жертвы может устранить киллера, посредника, а также свидетелей убийства.

Список литературы: 1. Антонов Ю.В. Способ совершения преступления против личности использованием огнестрельного оружия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 1995. 21 с. 2. Белки Р.С. Курс криминалистики: В 3-х т.: Т.3: Криминалистические средства, приемы, рекомендации. М: Юрист, 1997. 480 с. 3. Гавло В.К. Теоретические проблемы и практика применения методов расследования отдельных видов преступлений. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1985. 333 с. 4. Глазырин В.С. Расследование "заказных" убийств на начальном этапе (некоторые аспекты): Автореф. дис. ... канд. юри. на укр. Саратов, 1998. 22с. 5. Жордания И.Ш. Структура и правовое значение способа совершения преступления. Тбилиси: Сабчота Сакартвело, 1977. 232 с. 6. Зуйков Г.Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступления // Соц. законность. 1971. N 11. С. 14-19. 7. Колесниченко А.И. Коновалова В.Е. Криминалистическая характеристика преступлений: Учеб. пособие. Харьков: Юрид. ин-т, 1985. 93 с. 8. Колмаков В.П. Значение для расследования точного установления способов совершения сокрытия преступлений против жизни // Тр. Харьк. мед. ин-та. 1956. N 5. С.193-196. 9. Лавров В.И. Криминалистические проблемы установления способа сокрытия тяжких преступлений против личности. Вопросы криминалистики и судебной экспертизы по делам о тяжких преступлениях: Сб. науч. тр. / Под ред. Ю.Д. Лившица. Караганда: Высш. шк. МВД СССР, 1985. С. 47-59. 10. Овечкин В.А. Общие положения методики расследования преступлений, скрытых инсценировками: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1975. 17 с.

О.Л.Мусяни

О КЛАССИФИКАЦИИ СПОСОБОВ МОШЕННИЧЕСТВА В СФЕРЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

Развитие рыночных отношений, экономические преобразования в обществе связаны с тем, что мошенничество проникнет во все сферы хозяйственного механизма. В криминалистической литературе и в настоящее время содержатся традиционные взгляды на сущность мошенничества. Оно характеризуется применительно к индивидуальному имуществу граждан и не затрагивается вопросы относительно мошеннических действий в сфере предпринимательства. Среди экономически преступлений в последнее время особенно заметно увеличилось число хищений, которые совершаются путем мошенничества, в банковской, страховой, инвестиционной и иных сферах.

Период реформ, кризисное состояние экономики отразились на состоянии криминогенной ситуации в финансовой и банковской сфере Украины. Оказались нарушенными основные принципы функционирования: единство денежной и валютной систем, правила регулирования и совершения банковских операций, государственный контроль.

Упрощенные организационно-правовые требования к образованию и ликвидации кредитных денежных структур и правила их взаимоотношений с хозяйствующими субъектами привели

распространению операций с банковскими кредитами, не обеспеченными материальными и финансовыми ресурсами, к созданию лжефондов, демонстрации фиктивных банкротств.

Существенное ослабление государственных контролирующих и ревизионных органов повлекло собой "исчезновение" эффективных средств системно-правового контроля за законностью происхождения банковского капитала, за деятельностью юридических и физических лиц на финансовом рынке. Массовый характер приобрели преступления с использованием подложных и отзывных гарантийных писем, фальшивых кредитных авизо, подложных чеков и иных средств безналичных расчетов (4, с. 39).

Становление и развитие коллективных и частных форм собственности, совместных предприятий, формирование рынка ценных бумаг породили новые способы финансового мошенничества. Наиболее распространенными способами являются:

а) "перекачка" безналичных денежных средств государственных и общественных организаций и расчетные счета коммерческих фирм якобы за поставку товаров или оказание услуг и выдача гарантийных писем;

б) получение незаконных доходов от нарушения правил использования кредитов государственных банков, т.е. беспричинные невозвраты их либо ссылки на несуществующие фактические обстоятельства;

в) извлечение незаконной прибыли от сокрытия фактических доходов и неуплаты соответствующих налогов;

г) нецелевое использование бюджетных средств;

д) получение незаконных доходов за счет обмана и злоупотребления доверием при оценке страхования имущества физических и юридических лиц (4, с.47).

Реформирование товарно-денежных отношений, дальнейшее развитие предпринимательской деятельности в финансовой и банковской сферах привели к созданию ряда новых организаций коммерческих направлений (инвестиционные фонды, свободное распространение акций фондовыми биржами и банками, скупка и реализация приватизационных чеков). Наиболее рискованными для физических и юридических лиц оказались операции по инвестированию средств в ценные бумаги, предоставлению денежных займов трастовым компаниям. Именно эти способы использовались мошенническими "фирмами", поскольку для выпуска векселей и акций не требовалось государственной регистрации, ни получения лицензий.

В связи с перестройкой хозяйственной деятельности государственных предприятий, появление новых коммерческих структур, повышением деловой активности определенной части населения возрождаются разнообразные способы мошенничества. Одним из них является получившее большое распространение в Германии еще в XIX в. "дутое учредительство". Этот способ применяется в связи с тем, что обеспечивает учредителям огромные прибыли раньше, чем обнаруживается доходность фирмы. Учредители не связывают себя ответственностью за результаты деятельности предприятия. Чем больше новых дел пройдет через их руки, тем больше прибыли они получают в виде премий и других выплат, оставив акционеров на произвол судьбы. Учредив фирму, основатели забирают свой пай и создают новую фирму, оставив старую без оборотного капитала (5, с. 205,206).

Сегодня существуют следующие виды мошенничества:

1. Предприятие получает в банке кредит, обосновывая договор экономическим расчетом. Этот договор страхуют в страховом обществе. Получив деньги в свое распоряжение, учредители перечисляют их на другой счет такой же фирмы (чаще торгово-закупочной) или сразу снимают деньги со счета. Затем первую фирму объявляют банкротом или ждут, когда это сделают с фирмой, получившей деньги (2, с. 58).

2. Предприятие, открыв счет, на котором имеется только уставной фонд, направляет представителя в другие предприятия с просьбой оказать финансовую помощь на один – два года. Соответствующие должностные лица связывают выполнение действий в пользу просителей с оказанием помощи какой-либо фирме. Полученные деньги снимаются со счета, и предприятие прекращает свою деятельность. При этом фирма может дать объявление в какой-нибудь газете на последней странице мелким шрифтом о месячном сроке принятия к ней претензий.

3. Фирма получает кредит, покупает товар, который направляется за рубеж. Там он реализуется, а вырученные деньги приобретается товар, который ввозится в Украину, а по пути похищается. Предприятие объявляет себя банкротом.

4. Фирма, которая кроме основного счета в банке открывает в том же или ином банке еще несколько счетов или субсчетов. Деньги с основного счета перечисляются на субсчета, о которых налоговая инспекция не знает. По основному счету фирма прекращает расчеты или даже закрывает счет. Владелец работает с субсчетами и не платит никаких налогов, заявляя, что фирма не работает или что отчет идет по основному счету, а налоги выплачиваются по месту регистрации фирмы с основного счета. По основному счету фирма объявляет себя несостоятельной и ликвидируется (3, с. 68).

5. Регистрируется акционерное общество, выпускаются акции, которые ничем не обеспечены. После продажи акций общество объявляет себя банкротом.

6. Создаются фонды под различными наименованиями и с различными целями. На расчетные счета путем просьб собираются деньги, после чего фонд прекращает свою деятельность, объявляя себя банкротом (8, с. 14).

7. Создается предприятие, которое получает в одном банке кредит. Когда приходит время выплаты, в другом банке получают еще один кредит, который больше первого, и первый кредит погашается. Через некоторое время из первого банка получается справка о надежности предприятия и берется кредит в третьем банке для погашения второго кредита, далее предприятие объявляет себя банкротом (6).

8. Физическое лицо регистрирует предприятие и одновременно становится соучредителем страхового общества, берет для созданного предприятия кредит и страхует его. Сумма кредита несколько раз превышает сумму, потраченную на создание предприятия и учреждения страхового общества – пая учредителя. Затем физическое лицо от имени предприятия и страхового общества одновременно подает заявление в суд о признании последних несостоятельными или просто скрывается.

9. Торгово-посредническая фирма получает кредит в банке, закупает товары и реализует через арендованные или свои торговые киоски, далее заявляет банку, что в связи с неблагоприятной конъюнктурой рынка она оказалась банкротом. Банк не может вернуть кредит, так как торгово-закупочная фирма фактически не имеет собственности, и все ее имущество, в том числе помещения для торговли взято в аренду (1).

10. "Псевдосанация". Санационные меры представляют собой мероприятия, предотвращающие конкурсную процедуру, т.е. институт реорганизации предприятий и оказания физическим лицам помощи без объявления несостоятельности судом (2, с.60). Цель получения наживы достигается тем, что берет под контроль предприятие, ставшее несостоятельным или умышленно доведенное до несостоятельности, а затем лжесанаторы предлагают оздоровить предприятие путем его перестройки, для чего получают дотации у государства и других предпринимателей, заинтересованных в продукции предприятия. Путем сложных манипуляций с имуществом и финансами они вновь доводят это предприятие до банкротства, получая при этом наживу.

11. Мошенник приобретает за бесценок у обнищавших владельцев собственность, обещая оформить ее передачу в залог и спасти владельцев от потери прав выкупа заложенного имущества. Затем собирает арендную плату за эту собственность, но не оплачивает закладную. Чтобы оттянуть момент лишения права выкупа и продолжать получать арендную плату, мошенник объявляет себя несостоятельным.

Несмотря на разнообразие способов мошенничества, их можно классифицировать по нескольким основаниям. В зависимости от *сферы экономической* деятельности можно выделить способы мошенничества в таких сферах:

- бытового обслуживания (получение дорогостоящих вещей по документам родственников, чужих или найденным);
- в банковской и финансовой (получение незаконных доходов от нарушения правил использования кредитов банка, нецелевое использование бюджетных средств);
- страхования (завышение суммы ущерба, подлежащего выплате клиенту в результате оговоренных в договоре страхования событий);
- социального обеспечения (подделка документов с целью получения пенсии или помощи, представление справки о значительно завышенной заработной плате);
- туризма (различные туристические аферы) и др.

В зависимости от *направленности* мошеннического посягательства можно выделить способы мошенничества, с целью завладения:

а) индивидуальным имуществом граждан:

- использование мошенниками денежных и имущественных "кукол";
- соби́рание "пожертвований";
- завладение предметами соглашения без намерения выполнять обязательства по договору;
- продажа неотчуждаемого имущества;
- заем денег без намерения возратить долг и др.

б) государственным или коллективным имуществом:

- завладение материальными ценностями путем получения этого имущества по поддельным документам;
- присвоение имущества, ошибочно отпущенного в большем количестве или лучшего качества;
- завладение имуществом путем приобретения тех или иных товаров в кредит по поддельным документам;
- получение аванса за обещание выполнить какие-либо работы или за поставку товаров последующим уклонением от выполнения обязательств по договору;
- завладение большими суммами в банковских учреждениях путем использования в банковских расчетах между организациями (предприятиями) фальшивых кредитовых авизо и различных чековых документов (7, с.142).

Приведенные выше наиболее распространенные способы мошенничества в банковской сфере могут быть использованы в качестве типичных ситуаций в начальной стадии расследования подобных дел.

Список литературы: 1. Головачев В. Двенадцать причин банкротства на фоне кризиса // Тр. -1994.- 18 янв. 2. Нуждин А.М. О механизме совершения криминальных банкротств // Совр. пробл. криминалистики: Тр. Акад. управления.-М.: Изд-во Акад. управления МВД России, 1998.-С.51-63. 3. Олейников А.М. Обобщенная информация по борьбе с экономической преступностью// Преступность и правонарушения в СССР.1990: Статист.сб.-М.: Финансы и статистика, 1991.-С. 68-70. 4. Статуев Р. Преступность в сфере финансовых и банковских систем// Совр. пробл. криминалистики: Тр.Акад. управления.-М.: Изд-во Акад.управления МВД России, 1993.-С. 39-50. 5. Тарасов И.Т. Учение о акционерных компаниях.-К.: Универ. тип. И.Завадзкаго, 1878.-706 с. 6. Чернова И. Биржевики пошли и на этот этап // Комс. правда.-1993.- 9 февр. 7. Шепітько В.Ю. Особливості криміналістичної характеристики шахрайства // Вісн. Акад. правових наук України.- 1993.- № 2.-С.140-145. 8. Яковлев А.М. Мошенничество при сборе пожертвований на деятельность полиции // Пробл. преступности в кап. странах: Сб. науч. тр. М.: Изд-во МГУ, 1930.- С. 13-17.

А.А. Зархи

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ВОЕННОГО ПРОКУРОРА В ДОСУДЕБНЫХ СТАДИЯХ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА УКРАИНЫ

Военный прокурор, являясь субъектом уголовного процесса, наделен определенной процессуальной компетенцией, благодаря которой имеет возможность оказывать решающее влияние на ход и исход движения уголовного дела, расследуемого следователями или военными дознавателями. Правовое положение военного прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса, его задачи и полномочия определяются Конституцией Украины, УПК Украины, а также Законом Украины "О прокуратуре" (гл. 1, ст. 3). В соответствии со ст.121 Конституции Украины на него возлагается надзор за соблюдением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и досудебное следствие.

Основной обязанностью военного прокурора является своевременное принятие во всех стадиях уголовного судопроизводства предусмотренных законом мер к устранению любых нарушений закона, с тем, чтобы эти нарушения ни исходили. При этом одним из важных звеньев в этом процессе является усиление прокурорского надзора за законностью деятельности органов дознания и досудебного следствия. Это связано с тем, что ни в какой другой сфере деятельности органов государственной власти и управления так не нарушаются права и законные интересы граждан, как в сфере уголовного

судопроизводства (2, с.161), и никакие другие нарушения законов не причиняют людям таких моральных и физических страданий, как нарушения, связанные с незаконными задержаниями и арестам необоснованным привлечением к ответственности и осуждением невиновных. Прокурор здесь выступает в двух ипостасях – как представитель государства, принимающий меры к справедливому, правомерному наказанию лиц, совершивших преступления, и как представитель государства, защищающий права свободы граждан, интересы государства, в отношении которых было совершено преступление (6, с.62). Кроме того, как верно заметил Л.М. Давыденко, надзор на предварительном следствии — это своеобразная подготовка для активных и успешных действий прокурора в суде (3, с.94). В этом судопроцессуальном положении военного прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса.

Прокуратура в целом и каждый военный прокурор в частности, призваны обеспечивать утверждение верховенства закона, укрепление правопорядка, а также защиту от неправомерных посягательств: социально-экономические, политические и личные права и свободы человека и гражданина, гарантированные Конституцией, другими законами Украины и международно-правовыми актами; закрепленные Конституцией Украины независимость республики, её общественного и государственного строя, политическую и экономическую системы, равно как и другие охраняемые законом социальные ценности. Специфическими являются методы разрешения военным прокурором этих задач в уголовном судопроизводстве. Они облачаются в различные процессуальные формы в зависимости от тех конкретных задач, которые стоят перед данной стадией процесса, (4, с. 165) и являются, по сути, целевой стороной прокурорского надзора, программой деятельности прокурора в конкретной области надзора.

Военный прокурор наделен широкими полномочиями в досудебных стадиях уголовного процесса возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. В них он в полной мере реализует свою функцию надзора за исполнением закона: он вправе (и обязан) непосредственно принимать меры к устранению нарушения закона, если они были допущены при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, а также при производстве дознания и предварительного следствия.

В стадии возбуждения уголовного дела военный прокурор осуществляет надзор за законностью возбуждения каждого уголовного дела. Он вправе и сам возбудить уголовное дело. Если дело возбуждено следователем или органом дознания без законных поводов и оснований, военный прокурор отменяет постановление следователя или органа дознания, отказывая тем самым в возбуждении дела. В случае неосновательного отказа в возбуждении дела, военный прокурор своим постановлением отменяет состоявшееся об этом постановление следователя или органа дознания и возбуждает уголовное дело (ст. 100 УПК Украины, ст. 116 УПК РФ).

В стадии досудебного следствия, осуществляя надзор за исполнением законов органами дознания досудебного следствия, военный прокурор обязан: а) принимать меры к тому, чтобы ни одно преступление не осталось нераскрытым и ни один преступник не уклонился от ответственности; б) строго следить чтобы ни один гражданин, ни один военнослужащий не подвергся незаконному и необоснованному привлечению к уголовной ответственности или иному незаконному ограничению в правах; в) контролировать неуклонное соблюдение установленного уголовно-процессуальным законодательством порядка производства дознания и предварительного следствия; г) осуществлять надзор за тем, чтобы никто не был подвергнут аресту иначе как по постановлению суда или с санкции прокурора. При решении вопроса о санкции на арест он обязан тщательно ознакомиться со всеми материалами, обосновывающими производство ареста, а в необходимых случаях лично допросить обвиняемого или подозреваемого. Военный прокурор обязан также принимать меры к выявлению условий, способствовавших совершению преступления к их устранению и к привлечению общественности к борьбе с правонарушениями.

Будучи наделен полномочиями по надзору за соблюдением законов органами дознания досудебного следствия, военный прокурор в данной стадии процесса в пределах своей компетенции вправе: а) давать органам дознания и предварительного следствия указания о расследовании преступления и о совершении необходимых действий (об избрании меры пресечения, привлечении в качестве обвиняемого, производстве экспертизы и т.д.); б) требовать от органов дознания и следователей военных прокуратур для проверки уголовные дела, документы, материалы и иные сведения о совершенных преступлениях, о ходе дознания, предварительного следствия и розыска преступников; в) отменять незаконные постановления органов дознания и следователя; г) возвращать уголовные дела органам дознания и следователю со своими письменными указаниями о производстве дополнительно:

расследования; д) рассматривать жалобы на действия следователя военной прокуратуры и лиц производящего дознание; е) изымать любое дело от органа дознания и поручать производству предварительного расследования следователю военной прокуратуры, а также передавать дело от одного следователя другому в целях обеспечения наиболее полного и объективного расследования дела (ст. 22 УПК); ж) поручать органам дознания выполнение отдельных следственных действий и розыскных мер и делам, находящимся в производстве следователей органов военной прокуратуры; з) санкционировать арест; обыск; выемку документов, составляющих государственную тайну; наложение ареста и выемку почтово-телеграфной корреспонденции; отстранение обвиняемого от должности; помещение обвиняемого в медицинские учреждения закрытого типа; утверждать постановления об эксгумации трупа, с установлением срока ознакомления с делом, о прекращении дела по нереабилитирующим основаниям, с отмене меры пресечения — ареста; и) продлевать срок расследования и содержания обвиняемого под стражей; к) возбуждать, отказывать в возбуждении и прекращать уголовные дела; л) утверждать обвинительное заключение или возвращать уголовное дело следователю для производства дополнительного расследования; м) изменять обвинительное заключение следователя или составлять новое заключение (ст. 229 УПК); н) давать письменное согласие на направление дела в суд для применения принудительных мер воспитательного или медицинского характера; о) участвовать в производстве дознания и предварительного следствия, а в необходимых случаях лично производить расследование по любому делу или производить отдельные следственные действия.

Письменные указания прокурора органам дознания и досудебного следствия являются обязательными для исполнения. Обжалование полученных указаний вышестоящему прокурору приостанавливает их исполнение за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 ст. 114 УПК Украины (ч. 2 ст. 127 УПК РФ).

Всем изложенным и определяется процессуальное положение военного прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса.

Особенность его заключается в том, что в досудебных стадиях процесса военный прокурор обладает широкими властными полномочиями, позволяющими ему принять решение по любому вопросу возникающему по делу. От него, в частности, как и от следователя военной прокуратуры, зависит дальнейшее движение дела, его прекращение, приостановление, направление в суд. Существенно, однако меняется процессуальное положение военного прокурора с того момента, когда дело поступает в суд. В судебных стадиях вся полнота власти принадлежит суду: именно он уполномочен принимать любое решение по делу, осуществляя, таким образом, функцию правосудия (1, с.12).

Осуществление предусмотренного Конституцией Украины реформирования прокуратуры и формирование системы досудебного следствия, обновление органов государственного контроля требуют определенного времени (5, с. 18). В соответствии с п.13 разд.15 Конституции в течение пяти лет после вступления Основного Закона страны в силу сохраняется существующий порядок дачи санкций на арест, содержание под стражей, а также задержания и обыска, а

военная прокуратура продолжает осуществлять предоставленные ей уголовно-процессуальные функции.

Военный прокурор подлежит отводу по тем же основаниям, что и судья. Однако если прокурор участвовал в проведении предварительного следствия по делу, поддерживал обвинение в суде или давал заключение при рассмотрении дела в кассационном порядке или порядке надзора, эти обстоятельства не могут быть основанием для отвода (ст. 58 УПК Украины; ст. 63 УПК РФ). Заявленный военному прокурору отвод при рассмотрении дела в суде разрешается судом, а при расследовании дела — вышестоящим прокурором.

Список литературы: 1. Альперт С.А. Субъекты уголовного процесса: Харьков: 1997. 2. Басков В.И. Прокурорский надзор: Учебник для вузов. Изд. 2-е. М.: 1996. 3. Давыденко Л.М. Прокуратура Украины: прошлое, настоящее, будущее //Пробл. совершенствования прокурорского надзора (к 275-летию Прокуратуры): Матер. науч.-практ. конф. — М.: 1997. 4. Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 5700 сл. /Под ред. Н.Ю.Шведовой. — 20-е изд., стереотип. — М.: Рус. яз., 1988. 5. Руденко Н.В. Конституция Украины и правовой статус прокуратуры //Предпринимательство, хозяйство и право. — 1997. — № 4.

ЗАХИСНИК У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОФЕСІЙНІСТЬ ЗАХИСТУ

При обговоренні в 1992 р. проекту Закону України “Про адвокатуру” перевагу було надано підход щодо якого названий Закон є статутним і не може встановлювати ті професійні права, які адвокат повинен мати у кримінальному процесі. У ст. 5 Закону передбачено, що адвокати “виконують свої обов’язки відповідно до кримінального процесуального законодавства у процесі дізнання та попереднього слідства. Серед видів адвокатської діяльності участь адвоката у судових інстанціях в Законі не називається, що суттєвою прогалиною останнього. Стаття 6 – професійні права адвоката, яка була прийнята лише третьому читанні, не передбачає якихось прав адвоката, суто притаманних кримінальному судочинству. Лише через рік після прийняття цього Закону деякі права, що проголошувалися у його проекті, були передбачені Законом України «Про внесення змін та доповнень до окремих статей кримінального процесуального кодексу з питань права на захист підозрюваного, обвинуваченого і підсудного» від 2 грудня 1993 р. Саме в цьому нормативному акті, ч. 1 ст. 44 КПК України сформульована так: “Захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються особи, які мають свідоцтво про право зайняття адвокатською діяльністю. За згодою підсудного допускаються близькі родичі, опікуни або піклувальники”. Отже, з цього часу в Україні захисниками у кримінальному процесі можуть бути тільки названі особи і не може бути ніхто інший.¹

Питання щодо тлумачення ч. 1 ст. 44 обговорювалися в ході підготовки Пленуму Верховного Суду України, а також на його засіданні. Розглядалася також можливість участі у кримінальному процесі адвоката іншої держави. У проекті постанови Пленуму було запропоновано два варіанти: адвокатом захисником може бути тільки адвокат-громадянин України; захисником може бути фахівець (адвокат) громадянин будь-якої з держав, що входять до Співтовариства незалежних держав. При обговоренні проекту була внесена пропозиція про те, що в Україні як адвокат-захисник у кримінальному процесі може взяти участь і адвокат будь-якої з держав, якщо про це буде домовленість, зафіксована у відповідній угоді про правову допомогу у сфері судочинства.

Пленум визначив, що захисником на стадії попереднього розслідування у кримінальному процесі може бути лише адвокат – громадянин України. Це знайшло своє нормативне закріплення в такій формулі: “Відповідно до ч. 1 ст. 44 КПК як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються лише особи, які мають свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, що видається і відповідно до вимог статті другої Закону України “Про адвокатуру” (виділено мною – П.Х.).

Не можуть допускатися до участі у справі захисниками особи, які мають інші документи (ліцензії на здійснення юридичної практики чи підприємницької діяльності тощо) (ч. 4. с.652).

З прийняттям Конституції України преамбула названої постанови доповнена двома абзацами такого змісту:

«Відповідно до ст. 59 та ч. 2 ст. 63 Конституції України підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на правову допомогу та захист. У випадках передбачених законом, ця допомога надається безоплатно.

Для забезпечення права на захист від обвинувачення в Україні діє адвокатура. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав». Таким чином, Пленум Верховного Суду України, віддавши належне ч. 1 ст. 59 Основного закону України залишився на позиції, що на стадії попереднього розслідування захисником може бути лише адвокат. Але це конституційне положення не залишилося поза увагою осіб, які мають ліцензії Міністерства юстиції про право займатися юридичною практикою. Вони ставлять під сумнів позицію Пленуму Верховного Суду, а тим самим і конституційність ч. 1 ст. 44 КПК України, маючи наміри звернутися до Конституційного Суду України щодо відповідності положення, передбаченого ч.

ст.44 КПК України, ч.1 ст.59 Конституції – «Кожний вільний у виборі захисника своїх прав». Ось чому вирішені названого питання вважаємо за доцільне звернутися до практики Конституційного Суду Російської Федерації.

Постановою Конституційного Суду РФ від 28 січня 1997 р. “По справі про перевірку конституційності ч.4 ст.47 Кримінально-процесуального кодексу РСФСР у зв’язку зі скаргами громадян Б.В.Антонова, Р.Л. Гітіса і С.В. Абрамова” (5, ст. 871) підтверджена конституційність названої норми КПК. Отже, ч.4 ст. 47 КПК РСФСР, як і ч. 1 ст. 44 КПК України передбачає участь як захисника у стадії попереднього розслідування адвоката. Окрім того КПК РСФСР передбачає можливість участі у справі захисників представників професійних спілок чи інших громадських об’єднань. Конституційний Суд РФ дійшов висновку про те, що «за своїм змістом право на самостійний вибір адвоката (захисника) не означає право вибрати захисником будь-яку особу за розсудом підозрюваного або обвинуваченого і не передбачає можливості участі у кримінальному процесі будь-якої особи як захисника» (5. с.413).

Заслуговують на увагу аргументи Конституційного Суду РФ, щодо обґрунтування наведеної тези :

- Закріплене в ст. 48 (ч. 2) Конституції РФ право користуватися допомогою адвоката (захисника) одним з проявів більш загального права, гарантованого ст.48 (ч. 1) Конституції РФ. Кожній людині надається право на одержання кваліфікованої юридичної допомоги.

- Гарантуючи право на одержання саме кваліфікованої юридичної допомоги, держава повинна, перше, забезпечити умови, які сприяють підготовці кваліфікованих юристів для надання громадянам різних видів юридичної допомоги, в тому числі у кримінальному судочинстві, і, по-друге, встановити для фахівця, з цією метою, відповідні професійні та інші кваліфікаційні вимоги .

- Участь як захисника в ході попереднього розслідування справи будь-якої особи за вибором підозрюваного або обвинуваченого може привести до того, що захисником може стати особа, яка і володіє необхідними професійними навичками, що є несумісним з завданнями правосуддя і обов’язком держави гарантувати кожному кваліфіковану юридичну допомогу.

- Критерії кваліфікованої юридичної допомоги у кримінальному судочинстві, виходячи з необхідності забезпечення принципу змагальності і рівності прав сторін, встановлює законодавець шляхом визначення відповідних умов допуску тих чи інших осіб як захисників.

І як висновок : положення ч. 4 ст. 47 КПК РСФСР, яка передбачає допуск захисником на стадії попереднього розслідування у кримінальній справі лише адвоката, чи представника професійної спілки чи іншого громадського об’єднання не протирічить Конституції Російської Федерації.

Але для нас принципового значення набувають такі міркування Конституційного Суду РФ розгляданого питання: Конституція не визначає критеріїв, додержання яких свідчить про належний рівень кваліфікації осіб, які надають громадянам юридичну допомогу. Визначення критеріїв для осіб, які можуть бути допущені до надання юридичної допомоги у кримінальних справах як захисники підозрюваних і обвинувачених, належить до компетенції законодавця. Отже, при умові забезпечення кожному обвинуваченому (підозрюваному) права на одержання кваліфікованої юридичної допомоги і інтересах правосуддя в цілому, законодавець може передбачити допуск у кримінальну справу захисників інших, окрім адвокатів, вибраних обвинуваченими осіб, у тому числі тих, які мають ліцензію на здійснення юридичної практики.

Таким чином, Конституційний Суд РФ, діючи в рамках своїх повноважень і сформулювавши свою позицію щодо конституційності ч. 4 ст. 47 КПК РСФСР, у своїх розсудах не виявив категоричного судження про те, що захисником на стадії попереднього розслідування може бути тільки адвокат.

Як вбачається, у вирішенні питання про конституційність ч.1 ст. 44 КПК України необхідно виходити з аргументів наведених у постанові Конституційного Суду РФ, яка проаналізована вище. Що ж до законодавчого вирішення по суті питання про можливість допуску до захисту в кримінальному процесі інших осіб, то, крім корпоративних інтересів адвокатського корпусу, слід враховувати і вимоги, які ставляться до осіб, які одержують право на юридичну практику за ліцензією, і адвокатів.

Згідно з Правилами, встановленими Міністерством юстиції для одержання ліцензії необхідно подати до Міністерства заяву. До заяви додається: підприємцем – юридичною особою – копію засновницьких документів; підприємцем-громадянином копії документів, що засвідчують рівень освіти і кваліфікацію необхідний для здійснення юридичної практики (диплома про закінчення вищого юридичного

навчального закладу, дані про стаж роботи за юридичною спеціальністю тощо); документ про внесені оплати за видачу ліцензії (3.с.52)

Отже, юристи-підприємці не складають іспиту; для них не існує обов'язкових етичних норм професії; до них не застосовуються заходи впливу за низький рівень роботи, що використовуються судами щодо адвокатів; підприємці не мають таких прав, обов'язків і гарантій їх реалізації, які передбачає Закон для адвокатів, нарешті, вони не присягають у своїй діяльності суворо дотримуватися законодавства України, міжнародних актів про права і свободи людини. Усе це призводить до того, що судовому розгляду цивільних справ беруть участь особи, які слабо знають процесуальні і матеріальні закони.

Низький рівень підготовки осіб, які здійснюють юридичну практику за ліцензією, відзначають судді. Так, за даними Т.В.Варфоломєєвої, з 60-ти опитаних суддів 53 вважають, що названі особи допускають багато правових помилок при складанні правових документів, обирають помилкову правову позицію тощо (1. с. 23).

Таким чином, позиція законодавця України, виражена в ч.1 ст. 44 КПК України про те, що захисником підозрюваного та обвинуваченого на стадії попереднього розслідування може бути лише адвокат, повністю відповідає вимогам ст. 59 Конституції України, оскільки передбачає забезпечення професійного захисту особи у кримінальному судочинстві.

Список літератури : 1. Варфоломєєва Т.В. Защита в уголовном судопроизводстве.- К.: Киев ун-т, 1998. 204 с. 2.Постанова Пленуму Верхов. Суду України № 12 від 3 грудня 1997 р. // Постанови Пленуму Верхов. Суду України із загальних питань судової діяльності та в кримінальних справах. –Київ.-Юрінком ІНТЕР. 1999, С. 717. 3. Про застосування законодавства яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому підсудному право на захист . Постанова від 7 липня 1995р. №10. // Постанови пленуму Верхов. Суду України із загальних питань судової діяльності та в кримінальних справах. –Київ.-Юрінком ІНТЕР. 1999 С. 717. 4. Правила розгляду заяв про видачу ліцензій на здійснення юридичної практики, затверджені наказом Міністра юстиції України від 23 жовтня 1998р. № 57/5.- 1991.- 5. Сб. Постанов. правительств РФ. – 1997.

О.Е. Рагули

ИССЛЕДОВАНИЕ СПОСОБА ВЗЯТОЧНИЧЕСТВА КАК ЭЛЕМЕНТА КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ

Изучение способов приготовления, совершения и сокрытия преступлений имеет исключительное важное значение, поскольку, во-первых, облегчает процесс раскрытия преступлений, способствует избранию оптимального пути расследования, во-вторых, является существенным фактором, обуславливающим эффективность предупреждения преступлений .

В работах ученых-криминалистов исследованию способа преступления внимание уделялось постоянно. А.Н. Колесниченко отмечал, что признаки способа преступления, отражения их материальной обстановке преступления и других источниках используются для определения путей установления личности преступника, его соучастников, выявления обстоятельств преступления и др. (6, с.35). Г.А. Матусовский рассматривает способ преступления как элемент криминалистической характеристики, содержащий отдельные подсистемы-компоненты: способы приготовления преступлению, его совершения, сокрытия , маскировки преступных действий (3, с.148). Одно из определений способа преступления предложено Н.П. Яблоковым, где способ представлен как объективно и субъективно обусловленная система поведения субъекта до, в момент и после совершения преступления, оставляющая различного рода характерные следы вовне, позволяющие с помощью криминалистических приемов и средств получить представление о сути происшедшего, своеобразно преступного поведения правонарушителя, его отдельных личностных данных и определить наиболее оптимальные методы решения задач раскрытия преступления. (4, с.48).

Конкретизируя способ такого преступления, как получение взятки, следует согласиться с позицией согласно которой “способ совершения взяточничества охватывается действиями, совершаемыми: 1) процессе создания условий, способствующих преступлению, 2) во время дачи-получения взятки, 3) при исполнении должностным лицом обусловленного взяткой действия в пользу взяткодателя, 4) в ходе сокрытия следов взяточничества (сокрытие факта дачи-получения взятки, предмета взятки, составлены фиктивных документов в случае израсходования на взятку государственных или общественных средств т.д.)” (7, с. 119).

Классификация способов взяточничества в литературе представлена по-разному. Однако существенные различия в основаниях классификаций, предложенных в различных публикациях фактически отсутствуют (7, с.118; 5, с.124-150; 1, с. 22-25; 4, с.601-602; 2, с.67 и др.). В основном выделяют две основные формы взяточничества – простую (открытую) и завуалированную (скрытую). Наиболее распространенной является простая форма – непосредственное вручение должностному лицу предмета взятки (получение должностным лицом лично или через посредника денег, материальных ценностей, прав на имущество и т.п.). Сущность завуалированной формы состоит в том, что истинная цель передачи должностному лицу денег, материальных ценностей и т.п. прикрывается внешне законной формой, а факт передачи-получения взятки внешне маскируется под законную сделку, которая может выглядеть как вполне законное соглашение: разного рода выплаты, премии, погашение долга, предоставление денег в кредит, осуществление договора купли-продажи и т.п. Такого рода вознаграждение квалифицируется как взяточничество в случае, когда оно получалось незаконно (выплата средств была необоснованной, вещи или недвижимость продавались по цене, явно ниже реальной, или наоборот, приобретались по явно завышенной цене, оплата услуг была неэквивалентной и т.п.).

С криминалистической точки зрения взяточничество по способу его совершения может быть классифицировано в зависимости от особенностей следующим образом: 1) передачи взятки, 2) наличия какого-либо давления на взяткодателя со стороны взяткополучателя и 3) характер служебных действий (бездействия) взяткополучателя. По первому основанию обычно выделяют два основных способа взяточничества – без посредников и с посредниками; по второму основанию – с вымогательством и без вымогательства; по третьему основанию можно выделить взяточничество, связанное с совершением незаконных действий (бездействия) в пользу взяткодателя и законных действий (бездействия) в его пользу.

Выделяется основание, характерное для дел с участием организованной преступной группы при применении следующих способов: а) с предварительным сговором на получение в определенной форме одной взятки от конкретного лица; б) с предварительным сговором на получение взятки в разных формах в течение какого-то периода от неопределенного круга лиц (4, с.601). Каждый из этих общих способов совершения преступления может быть детализирован с учетом видов посреднической связи, особенностей предмета взятки и его передачи, своеобразия вымогательства, сферы деятельности взяткополучателя и особенностей предварительного сговора.

Что касается способа сокрытия, то, по мнению большинства авторов, он является составной частью способа преступления, обычно заблаговременно планируется. Субъекты данных деяний применяют меры к маскировке преступления на любой стадии совершения того или иного противоправного действия, нередко трудно провести четкую грань, разделяющую совершение преступления от принятия мер по завуалированию его. Так, способ дачи-получения взятки обычно одновременно является и способом сокрытия взяточничества. Это относится в первую очередь к способу передачи-получения завуалированной взятки, так как, принимая меры к сокрытию этого обстоятельства, участники взяточничества маскируют сам факт совершения преступления.

Способы совершения взяточничества, как и всех остальных должностных преступлений, во многом зависят от отрасли служебной деятельности, где они совершаются, характера должностного положения взяткополучателя и его полномочий, сложившейся общей обстановки и локальной ситуации в конкретном регионе и учреждении, от предмета взятки, а также от личностных характеристик взяточников.

Так, Г.А. Матусовский отмечает, что “в любом случае можно проследить прямую связь между элементами “личность преступника” и “способ преступления”, которая выражается в том, что только лица с определенными характерологическими данными или те, которые занимают определенную должность могут использовать определенный преступный способ. В то же время на данную связь влияют побочные обстоятельства, относящиеся к предмету преступного посягательства и обстановке преступления” (

с.151). Наглядно иллюстрируется связь между способом и предметом преступления следующим образом: если способом передачи-получения взятки является явно неравноценный обмен дорогой вещи и дешевой, размер взятки будет составлять разница в их стоимости (7, с.130). И.К. Туркевич, исследуя корреляционные зависимости, отметила следующее: “Изучение дел о взяточничестве показывает, что преступники вырабатывают специфические способы совершения и сокрытия своих преступных деяний в зависимости от совершения иных, связанных со взяточничеством преступлений, а также применительно к отраслям народного хозяйства, государственного управления и даже деятельности отдельных органов, где преступление совершается” (8, с.18).

Необходимо отметить, что в настоящее время взяточничество, как правило, сопутствует различным экономическим преступлениям и иным правонарушениям. Это объясняется тем, что взяткополучатели наделены контрольными либо разрешительными полномочиями по отношению к субъектам предпринимательской деятельности. В их ведении находятся вопросы приватизации, регистрации коммерческих структур и частных предпринимателей, выдача лицензий и разрешений, кредитов и ссуд, сдача помещений в аренду, отпуск сырья, материалов и готовой продукции, приобретение в собственность недвижимости, заключение выгодных контрактов и т.п. Во многих случаях именно наличие коррумпированных связей способствует достижению криминальными субъектами промежуточной или конечной цели при совершении того или иного экономического преступления или его сокрытии. Заинтересованность некоторых субъектов экономических отношений в установлении и поддержании выгодных для себя отношений со взяткополучателями объясняется потребностью обеспечения гарантии бесконтрольности их незаконных, преступных действий (например, отдельных хозяйственных операций производимых в нарушение действующего законодательства).

Реформирование экономических отношений, происходящее в настоящее время, приводит не только к определенному преобразованию ранее известных способов совершения взяточничества, но и появлению новых, в частности, перевод взяткодателем определенной денежной суммы с банковского счета своей фирмы на счет фирмы, которая фактически принадлежит или контролируется взяткополучателем, последующим обналичиванием этих средств, получение должностным лицом доли от суммы договорного предоставления ссуды, выплата гонорара, не отвечающего действительной стоимости авторского труда и др.

Изложенное позволяет утверждать, что всестороннее исследование способа совершения взяточничества обеспечивает наиболее быстрое и квалифицированное расследование, позволяет глубоко разрабатывать методику расследования и меры по предупреждению этих преступлений.

Список литературы: 1. Волженкин Б. О скрытых формах взяточничества. – Соц. законность. – 1999 – № 11. – С.22-25. 2.Клименко В.А., Мельник Н.И., Хавронюк Н.И. Уголовная ответственность : должностные преступления. Мельник Н.И., Омельченко Г.Е., Хавронюк Н.И. Комментарий к Закону Украины “О борьбе с коррупцией”. – К.: Блиц-Информ, 1996. – 512 с. 3. Криміналістика: Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів: Підручник для студ. юрид. вузів і фак./ За ред. В.Ю. Шепіти – Харків: Право, 1998. – 376 с. 4.Криминалистика: Учебник для вузов/ Отв. ред. Н.П. Яблоков. – М.: БЕЛТА, 1996. – 708 с. 5. Рейсмен В.М. Скрытая ложь. – М.: Прогресс, 1988. – 328 с. 6. Советская криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений/ Под.ред.В.К. Лисиченко. – К.: Вища шк., 1988. – 405 с. 7.Степанов В.В. Расследование взяточничества. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1966. – 162 с. Туркевич И.К. Расследование и предупреждение взяточничества (по материалам Украинской ССР. Автореф. дис. ... канд.юрид.наук, 1968. – 27 с.

І.О. Русанов

ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ КОРПУСУ ПРИСЯЖНИХ ЗАСІДАТЕЛІВ

Введення в Конституцію України положення, яке проголошує, що народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних, покликало за собою проблем організаціїного забезпечення участі присяжних у судочинстві. Виникла необхідність створення суд

присяжних і опрацювання комплексу питань, що є складовими при організації (формуванні) такого суду (3, с.7). По-перше, потрібно з'ясувати, який орган (чи установа) повинен і в змозі ґрунтовно провадити підбір кандидатур у присяжні. По-друге, необхідно чітко розробити конкретні параметри юридичного оформлення залучення до судочинства громадян як присяжних. По-третє, нагальною є розробка процедури виклику (чи запрошення) присяжних до відправлення правосуддя. По-четверте, чекає на себе вирішення порядку влаштування присяжних у будинках суду. По-п'яте, виникає потреба дати відповідь щодо кошторису на утримання корпусу присяжних.

Названі, а також інші питання обов'язково заявляють про себе тому зробимо спробу викласти особисті міркування стосовно організаційних моментів формування суду присяжних.

Правильно і ґрунтовно опрацьована модель, структурно-організаційної побудови певної установи або її складників є тією базою, яка створить належні умови і буде сприяти чіткій роботі установи. Отже щоб суд присяжних розпочав працювати, щоб втілити в життя цей дійсно демократичний інститут передбачений нашою Конституцією, спочатку слід вирішити всі його організаційні параметри. Зрозуміло що кращим вирішенням проблеми було б закріплення відповідних положень щодо суду присяжних насамперед у законі (кодексі) про судоустрій України. Зараз, коли розробляються й опрацьовуються проекти судоустрійного законодавства України, якраз теоретичне констатування моделі суду присяжних актуальним.

Історичний аналіз формування суду присяжних, врахування минулого досвіду підбору народних засідателів дозволяють зробити висновок, що організаційні питання створення корпусу присяжних доцільно покласти на Міністерство юстиції України та його управління на місцях. За сучасних умов спираючись на законодавство про вибори народних депутатів та формування органів місцевого самоврядування, можна без зайвих витрат належно окреслити коло кандидатів у присяжні. Виходячи з міркувань про достатність 4-х присяжних у судовому засіданні, вважаємо, що процес пошуку і підбору кандидатів у присяжні не буде болячим і складним. Вбачається, що після того, як виконком місцевої ради народних депутатів за участю громадськості підбере певну кількість кандидатів, він направляє їх списки до обласного управління юстиції. Останнє, вивчивши біографії кандидатів, перевіrivши відповідність вимогам закону, приймає рішення направити списки кандидатів (претендентів) у присяжні зі своїм висновком до обласної ради народних депутатів. Голова обласної ради вносить ці списки на сесію, яка обирає присяжних у кількості, потрібній для судів області з урахуванням їх місця проживання. Останнє вказівкою на те, в який суд громадянин обирається як присяжний. Таким чином, місцева рада разом з управлінням юстиції, з одного боку, виконує всю підготовчу роботу по пошуку і залученню присяжних до судочинства, а другого – створює тим самим належні умови для формування суду присяжних і його функціонування. Обумовимося, що, викладаючи свої думки щодо формування суду присяжних підкреслюємо, що це тільки пропозиції, особисте бачення можливого вирішення проблеми, при розглядається, і, зрозуміло, передбачаємо справедливую критику.

Після того, як на обласній раді народних депутатів відбулося обрання присяжних, звичайно необхідно відповідно юридично оформити цей процес. Його зміст полягає у тому, що управління юстиції урочисто у виконкомі місцевих рад видає присяжним встановлені Міністерством юстиції зразки посвідчення, які громадянам в виконкомі є особистим свідомством причетності їх до відправлення правосуддя. У свідомстві про обрання присяжним вказуються його біографічні, соціальні відомості, строки на який його обрано, окреслюється порядок сплати винагороди за участь у судочинстві. Цей порядок можна за аналогією порівняти з винагородою народним засідателям (2,с.5). Окремо слід чітко означити гарантії безперешкодного виконання присяжними своєї місії в суді в період безпосереднього судового розгляду справ, наголосивши при цьому на недоторканності присяжних і відповідальність за погрози вплив на них.

Проблема участі громадян у суді присяжних передбачає і висвітлення питання про процедуру залучення цих представників народу до судочинства, розробку порядку, в якому вони викликаються (чи запрошуються) до відправлення правосуддя. На перший погляд, це питання просте, але воно вимагає пошук відповідей на деякі запитання: а) хто безпосередньо приймає рішення про залучення присяжних до суду на певний тимчасовий період роботи суду? б) яким чином здійснюється таке залучення? в) чи треба встановлювати підстави і межі відповідальності присяжних за неявку до суду взагалі або на чергові судові засідання? Аналізуючи їх, можна висловити такі міркування. Прийняття рішення про необхідність

залучення присяжних до судочинства на певний період, а не по конкретних справах справедливо покласти на голову відповідного суду. Спираючись на затверджений список присяжних, голова суду почергою запрошує певну їх кількість до участі в засіданнях суду. Про це рішення він повідомляє своїм наказом склад і апарат суду. Після цього канцелярія суду готує листа голови суду до органів місцевої влади переліком прізвищ присяжних, які залучаються до судочинства на конкретний календарний період.

Таким чином, голова суду безпосередньо вирішує все, що стосується організаційних моментів залучення присяжних до відправлення правосуддя і на свій розсуд призначає персонально присяжних до розгляду тієї чи іншої кримінальної справи.

Залучення до судочинства громадян як присяжних по конкретних справах доречно здійснювати шляхом направлення їм запрошення. Це повинен бути офіційний документ з відповідними реквізитами який містить повідомлення про обрання громадянина присяжним відповідного суду, прохання до нього сумлінно поставитися до виконання місії присяжного на певний період. У запрошенні необхідно чітко вказати, з якого числа присяжному потрібно з'явитися до суду, маючи при собі документ, що посвідчує особу. За зовнішнім виглядом і змістом документ, яким присяжний викликається до суду, не повинен нагадувати повістку, якою викликаються учасники справи. Присяжний – це представник народу, який залучається до відправлення правосуддя, отже, його статус вимагає поважного ставлення. Тому пропонується назвати документ, на підставі якого він викликається до суду, запрошенням. Логічно викладеним пов'язано питання, чи потрібно вказувати в запрошенні на відповідальність присяжного за неявку до суду або погрозу такої відповідальності? Вважається, що робити цього не доцільно з точки зору міркувань. Насамперед треба враховувати, що громадянин, маючи певну міру правосвідомості повинен був визначитися ще тоді, коли його кандидатура у присяжні тільки розглядалася. Однак з часу обрання громадянина присяжним і до моменту його виклику для участі в суді могли відбутися певні об'єктивні події, які вплинули на людину і вона прийшла до думки про недоречність виконувати місію присяжного. Не менш значимим є також врахування того, що традиційно погроза відповідальності за неявку до суду та інші державні органи застосовуються в різного роду повістках. А присяжний не викликається до суду, запрошується взяти участь у відправленні правосуддя як чесний, сумлінний, порядний представник народу.

Опублікований аналіз практики діяльності суду присяжних свідчить про відсутність фактів зриву судових засідань через неявку або ухилення присяжних (1, с.10).

Порушені нами питання, зрозуміло, є особистим поглядом на судову реформу й особливо на такий цікавий аспект, як введення суду присяжних і його організацію. Дуже складною є в сучасних умовах проблема судової реформи, багато полярних думок вирують і серед учених-юристів, і серед юристів-практиків. Слід визнати також, що відсутня і стала позиція державних юридичних установ безпосередньо щодо самої долі суду присяжних. Все це негативно відбивається на втіленні в життя конституційно-правових положень стосовно цього нового інституту.

Вирішувати цю складну проблему на наш погляд, потрібно поступово, спираючись як на історичний досвід Росії, сучасне існування суду присяжних в Російській Федерації, так і враховуючи наробки вітчизняних правників. Вбачається, що початковим етапом має бути опрацювання організаційно-структурних елементів суду присяжних. Необхідно чітко окреслити організаційні питання створення такого суду, дати відповіді на них, окреслити процедуру роботи присяжних, а потім уже розглядати складники безпосередньо його процесуальної діяльності.

Список літератури: 1. Ляхов, Золотых. Суд присяжных – путь к справедливой юстиции // Юстиция. – 1997. - № 3, – С.9-10. 2. Ничипоренко Т. Кризис института народных заседателей? // Юстиция. – 1998. – № 2. – С. 5-6. 3. Степалин В. Почему отменяются оправдательные приговоры. // Юстиция. – 1998. – № 8. – С.7-9.

Т.В. Корченко

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ЗАЩИЩЕННОСТИ ЛИЧНОСТИ НА ДОСУДЕБНОМ СЛЕДСТВИИ

Для формирования правового государства важно не только конституционное закрепление прав свобод личности, но и возможность эти права и свободы гарантировать. И в этом важное значение имеет уголовно-процессуальное законодательство. Отдавая безусловный приоритет защите прав личности гарантиям осуществления этих прав, уголовно-процессуальное законодательство определяет свои задачи а также содержание и направление всей уголовно-процессуальной деятельности.

Однако не все задачи в этом направлении получили должного разрешения. Так, обращает на себя внимание, что по существу остается открытым и нерешенным важным, как представляется, вопрос отношении процессуального положения и защиты конституционных прав такого участника процесса, как свидетель. В подтверждение этому сошлемся, прежде всего, на законодательство.

Статья 59 Конституции Украины гарантирует право каждого гражданина на правовую помощь. Применительно к уголовно-процессуальному законодательству это означает, что любое лицо, вовлеченное в орбиту уголовного судопроизводства, имеет конституционное право на правовую помощь и защиту своих интересов, а также право получать квалифицированную правовую помощь на любой стадии уголовного судопроизводства, в том числе и в стадии досудебного следствия.

Действующее уголовно-процессуальное законодательство предоставляет право на защиту своих интересов подозреваемому, обвиняемому, подсудимому, осужденному, оправданному, и это закреплено соответствующими статьями УПК Украины.

Правовую защищенность по УПК Украины в виде представительства имеют также и такие участники процесса, как потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик (ст. 52 УПК Украины). Представителями этих лиц могут выступать адвокаты, которые оказывают правовую помощь в защите их интересов.

Среди лиц, обеспечиваемых полной правовой защитой, свидетель в УПК не указывается. Между тем он является полноценным участником уголовно-процессуальной деятельности (8, с. 146-156). В ходе уголовного судопроизводства его допрашивают, проводят с его участием следственные действия, его показания в соответствии со ст. 65 УПК являются источником доказательств и подлежат оценке лицом производящим дознание, следователем, прокурором и судом.

Как участник уголовно-процессуальной деятельности свидетель имеет определенные обязанности на основании ст. 71 УПК Украины несет уголовную ответственность за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний. При этом, как следует отметить, на него распространяется право на так называемый «свидетельский иммунитет», который заключается в том, что на основании ст. 63 Основного Закона Украины «лицо не несет ответственности за отказ давать показания или объяснения в отношении себя, членов семьи или близких родственников, круг которых определяется законом».

Вместе с тем в соответствии со ст. 59 Конституции свидетель, как и любой гражданин Украины «имеет право на правовую помощь». Для ее обеспечения при разрешении дел в судах и иных государственных органах действует адвокатура. Это означает, что на любом этапе производства по делу, том числе и в стадии досудебного следствия, свидетель имеет право привлекать по своему желанию для правовой помощи адвоката.

То, что действующий УПК Украины такого права свидетеля не предусматривает, имеет определенные негативные последствия, которые являются существенным нарушением его прав как гражданина и как участника процесса. В подтверждение сошлемся на следующие ситуации.

Прежде всего рассмотрим случаи, когда следствием согласно ст. 98 ч. 2 УПК Украины возбуждается дело в отношении конкретного лица. Если при этом в отношении лица избирается определенная мера пресечения либо оно задерживается, то последнее рассматривается в качестве подозреваемого со всеми правами, присущими подозреваемому. Если же при возбуждении уголовного дела лицо не задерживалось или в отношении него не избиралась мера пресечения, то в начале досудебного следствия по делу лицо именуется свидетелем и допрашивается в этом качестве. Это для расследования проще: адвокат по делу при допросах и других следственных действиях в соответствии с УПК Украины не допускается, права свидетеля по сравнению с правами подозреваемого процессуально ограничены.

Таким образом, лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело, в начале расследования в деле ставится в недозволенное положение свидетеля, тогда как это лицо должно приобретать процессуальный статус подозреваемого с момента возбуждения в отношении него дела с предоставлением

ему всех процессуальных прав подозреваемого, предусмотренных ч. 2 ст. 43-1 УПК Украины. Об этом не раз справедливо отмечалось в юридической литературе (2, с. 56; 5, с. 18; 6, с. 288). Необходимость правовой помощи адвоката такому свидетелю очевидна.

Этот вопрос является актуальным и в случаях возбуждения уголовного дела «по факту», когда в качестве свидетеля допрашивается «сторонний наблюдатель», как его образ называют в юридической литературе (3, с. 12-13). Известно, что основная масса свидетелей – это законопослушные граждане. И впервые оказавшись в уголовном процессе, свидетель не полностью осознает значение своих показаний и готов подписать что угодно. Но все свидетели соглашаются с протоколом, составленным следователем, здесь существенную правовую помощь может оказать адвокат.

В качестве свидетеля может быть привлечено и лицо, которого условно можно назвать «заподозренным свидетелем». В отношении такого лица органы дознания или досудебного следствия проводят проверку на его причастность к совершению преступления. Такое лицо (если он не задержан и ему не применялась мера пресечения) допрашивается в качестве свидетеля, но с определенной направленностью вопросов к нему и тактикой, соответствующей задаче выяснения его роли в совершении преступления. Некоторые следователи допрашивают «заподозренного свидетеля» в присутствии оперативных работников, других следователей, которые иногда вмешиваются в ход допроса, и исключены психологическое насилие, нажим на свидетеля, что в присутствии адвоката вряд ли имело бы место.

В юридической литературе не раз отмечалось: если есть данные для основания подозревать лицо или обвинять его в совершении преступления, такое лицо в качестве свидетеля допрашивать недопустимо, так как это лишает его права на защиту (9, с. 328; 10, с. 32; 11, с. 154, 155).

Следует сказать, что определенной гарантией предоставления права свидетелю на правовую помощь является разъяснение его прав перед допросом самим следователем с фиксацией этого в протоколе допроса. Этому способствует и содержание текстов самих бланков протокола допроса свидетеля и их последовательность. Перед допросом лица в качестве свидетеля ему разъясняется право в соответствии со ст. 19 Конституции Украины давать показания на родном языке и пользоваться услугами переводчика в порядке, установленном УПК Украины, а также обязанность давать правдивые показания и что за отказ от дачи последних и за дачу заведомо ложных показаний он несет уголовную ответственность по УПК Украины. Кроме того, свидетелю разъясняется, что в соответствии со ст. 63 Конституции Украины он не несет ответственности за отказ давать показания или объяснения в отношении себя, членов семьи и близких родственников, круг которых определяется законом.

Однако свидетелю не разъясняется право на правовую помощь, по крайней мере в протоколе допроса свидетеля такое разъяснение отсутствует. Это дает основание считать необходимым внести в Уголовно-процессуальный Кодекс соответствующие дополнения о предоставлении свидетелю в соответствии со ст. 59 Конституции Украины права на правовую помощь как любому гражданину, вовлеченному в процесс уголовного судопроизводства. Кроме того, необходимо также дополнить и ч. 1 ст. 170 УПК Украины указанием на то, что свидетелю разъясняется ст. 63 Конституции Украины, согласно которой он не несет уголовной ответственности за отказ давать показания или объяснения в отношении себя, членов семьи, близких родственников, круг которых определяется ст. 32 УПК Украины.

Правовая помощь свидетелю выражается главным образом в предоставлении ему права при участии в процессе привлечь адвоката (4, с. 42; 7, с. 75). В связи с этим в бланках допроса свидетеля следует предусмотреть разъяснение ему перечня прав и обязанностей, в том числе и конституционного права на правовую помощь.

Роль адвоката для свидетеля не должна сводиться лишь к простому присутствию. Адвокату необходимо разрешить задавать вопросы, заявлять ходатайства, разъяснять закон, обжаловать неправомерные действия следователя прокурору. Участие адвоката в качестве представителя свидетеля в досудебном следствии, безусловно, сможет повысить надежность показаний свидетеля и гарантировать законность следственных действий.

Существует еще одна проблема, связанная с правовой защитой свидетеля, участвующего в судопроизводстве, которая возникает в связи с принятием 23 декабря 1993 г. Закона Украины "Об обеспечении безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве" (1, ст. 51) представляющей собой важный элемент неизвестного до настоящего времени украинскому законодательству института

правового обеспечения безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве. Среди лиц имеющих право на обеспечение безопасности, в этом Законе указывается и свидетель.

Необходимость обеспечения безопасности потерпевших, свидетелей и иных лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве, обусловлена требованиями современного уголовно-процессуального законодательства. Жизнь показывает, что лица, в частности свидетели, подвергаются принуждениям даче заведомо ложных показаний, угрозам убийством, причинением вреда их здоровью или их близких уничтожению или повреждению имущества этих лиц. Такая ситуация приводит к тому, что свидетель либо вообще боится обнаружить себя для правоохранительных органов и давать показания, либо может давать заведомо ложные показания, отчего в обоих случаях страдают интересы правосудия и истина по делу.

Причем Верховный Совет Украины еще 4.02.94г. постановил "обеспечить принятие необходимых нормативных актов о порядке осуществления мер безопасности, предусмотренных Законом Украины "Об обеспечении безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве", что могло бы стать решающим шагом по пути решения проблем защиты указанных в нем лиц. Однако в настоящее время можно сказать, Закон действует не в полной мере или носит явно декларативный характер. Без создания реального механизма обеспечения безопасности потерпевших, свидетелей и других лиц нормальное функционирование системы уголовной юстиции невозможно.

Необходимо кроме уголовно-правовых средств защиты указанных в Законе лиц предусмотреть процессуальные меры их безопасности, эффективность которых будет зависеть от многих факторов, в том числе и от установления оптимального порядка их применения. И здесь большая роль должна быть отведена адвокату, допущенному (по УПК Украины) к участию в деле со стороны свидетеля.

Под применением мер безопасности следует понимать деятельность, включающую два основных этапа – принятие решения об осуществлении мер безопасности указанных в Законе лиц и реализации этих мер.

Основанием для принятия мер обеспечения безопасности для лиц, указанных в ст. 2 Закона (свидетель указан в этой статье), являются данные о наличии реальной угрозы их жизни, здоровью жилищу и имуществу. Однако такие данные могут быть как достоверными, так и вероятными, но меры обеспечения безопасности должны опережать опасность, а не реагировать на уже свершившийся факт нападения или инцидент.

Защищаемое лицо, в соответствии со ст. 5 Закона, имеет право, например, подавать ходатайства о принятии мер безопасности или об их отмене, требовать от органов дознания, следователя, прокурора и суда принятия дополнительных мер безопасности, обжаловать незаконные решения либо действия органов, обеспечивающих безопасность, в соответствующие вышестоящие органы, прокурору или в суд.

Одним из поводов для принятия мер безопасности является заявление участника уголовного судопроизводства, членов его семьи или близких родственников, направленное в орган дознания, следователю, прокурору, суду, в производстве которых находятся уголовное дело о преступлении, расследовании или судебном рассмотрении которого участвуют лица, указанные в ст.2 Закона.

Права лица обусловлены конституционными положениями и помочь реализовать эти права может только адвокат. Действуя в соответствии с Законом Украины "Об адвокатуре", адвокат оказывает правовую помощь в составлении и подаче заявления (ходатайства) от имени свидетеля, а также обжалованию решения о принятии, об отмене мер безопасности либо об отказе в принятии таких мер. А так как решения принимаются в форме соответствующего постановления или определения (ст. 22 Закона), то обжалует постановление или определение.

Таким образом, введение в уголовный процесс института участия адвоката на стороне свидетеля будет способствовать дальнейшей демократизации и гуманизации уголовно-процессуального законодательства, присущих правовому государству.

Список литературы: 1. Ведомости Верховного Совета Украины. -1993. -№ 11. -Ст.51. 2. Гриненко А.В., Кожевников Г.К., Шумилин С.Ф. Принцип презумпции невиновности и его реализация в досудебном уголовном процессе. – Харьков: Консум, 1997. – 97с. 3. Давлетов А.А. Подозрение и защита. Адвокат 1988. -№ 7 (85).-Июль. С. 12.13. 4.Кадышева Т., Ширинский С. Свидетель тоже нуждается в помощи адвоката. – Рос. юстиция. – 1997.- № 7. -С.42 № 43. 5. Короткий Н.И. Процессуальные гарантии неприкосновенности личности подозреваемого и обвиняемого в стадии предварительного расследования

Науч.-практ.пособие. -М: 1981. – 94с. 6. Лубшев Ю.Ф, Адвокат в уголовном деле. -М: Юристь, 1997.- 408 с. 7. Омеляненко Г. Правовое регулирование и законодательное обеспечение судебно-правово реформы в Украине //Право Украины. – 1998. -№1.- С.73-78. 8. Советский уголовный процесс: Учебник Под общ. ред. Бажанова М.И., Грошевого Ю.М.. – К.: -Вища шк. -1978.-470с. 9. Стремовский В. Предварительное расследование в советском уголовном процессе: Дис...канд.юрид.наук. -Харько 1954.-365с. 10.Строгович М.С. Право на защиту и презумпция невиновности М.: Наука, 1984.- 143с. 1 Янович Ю.П. Проблемы совершенствования процессуального статуса подозреваемого и обвиняемого Дис...канд.юрид.наук. – Харьков. 1992. – 222 с.

В.В.Вапнярчу

ПРАВОВІДНОСИНИ ОСОБИ, ЯКА ПРОВАДИТЬ ДІЗНАННЯ, З НАЧАЛЬНИКОМ ОРГАНУ ДІЗНАННЯ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

Коло процесуальних повноважень особи, яка провадить дізнання, досить широке. Закон наділяє певними правами, які вона може реалізувати під час розслідування кримінальних справ (ст. 26, 49, 50, 52, 66, 67, 79, 167, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 190, 193, 196 КПК України), а також покладає на неї певні обов'язки (ст.22, 53, 60, 62, 67, 85 КПК України). Разом з тим серед суб'єктів кримінального процесу, я мають владні повноваження, особа, яка провадить дізнання, має найменшу процесуальну самостійність. Вказівки і доручення суду, прокурора, слідчого для неї обов'язкові. Сама ж вона вправі давати окремі доручення тільки рівному суб'єкту, яким може бути лише інша особа, яка провадить дізнання, і тільки через начальника органу дізнання.

Щодо неї з боку органу дізнання можна розрізнати два види управління: процесуальне і непроцесуальне (або організаційне). Перший вид урегульовано процесуальним законом. Він реалізується начальником органу дізнання у процесуальних формах і через процесуальні правовідносини. Таке керівництво має місце під час провадження конкретної кримінальної справи і безпосередньо впливає і на процесуальну діяльність особи, яка провадить дізнання. Прикладом такого управління є затвердження найбільш важливих рішень, дача вказівок про провадження слідчих дій, про передачу справи від одного дізнавача іншому, перевірка кримінальних справ, участь у провадженні дізнання тощо.

Організаційне керівництво також спрямовано на забезпечення виконання особою, яка провадить дізнання, завдань кримінального судочинства. Але цей вплив, на відміну від процесуального управління, реалізується в адміністративно-правових та інших формах. Його здійснює як начальник органу дізнання, так і начальник підрозділу дізнання (наприклад, в органах внутрішніх справ такими є начальник відділу дізнання міськрайліноргану внутрішніх справ, начальник кримінального розшуку (КР) державної служби по боротьбі з економічними злочинами (ДСБЕЗ) та ін.). Прикладом такого управління є планування роботи, розподіл функціональних обов'язків між дізнавачами, контроль за їх виконанням, організація взаємодії дізнавачів з працівниками інших служб, громадськістю та ін.

Крім того, в деяких органах дізнання, зокрема міліції, організаційне керівництво має місце і з боку вищестоящих підрозділів дізнання. Так, згідно з наказом МВС України від 29.12.95р №880 (додаток №1 до наказу відділу дізнання УМВС України в області забезпечує правильну організацію роботи підрозділів дізнання міськрайлінорганів внутрішніх справ, а також здійснює контроль за процесуальною діяльністю дізнавачів і надає їм організаційно-методичну та практичну допомогу в розкритті і розслідуванні злочинів.

При організаційному керівництві вплив на процесуальну діяльність осіб, які провадять дізнання, в конкретній кримінальній справі здійснюється опосередкованим шляхом. Так, начальник Відділу внутрішніх справ, видаючи наказ з приводу допущених окремими дізнавачами порушень закону під час розслідування кримінальних справ, або, навпаки, у зв'язку з позитивним досвідом, впливає і на формування практики провадження дізнання.

Найбільший інтерес викликає дослідження процесуального виду управління, оскільки він і отримав достатнього розвитку і правового урегулювання. Для з'ясування суті процесуальних правовідносин начальника органу дізнання й особи, яка провадить дізнання, необхідно вирішити кілька суттєвих питань. Одним з самих дискусійних є питання про затвердження начальником органу дізнання

постанов особи, яка провадить дізнання, на стадіях порушення кримінальної справи і досудової розслідування.

На нашу думку, таке затвердження окремих рішень є необхідним. Це пояснюється тим, що особа, яка провадить дізнання, вступає у правовідносини з іншими учасниками процесу від імені органу дізнання, який делегував їй частину своїх процесуальних повноважень. А це неминує призводити до необхідності надання начальнику органу права процесуального контролю якщо не за всіма, то хоча б найбільш важливими процесуальними діями особи, яка провадить дізнання. Йдеться про процесуальні рішення, що суттєво впливають на подальшу діяльність органу дізнання у кримінальній справі.

Законодавчо ця проблема вирішена лише стосовно такої діяльності осіб, які провадять дізнання, і досудова підготовка матеріалів у протокольній формі, де начальник органу дізнання затверджує протокол (ч.4.ст.426 КПК України). Думається, що справа тут не в недовірі особі, яка провадить дізнання, а в тому, що таке провадження по своїй суті є спрощеним і прискореним і тому потребує додаткових гарантій дотримання прав і законних інтересів правопорушника. У зв'язку з цим начальнику органу дізнання було надано таке право.

Однак і дізнання у порівнянні з попереднім слідством також є провадженням прискореним і скороченим (З,с.108). З цього випливає, що і при провадженні дізнання необхідні додаткові гарантії для забезпечення прав та інтересів осіб, щодо яких провадиться розслідування. Тому виникає необхідність надання начальнику органу дізнання права процесуального контролю за діяльністю представників органу дізнання при провадженні розслідування у кримінальних справах. А з урахуванням специфіки правовідносин між начальником установи і співробітником у сфері їх основної професійної діяльності підстави ставити питання і про процесуальне керівництво начальником органу діяльністю особи, яка провадить дізнання (1,с.8-9; 6,с.22; 7,с.38).

Доцільність затвердження начальником органу дізнання найбільш важливих рішень осіб, які його провадять, обумовлена й тим, що орган дізнання є багатосуб'єктним і оцінки рішень, які приймають його представниками (зокрема, особою, яка провадить дізнання, і начальником органу дізнання) і повинні розходитися. Якщо ж такі випадки трапляються, то вирішальне слово, на нашу думку, повинні бути за суб'єктом, якому надані більш широкі процесуальні повноваження, тобто за начальником органу дізнання.

Для з'ясування, які ж саме процесуальні дії чи рішення потребують затвердження, потрібно визначитись, які з них взагалі може провадити особа, яка провадить дізнання, тобто які повноваження і якому порядку їй делегуються.

Так, на думку І.М.Гуткіна (а, її поділяють і інші процесуалісти), керівник установи, коли він органом дізнання, вправі делегувати лише такі повноваження, до здійснення яких закон допускає особу, яка провадить дізнання (провадження слідчих дій). Інші процесуальні повноваження, якими закон наділяє тільки орган дізнання в особі начальника установи, він делегувати іншій особі не може і повинен здійснювати їх сам (1,с.12).

З нашої ж точки зору, на підтримку заслуговує позиція тих авторів, які вважають, що делегуються деякі інші повноваження, які закон надає лише органу дізнання незалежно від того, чи визнається це установою чи керівником цієї установи. У першу чергу це повноваження про направлення справи (порушення, зупинення, відновлення, закриття, передача слідчому), про застосування заходів процесуального примусу (затримання, арешт, привід, обшук, накладення арешту на майно тощо) (5, с.162,с.82). Це має місце на практиці і знайшло своє закріплення у чинних відомчих нормативних актах і проекті нового КПК України.

Саме ці рішення особи, яка провадить дізнання, з найважливіших процесуальних питань розслідування суттєво впливають на подальшу процесуальну діяльність і мають бути затверджені начальником органу дізнання. Таке затвердження не потрібне лише в тих випадках, коли в КПК у зв'язку з прийняттям конкретного процесуального рішення говориться не про орган дізнання, а про особу, яка провадить дізнання (див., напр., ст. 26, 49, 50, 51, 52, 79 КПК України).

Ідея необхідності затвердження начальником органу дізнання документів, складених особою, яка провадить дізнання, має не тільки прибічників, але й опонентів. Так, І.М.Гуткін не погоджується з таким рішенням, наголошуючи, що повноваження органу дізнання – установи ця особа може реалізувати самостійно, а вимога про затвердження всіх процесуальних рішень начальником органу дізнання означає

по суті, обмеження прав, що надані законом особі, яка провадить дізнання (1,с.11). Цей висновок ученої ґрунтується на аналізі відповідних норм КПК, з яких випливає, що начальник органу дізнання не має ус повноважень органу дізнання і що вони можуть бути реалізовані без його відома (1, с.9-10). Але м підтримуємо ту точку зору, що коли закон говорить про орган дізнання – установу, його обов'язки і прав він має на увазі не колектив співробітників, які реалізують різноманітні повноваження цього органу, а сам керівника установи. Ця проблема, як вбачається, обумовлена упущенням законодавця. Воно стосується того, що діяльність начальника відповідної установи, який володіє статусом органу дізнання, до цього часу не знайшла належного відображення в законі. Це, до речі, визнає і І.М.Гуткін (1,с.8-9). Ваги пояснити логічними аргументами той факт, що при протокольній формі досудової підготовки матеріал начальник органу дізнання повинен приймати рішення, а в інших досудових провадженнях, д процесуальний контроль не менш важливий, його участь нормами кримінально-процесуального права і передбачена.

Щоб остаточно вирішити цю проблему, необхідно, на нашу думку, врегулювати в законі можливість участі начальника органу дізнання у досудових провадженнях, а також його повноваження щодо особи, я провадить дізнання.

Близьким до розглянутого є також питання про значення вказівок начальника органу дізнання п провадження певних процесуальних дій. Правовідносини, що виникають у результаті таких вказівок безсумнівно, є кримінально-процесуальними і потребують відповідної регламентації саме в рамках ці галузі права.

Ці вказівки про проведення слідчих і розшукових дій є обов'язковими для виконання, і особа, я провадить дізнання, у випадку незгоди з ними не може зупиняти їх виконання. Однак, як вбачається доцільно було б законодавчо закріпити положення про можливість подання прокурору письмови заперечень на вказівки начальника органу дізнання про кваліфікацію злочину, про направлення спраи слідчому або про закриття справи. А при поверненні до двох порядків (видів) провадження дізнання тобто надання органам дізнання права провадити розслідування у повному обсязі (що знайшло св відображення у проекті нового КПК України – ст.176), до таких, на наш погляд, слід також віднести вказівки про притягнення як обвинуваченого та про обсяг обвинувачення. Оскарження вказівок повини зупиняти їх виконання. Прокурор або скасуває вказівки начальника органу дізнання, або зобов'язує йо доручити провадження розслідування іншому дізнавачеві, але ні в якому разі не наполягати на виконанні. Таке рішення, вважаємо, сприяло б підвищенню процесуальної самостійності особи, я провадить дізнання, і дало б їй змогу оцінювати докази і керуватись законом, приймати відповідні рішення за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному й об'єктивному розгляді вс обставин справи у їх сукупності.

Список літератури: 1.Гуткін І.М. Вопросы совершенствования процессуального организационного руководства в сфере дознания // Совершенствование уголовно-процессуальнс деятельности органов внутренних дел: Тр. Акад. МВД СССР/ – М., 1984.- С.3-17. 2.Жогин Н.В., Фаткули Ф.Н. Возбуждение уголовного дела. – М.:Госюриздат, 1961. – 205с. 3.Зеленецький В.С.. Поняття дізнани // Вісн. Акад. прав. наук України. 1997. – №4. – с. 106-110. 4. Кримінально-процесуальний кодекс України (проект підгот. роб. гр. КМ України за станом на липень 1997 р.). – К., 1997. 5. Михеєнко М.М., Шибі В.П., Дубинський А.Я. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України. – К Юрінком Інтер, 1997.- 624с. 6. Павлухин Л.В. Расследование в форме дознания.-Томск: Изд-во Томск. у та. 1979.- 68с. 7. Чистякова В.С. Соотношение дознания и предварительного следствия в советскс уголовном процессе. – М.: Юрид.лит., 1987. – 135с.

А. В. Журав

РАЗВИТИЕ ИДЕИ «МИРОВОГО ГРАЖДАНСТВА» В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

В настоящее время в связи с широкими миграционными процессами, возрастанием рои международных отношений в развитии каждого государства, появлением целой группы международн

правовых документов в области основных прав и свобод человека по-новому ставится целый ряд вопросов, касающихся гражданства.

25 мая 1948 года в Париже американец Гарри Дэвис отказался от американского гражданства объявив себя «гражданином мира». 7 сентября 1948 г. в Пале де Шайот была открыта Генеральная Ассамблея ООН, где Г. Дэвису было выдано первое Мировое удостоверение личности. 4 сентября 1953 г. г. Элсуорсе штата Мэн (США) Г. Дэвис сделал официальное заявление об основании Всемирного правительства граждан мира, которое вызвало огромный интерес, особенно у лиц без гражданства беженцев. В 1954 г. Г. Дэвис учредил некоммерческую структуру – World Service Authority (WSA), которая не имеет каких-либо отношений с государствами и выступает в качестве исполнительного органа нового правительства. WSA выдает документы Всемирного правительства: паспорта и удостоверения граждан мира, удостоверения личности, метрические свидетельства и свидетельства о бракосочетании написанные на семи языках.

Доверие к Паспорту проистекает из факта принятия его другими органами. Наличие в нем выписок из каких-либо стран вызывает у государственных служащих большее доверие, так как документ признавался другими странами. Так, многие страны признали его *de facto* (если страна выдавала по нему консульскую визу или пограничное въездное разрешение). Из этих стран можно выделить Австралию, Австрию, Анголу, Афганистан, Багамы, Болгарию, Бразилию, Венгрию, Камерун, Канаду, Колумбию, Кубу, Латвию, Литву, Панаму, Польшу, Румынию, Турцию, Югославию и др. Признали Паспорт официальным, т.е. *de jure*, Буркина Фасо, Замбия, Мавритания, Того и Эквадор. Паспорт, выдаваемый WSA, может служить, как и служил во многих странах, в качестве вторичного документа удостоверения и передвижения (Travel Document), поскольку он политически нейтрален (2, с. 35-39).

Несомненно, сегодня, как отметил И.И.Лукашук, «единое человечество перестало быть абстрактной категорией. Оно стало реальной социально-политической макросистемой, опирающейся на... общечеловеческие интересы и ценности» (5, с. 13). Концепция «мирового гражданства» представляет разновидность космополитической теории «мирового государства», согласно которой государственное гражданство должно быть ликвидировано и заменено единым для всех людей «мировым гражданством». Правоведы советского периода опасались именно ликвидации суверенных полномочий государства в сфере гражданства (4, с. 67), тем более, что в их теоретических исследованиях сущность связей по гражданству сводилась в основном к таким признакам, как распространение на лицо суверенной власти государства (4, с. 69). Современный подход к содержанию отношений, связанных с гражданством, исходит из приоритета общечеловеческих ценностей и означает признание человека и государства равноправными субъектами отношений, наделенными взаимными правами и обязанностями. Такой подход соответствует положениям международно-правовых пактов о правах человека (6, с. 9, 12).

Г. Дэвис, объясняя мировое гражданство, констатирует, что сам факт рождения фактически делает человека «гражданином мира». Отмечая значение рассматриваемого явления, он указывает, что «мировое гражданство» может способствовать установлению социальной, экономической и политической справедливости во всем мире в соответствии с основными моральными кодексами и правами человека. WSA, выдавая документы Всемирного правительства, ссылается на Всеобщую декларацию прав человека заявляя, что «Всемирное правительство граждан мира представляет Вас и Ваши нужды на глобальном уровне». Статьи 13.2, 15.2, 21.3, 28 и 30 Всеобщей декларации прав человека являются основой всех документов WSA, в особенности Паспорта гражданина мира (2, с.35). «Мировое гражданство» не требует отказа от государственного гражданства и подчинения другому суверену, а выступает как средство защиты прав человека. В этом смысле концепция «мирового гражданства» звучит актуально и сочетается с традиционным значением государственного гражданства. Это значение проявляется в том, что объем прав, свобод и обязанностей, которыми обладает человек находится в прямой зависимости от наличия или отсутствия у него гражданства соответствующего государства (6, с. 5). Оно самостоятельно определяет правовой статус своего населения, поэтому гражданство является атрибутом государственного суверенитета. Нельзя упустить международно-правовое значение государственного гражданства, которое в первую очередь видится в том, что гражданство является основным проводником защиты прав и свобод человека. Государство обязано предоставить гражданину такую защиту как внутри так и за пределами своей территории.

Автор данной статьи не принимает «мировое гражданство» как за один из способов ликвидации безгражданства, хотя, решая проблемы гражданства, необходимо учитывать интеграционные процессы мире, поскольку в конечном счете все мы – граждане Земли. И сама идея «мирового гражданства» полезна для облегчения передвижения лиц и защиты прав человека. Когда в мире постепенно идет процесс признания Паспорта гражданина мира, Украина не может оставаться безразличной к исследуемому явлению.

Однако нельзя забывать, что полное осуществление прав и обязанностей каждого индивида возможно через гражданство конкретного государства, которое не возможно заменить гражданством мировым. Этот вывод вытекает из самой сущности гражданства. Как известно, гражданство – это правовое, а не фактическое состояние, где лицо является гражданином государства не в силу того, что оно проживает на его территории, а вследствие существования между лицом и государством особых правовых связей. Гражданство, как неотъемлемое право человека, – это формально закрепленная устойчивая постоянная правовая связь физического лица и государства, где они должны выступать равноправными субъектами отношений. Наличие постоянной правовой связи лица и соответствующего государства находит свое проявление в их взаимных правах и обязанностях. Эта черта отражена, например, в преамбуле Закона «О гражданстве Украины» (1, с. 6). Для «Мирового гражданства» достаточно само проживание на планете Земля. Но для получения статуса «гражданин мира» необходима регистрация в Всемирном правительстве граждан мира (ВПГМ). Это не требует нарушения каких-либо ранее принятых обязательств или каких-либо нелояльных поступков по отношению к собственному государству. Более того, ВПГМ стремится стать координатором той человеческой деятельности, которая уже имеет мировой характер, – миграция, средства связи, наука, торговля, экология и т.д. (2, с. 35). Для этого, по мнению автора, Всемирному правительству необходимо иметь статут международной неправительственной организации со всеми вытекающими отсюда последствиями и правами. В частности, оно сможет взять на себя обязательство представлять законные права и интересы физического лица или группы лиц. Поэтому характеризуя «мировое гражданство», следует говорить не о гражданстве в том смысле, в котором мы его понимаем, а о представительстве Всемирного правительства граждан мира.

Список литературы: 1. Голос Украины. – 1997. – № 85. 2. Зимелев А. Ваш второй паспорт. – М: Offshore Express Corporation, 1996. – 112 с. 3. Курс международного права / Ред.: А.А. Аваков, М.М. Богуславский и др.: В 7-ми т. – Т. III. – М: Наука, 1990. – 260 с. 4. Курс международного права/ Ред.: Ф.И. Кожевников, В.М. Корецкий и др.: В 6-ти т. – Т. III. – М: Наука, 1967. – 452 с. 5. Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. – М.: Спарк, 1997. – 322 с. 6. Тодыка Ю.Е. Ришняк Н.А. Гражданство Украины: Учеб. пособие. – Харьков: Нац.юрид.акад. Украины, 1996. – 218 с.

А.А. Маевский

МЕЖДУНАРОДНЫЙ УГОЛОВНЫЙ СУД : ОРГАНИЗАЦИЯ И СТРУКТУРА

После окончания второй мировой войны для суда и наказания главных военных и политических преступников были созданы Нюрнбергский и Токийский трибуналы. Эти суды, как и образованные в 90 гг. Югославский (1993) и Руандийский (1994) трибуналы, являлись судами ad hoc. (4, 5, 6)

Ввиду того, что в мире продолжают иметь место грубые нарушения международного права, права человека, государства пришли к выводу о необходимости создания постоянного судебного органа. Этот вопрос подробно прорабатывался Комиссией международного права ООН и раньше, но реальное воплощение идея получила на Римской конференции (15 июня – 17 июля 1998г.), в результате которой был вынесен на подписание текст Статута Международного уголовного суда (МУС). Среди прочих вопросов в нем определяется и структура создаваемого органа (ч.4 – состав и управление делами Суда).

Рассмотрим структуру МУС в сравнении со структурой Нюрнбергского и Югославского трибуналов. В отличие от этих трибуналов в составе МУС большее количество судей – 18 (в первом – судьи и 4 их заместителя, избранных каждой подписавшейся стороной – США, СССР, Англией

Францией ; во втором – 11 судей, избранных Генеральной Ассамблеей ООН из списка кандидатов предложенных государствами – членами ООН). Но во всех трибуналах в составе не может быть 2 граждан одного и того же государства.

Судьи МУС занимают свою должность в течение 9-ти лет и не имеют права на переизбрание (3; с 39) (судьи Югославского трибунала избираются на 4 года и могут быть переизбраны (6; ст. 13).

Во всех случаях в качестве судей избираются лица, обладающие высокими моральными качествами беспристрастностью и добросовестностью, которые удовлетворяют требованиям, предъявляемым в 1 странах для назначения на высшие судебные должности. Учитывается опыт судей в области уголовного права и процесса, международного права (3, ст. 39; 6, ст. 13). При отборе судей учитывается необходимость обеспечения в составе членов суда представительства основных правовых систем мира справедливого географического представительства и справедливого представительства судей мужского женского пола (чего не было в Нюрнбергском и Токийском трибуналах).

Отличительной чертой судов, образованных в 90-х годах, и Международного уголовного суда является наличие апелляционного производства (послевоенные же трибуналы принимали решения окончательные и обжалованию не подлежащие). Состав МУС: Президиум, Апелляционное, Судебное отделение и Отделение предварительного производства, Канцелярия Прокурора, Секретариат Югославском – две судебных и апелляционная камера, обвинитель и секретариат; в Нюрнбергском – главных обвинителя, образующих Комитет по расследованию дел и обвинению, секретариат).

Президиум МУС состоит из Председателя, первого и второго вице-председателей, которые избираются абсолютным большинством судей и выполняют свои функции в течение 3-х лет. Они могут быть переизбраны один раз. Президиум несет ответственность за надлежащее управление делами Суда (кроме Канцелярии Прокурора), координирует деятельность с Прокурором и заручается согласием последнего по всем вопросам, представляющим взаимный интерес. (В Нюрнбергском и Югославском трибуналах Председатель также избирается судьями, но в первом он выполняет свои обязанности в течение этого судебного процесса, устанавливает принцип очередности председательствования и последующих судебных процессах)

После избрания судей МУС организует в своем составе отделения. Апелляционное отделение (апелляционная камера в Югославском трибунале) состоит из Председателя и еще 4-х судей; Судебное Отделение предварительного производства – не менее чем из 6-ти судей каждое (в Югославском – два судебных камеры по трое судей) (6, ст. 14).

Судебные функции МУС осуществляются в каждом отделении палатами. Апелляционная палата состоит из всех судей Апелляционного отделения; функции Судебной палаты осуществляют трое судей Судебного отделения; функции Палаты предварительного производства – одним или тремя судьями этого отделения. Ничто не исключает возможности одновременного учреждения более чем одной Судебной или Палаты предварительного производства, если этого требуют интересы эффективного регулирования объема работы Суда.

Судьи независимы при выполнении своих функций. Они не должны посвящать себя никакому иному занятию профессионального характера (3, ст. 41). Судья не участвует в рассмотрении дела, в связи с которым его беспристрастность могла бы быть разумно поставлена под сомнение на каком-либо основании. Судья отводится от рассмотрения, если он ранее был причастен к данному делу в Суде в каком бы то ни было качестве или по другим основаниям, предусмотренным в Правилах процедуры доказывания.

Канцелярия Прокурора (prosecutor) действует независимо как отдельный орган МУС. Она отвечает за получение любой обоснованной информации о преступлениях, подпадающих под юрисдикцию Суда, ее изучение и осуществление расследования и обвинения в Суде. Канцелярия возглавляется Прокурором, который обладает всеми полномочиями по ее руководству и управлению. Ему помогают один или несколько заместителей, причем все они должны быть гражданами разных государств. Прокурор и его заместители работают на основе полной занятости (выполняют свои функции на постоянной основе в месте пребывания МУС, не занимаются никакими другими видами профессиональной деятельности). Это лица, обладающие высокими моральными качествами, высокой квалификацией и имеющие обширный практический опыт в области ведения разбирательства по уголовным делам (3, ст. 43).

Прокурор избирается путем тайного голосования абсолютным большинством голосов членом Ассамблеи государств-участников, его заместители – в таком же порядке из кандидатур, представленной Прокурором (три на каждую должность заместителя Прокурора). (В Югославском трибунале Обвинитель действует как независимый орган, возглавляет Канцелярию. Назначается на 4 года и может быть назначен повторно. Сотрудники Канцелярии назначаются Генеральным Секретарем ООН по рекомендации Обвинителя (6, ст. 16))

Основанием отвода Прокурора или его заместителя может быть их прежнее участие в любом качестве в рассмотрении в Суде данного дела или в рассмотрении связанного с ним уголовного дела на национальном уровне. Прокурор может назначать консультантов с опытом юридической деятельности и по специальным вопросам.

Секретариат во всех судах отвечает за несудебные аспекты управления делами и обслуживанием судов. Секретарь, возглавляющий Секретариат МУС, является главным административным лицом Суда и осуществляет свои функции под руководством Председателя Суда. Секретарь и его заместитель также должны обладать высокими моральными качествами, в совершенстве владеть хотя бы одним из рабочих языков Суда (английским или французским). (Секретариат Нюрнбергского трибунала состоит из 4 секретарей, избираемых каждым членом трибунала, и возглавляется Генеральным секретарем, назначаемым Трибуналом). Секретарь МУС избирается судьями на 5 лет абсолютным большинством голосов путем тайного голосования, с учетом рекомендаций Ассамблеи государств-участников. По рекомендации Секретаря (если возникает такая необходимость) таким же образом судьи избирают его заместителя. Секретарь переизбирается один раз и работает на основе полной занятости. Он учреждает структуру Секретариата Группу по оказанию помощи потерпевшим и свидетелям. Эта Группа консультируясь с Канцелярией Прокурора обеспечивает меры защиты и процедуры безопасности консультационную и иную соответствующую помощь свидетелям, потерпевшим, являющимся в Суд, также иным лицам, которым грозит опасность в результате показаний, данных свидетелями.

Суд при исключительных обстоятельствах может использовать услуги специалистов откомандированных на безвозмездной основе государствами-участниками, межправительственными и неправительственными организациями для оказания помощи в работе любого из органов (3, ст. 45).

Судья МУС, Прокурор или его заместитель, Секретарь или его заместитель отрешаются от занимаемой должности, если установлено, что это лицо совершило серьезный проступок или серьезное нарушение своих обязанностей или оно неспособно выполнять возложенные на него функции. Решение об отрешении от должности принимается тайным голосованием государств-участников (Секретаря или его заместителя – абсолютным большинством голосов судей) (3, ст. 47). К лицам, совершившим проступок менее серьезного характера, применяются дисциплинарные меры.

Помимо Уставов деятельность судов регламентируется Правилами процедуры и доказывания (3, ст. 52; 6, ст. 15). Правила процедуры и доказывания МУС вступают в силу после принятия большинством (2/3 голосов) членов Ассамблеи государств-участников. В случае безотлагательной необходимости, когда правила не предусматривают какой-либо конкретной ситуации, судьи могут принять временные правила. Правила, поправки к ним и временные правила должны соответствовать Статуту. Поправки к Правилам временные правила не применяются ретроактивно в ущерб лицу, находящемуся под следствием или в отношении которого ведется судебное разбирательство либо которое признано виновным.

В случае коллизии между Статутом и Правилами процедуры и доказывания Статут имеет преимущественную силу. Согласно Статуту и Правилам судьи МУС принимают абсолютным большинством голосов Регламент Суда, необходимый для обеспечения его повседневного функционирования.

Такова структура и порядок управления делами создаваемого Международного уголовного суда.

Список литературы: 1. Васильев А.Н. Уроки истории (японские агрессоры перед Токийским трибуналом) // Вестн. МГУ.-1985.- № 5.-С.3-15. 2. Полторац А.И. Нюрнбергский эпилог.-М.:Юрид.лит., 1983.-249 с. 3.Статут Международного уголовного суда (1998).-<http://www.igc.apc.org/icc/rome>. 4.Устав Международного военного трибунала// Нюрнбергский процесс: Сб. материал. в 8 томах.-М.: Юрид.лит., 1986.-Т.1.-С.147-159. 5. Устав Международного трибунала по Руанде (1994)//Моск.жур. междунар. права.-1996.- № 1.-С.227-238. 6. Устав Международного трибунала по ситуации в бывшей Югославии (1993)//Моск. жур. междунар. права.-1996.-№1.-С.215-227.

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА

Одним із джерел права Європейського співтовариства (далі – ЄС) є прецедентне право, створене Судом Європейських співтовариств (далі – Суд). Ця точка зору є загально визнаною в доктрині¹ (6, р. 2, 9, р. 52). В ієрархії джерел права ЄС прецеденти зазвичай згадуються після Договору про утворення ЄС законодавства його органів та міжнародних договорів, укладених ним (6, р. 23). У той же час ні договори про утворення співтовариств, ні у вторинному законодавстві чи рішеннях Суду не встановлені формальні правила обов'язкового прецеденту², як це зроблено у країнах загального права. Виникла досить цікава ситуація: більшість дослідників визнають, що прецедентне право Суду є джерелом права ЄС, але заперечують обов'язковість правила прецеденту щодо рішень Суду (6, р. 20).

Як зазначає Д. Лейсок, питання не в тому, чи є рішення Суду прецедентами, а чи вони прецедентами у світлі доктрини *stare decisis*³ (3, р. 147). У різних правових системах обов'язковість судових прецедентів не має однакової юридичної сили. У системі загального права правило прецеденту має формальне закріплення і його недотримання вважається підставою скасування рішення. Для континентальної системи права характерним є існування прецеденту лише у межах правових норм встановлених законодавчою владою (тобто у формі "тлумачення" певної правової норми), а також підтримання обов'язкової сили прецеденту авторитетом суду та існуючою доктриною розуміння права (1 с. 98; 3, р. 84, 146).

Організаційний та правовий статус Суду побудовані на засадах континентальної моделі, основаній на французькій (3, р. 84–86, 140; 11, с. 410). У всіх формах процесу, що мають місце у Суді, – справах, що виникають на підставі: позову (ст. 169–171, 173, 175, 179, 180, 215 Договору⁴), запиту в національного суду держави – члена ЄС щодо винесення Судом попередньої постанови преюдиціального характеру щодо тлумачення права ЄС (ст. 177), апеляції з питань права на рішення Суду першої інстанції (ст. 168а), запиту щодо винесення Судом висновку про відповідність Договору міжнародної угоди, яку має намір укласти ЄС (ст. 228), позову, що ґрунтується на арбітражному застереженні в угодах, укладених ЄС або від його імені (ст. 181), – рішення Суду є обов'язковими лише для сторін спору чи суб'єкта, який зробив запит. Тому, вбачається, рішення Суду повинні мати таке ж значення у праві ЄС, що й рішення судів у континентальній системі права.

Викликають інтерес попередні постанови Суду, винесені згідно зі ст. 177. Слідування судами своїми власними рішеннями характерно для всіх правових систем незалежно від існування правила прецеденту. Але дуже важко аналізувати правило прецеденту лише на рівні Суду, який не зв'язаний своїми власними рішеннями, що неодноразово мало місце (але, за загальним правилом, Суд не спростовує висновки попередніх рішень, а просто не згадує про них (12, с. 88)). Тому аналіз того, наскільки рішення, винесені Судом у попередніх справах, є обов'язковими для національних судів держав – членів ЄС (тобто, аспекти ієрархічності відносин судів), можливо, є вирішальним чинником при встановленні наявності прецедентного права.

Аналіз ст. 177 показує, що національний суд не зобов'язаний звертатися до Суду за тлумачення права ЄС: це його виключне право, яке не залежить ні від Суду ЄС, ні від сторін у справі. Але Суд у своїх рішеннях постійно наголошував, що таке звернення, як правило, є обов'язковим. Винятків небагато зокрема, національні суди не повинні робити запит якщо: а) існує рішення Суду з аналогічного питання у справі 283/81 *CILFIT v Ministero della Sanita* (2, 1982, р. 3415) Суд постановив, що авторитет тлумачення вже наданого Судом, може позбавити мети і сутності зобов'язання звертатися згідно зі ст. 177 Договору причому це питання не обов'язково повинно бути ідентичним уже вирішеному Судом (6, р. 330); б) Суд уже постановив рішення щодо визнання нечинним певного нормативного акта органу ЄС, чинність якого ставиться під сумнів у запиті (справа 66/80 *International Chemical Corporation v Amministrazione del fianze dello Stato* (2, 1981, р. 1191)). Але це не означає, що такі звернення автоматично не²⁰⁶ будуть розглянуті. За наявності таких обставин Суд може: а) послати національному суду листа із вказівкою і попередні рішення з проханням підтвердити подання запиту; б) повторити (іноді дослівно) своє попереднє

рішення (9, p. 153]; в) використати право, надане у ст. 104 Правил процедури Суду Європейські співтовариств від 19.06.1991 р. (4, p. 7–32), – винести рішення у формі обґрунтованого наказу, зробивши ньому посилання на своє попереднє рішення.

Але в цілому Суд не намагається перешкоджати національним судам звертатися з питань, які він у розгляді у попередніх справах (справи 28–30/62 *Da Costa en Schaake NV and others v Administratie d Belastingen* (2, 1963, p. 61)). Це обґрунтовується тим, що: а) право постійно розвивається, тому можливі зміни у правових підходах⁵; б) розуміння і тлумачення права ЄС все ще є досить складним завданням для суддів держав – членів ЄС; в) ст. 177 повинна виконувати у повному обсязі завдання дотримання одностайності в тлумаченні права ЄС у всіх його державах-членах. Більш того, дозволяється повторити звернення до Суду в одній і тій же справі, але не з тих питань, на які вже отримано відповідь (справа 69/*Wünsche v Germany* (2, 1986, p. 947)).

Цікаво також поглянути на це питання з іншого боку: наскільки є обов'язковими для національних судів рішення Суду згідно з законодавством держав – членів ЄС. У поглядах на це питання не існує єдності: все залежить від конкретної держави-члена. Якщо у Великобританії на підставі ст. 3 Акта про Європейські співтовариства 1972 р. (6, p. 336; 12, c. 313) встановлено, що рішення Суду ЄС складають невід'ємну частину прецедентного права, яке зобов'язані застосовувати англійські суди, то в інших країнах такого правила на законодавчому рівні не встановлено. Хоча вже можна говорити про тенденцію визнання рішень Суду як обов'язкових прецедентів (3, p. 306). Так, Конституційний суд ФРН постановив, якщо у своєму рішенні німецький суд, на який поширюється дія ч. 3 ст. 177, свідомо ухиляється від прецедентного права ЄС без подання попереднього запиту, таке рішення вважається свавільним і його можна визнавати навіть як порушення Конституції ФРН. Таку ж кваліфікацію отримали рішення німецьких судів, що розглядають питання, які ще остаточно і вичерпно не вирішені Судом, або ж існує можливість подальшого розвитку прецедентного права Судом (6, p. 335–336). Таким чином, може статися так, що в одній державі – члені ЄС "більше прецедентного права ЄС", аніж в іншій.

Уже мав місце випадок, коли Суд першої інстанції (СПІ) ЄС ухвалив рішення, яке порушувало практику, встановлену Судом ЄС. Але останній при розгляді апеляції відхилився від власного попереднього рішення і підтвердив позицію СПІ (8, p. 183, 184). Проте деякі дослідники вважають, що "і СПІ покладено загальний обов'язок... застосовувати прецедентне право Суду ЄС", а його недотримання підставою для подання апеляції в Суд (3, p. 279).

На наявність *stare decisis* може вказувати також використання Судом у своїх рішеннях посилань на свої попередні справи, причому часто вказується на існування "сталого прецедентного права" (*settled case law, jurisprudence constante*). Вважаємо, що такі посилання є лише засобом юридичної техніки: вони дозволяють економити час при обґрунтуванні рішення і не допускають збільшення обсягу останнього. І підтверджує те, що резолютивна частина рішення ніколи не ґрунтується лише на посиланнях Суду на свої попередні рішення. Також, на наш погляд, не є доказом існування *stare decisis* вирішення справи шляхом майже дослівного повторення попереднього рішення або його аргументації (так, постанова у справі C-350/89 *Sheptonhurst v Newham Borough Council* (2, 1991, p. I-2387) повторює постанову у справі C-23/*Quietlynn and Richards v Southend Borough Council* (2, 1990, p. 3059)).

На нашу думку, не можна погодитися з Дж. Стейнер (6, p. 24, 336), що підтвердження нормативного характеру рішень Суду є положення ст. 5 Договору, яким встановлено, що "держави-члени повинні вживати всі необхідні заходи... для забезпечення виконання зобов'язань, які виникають з цього Договору чи є результатом дії, вжитої органами Співтовариства". Саме по собі таке положення може свідчити не більше, аніж обов'язковість рішення Суду в конкретній справі.

Не можна обминути питання, чи належать до прецедентного права Суду загальні принципи права ЄС. Якщо факт їх запровадження і розвитку Судом визнається одностайно⁶, то щодо їх правових характеристик та місця в системі права ЄС така єдність відсутня. Одні вважають, що загальні принципи права є самостійним джерелом права ЄС (12, c. 101; 9, p. 52), а дехто навіть відносить їх до первинного права ЄС⁷ (13, c. 33, 35; 11, c. 282). Поширеною є також думка, що загальні принципи права ЄС частину прецедентного права Суду ("судового законодавства") (6, p. 23).

Це питання неодноразово порушувалося при тлумаченні п.3(с) ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН. Характерно, що одностайно воно ще не вирішено до цього часу (огляд існуючих поглядів див. 5, ,

37), причому намагання невизнання їх самостійними джерелами права характерно не лише для радянськ доктрини (5, р. 39).

Відповіді на це питання на рівні позитивних приписів права ЄС неможливо, оскільки таких процесів не існує. Здається, корені цієї проблеми знаходяться в іншій площині – в розумінні права як соціальної явища. Очевидно, що визнання загальних принципів права джерелом права – це результат природної правової доктрини, а невизнання – позитивізму. Проте неможливо сказати, який з цих напрямків розуміння права переважає у ЄС: кожен з них є творінням західноєвропейської правової думки, а серце членів ЄС є країни як загального, так і континентального права.

Вважаємо, що більш доцільним є інший підхід до розв'язання цієї проблеми – через аналіз практичного застосування права ЄС. У такому випадку важливо встановити, якими засобами загальні принципи права було надано нормативного значення, а також яка їх юридична сила стосовно інших джерел права. Щодо першого питання, то не виникає сумнівів, що саме Суд визначив нормативний зміст принципів і почав їх застосовувати, а тому вони є прецедентним правом. Подальше їх закріплення в писаному праві – це всього лише повторення концепцій, розроблених судом (наприклад, закріплення принципу захисту прав людини у ст. F Договору про Європейський Союз). Що стосується визнання загальних принципів "іманентним" джерелом права, важко роз'яснити, чому Суд уперше постановив, що Співтоваристві діє принцип захисту прав людини лише з 1969 р. (справа 29/69 *Stauder v Stadt Ulm* (2, 1969 р. 419)), змінивши свою попередню точку зору на протилежну. Проте не можна порівнювати загальні принципи до всіх інших норм прецедентного права Суду. На відміну від останніх, які не виходять за рамки тлумачення писаного права ЄС, загальні принципи мають на меті заповнення прогалин установчих договорів і становлять значний потенціал для подальшого розвитку права ЄС. Але найголовнішим, що вбачається, є характер джерел їх походження (правові традиції та принципи внутрішнього права держав членів ЄС; міжнародні угоди, в яких закріплено загальнолюдські цінності; основоположні засади існування права, такі як принципи *natural justice*). Оскільки у правопорядку ЄС істотну роль відіграє міжнародно-правовий елемент, то виведення Судом загальних принципів із джерел, характерних для будь-якої держави – члена ЄС (принаймні, для переважаючої більшості з них), дозволяє прирівнювати їх до положень установчих договорів (первинного права ЄС) і визнавати самостійним джерелом права ЄС. Саме походження загальних принципів дозволяє відрізнити їх від основних принципів (доктрин) права ЄС, таких, наприклад, як верховенство та пряма дія права ЄС.

Таким чином, поки що немає достатніх підстав вважати прецеденти Суду джерелом права ЄС. В той же час, не можна сказати, що вони не є регулятором суспільних відносин. "Обов'язковість" прецеденту забезпечується такими чинниками, як: а) авторитет Суду (завдяки високій якості правових висновків, послідовності в застосуванні права, відсутності можливості оскарження його рішень); б) правової доктрини (правотворчий процес не є сферою діяльності лише законодавця); в) виключний інституційний статус Суду (як зазначає Д.Боветт, жоден міжнародний суд ніколи не мав такої широкої та різноманітної юрисдикції (1, р. 313); він є судом першої й останньої інстанції, має право скасування нормативних актів органів ЄС, повинен тлумачити договори, більшість його положень має загальний характер (3, р. 141), має більше засобів використання традиційних методів створення прецедентного права – розширеного тлумачення норм або винесення рішень на підставі справедливості (3, р. 84)). У той же час загальні принципи права ЄС завдяки вказаним вище ознакам є самостійним джерелом права.

Таке місце, на нашу думку, посідає судовий прецедент у системі джерел права ЄС.

Список літератури: 1. Bowett D.W. The Law of International Organizations. – 4th edn. – London: Stevens & Sons, 1982. – xvi + 431 pp. 2. European Community Reports. 3. Lasok D. Law and Institutions of the European Union. – 6th edn. – London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1994. – 786 p. 4. Official Journal of the European Communities. – 04/07/1991. – № L 176. 5. Starke J.G. An Introduction to International Law. – 8th edn. – London: Butterworths, 1977. – xxxii + 759 p. 6. Steiner J. Textbook on EC Law. – 4th reprinted edn. – London: Blackstone Press Limited, 1995. – lxvi + 418 p. 7. Walker R.J., Ward R. Walker & Walker's English Legal System. – 7th edn. – London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1994. – lii + 663 pp. 8. Weatherill S., Beaumont J. EC Law: The Essential Guide to the Legal Workings of the European Community. – 2nd edn. – London: Penguin Books, 1995. – cxxviii + 944 p. 9. Wyatt D., Dashwood A. European Community Law. – 3rd edn. – London:

Sweet & Maxwell, 1993. – 690 p. **10.** Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности/Пер. с фр. – М.: Междунар. отношения, 1996. – 400 с. **11.** Топорнин Б.Н. Европейское право: Учебник. – М.: Юристъ, 1998. – 456 с. **12.** Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества Пер. с англ. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. – 703 с. **13.** Энтин М.Л. Суд европейских сообществ Правовые формы обеспечения западноевропейской интеграции. – М.: Междунар. отношения, 1987. – 17 с.

Е.М.Гордиенко

МЕЖДУНАРОДНАЯ ЗАЩИТА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И КОНЦЕПЦИЯ СУВЕРЕНИТЕТА

Постепенное осознание человеком собственной ценности, укрепление чувства собственного достоинства явилось одним из факторов, повлиявших на эволюцию международного права.

Современное международное право содержит достаточно широкий блок норм, закрепляющих гарантирующих права человека. Существует активно действующая система их защиты, как и на универсальном, так и на региональном уровне. Закрепление прав человека далось человечеству непросто. Для утверждения таковых в национальном праве потребовались тысячелетия. Двадцать век человечество шло к установлению международной защиты прав человека.

Классическое международное право исходило из концепции неограниченности государственного суверенитета. После Вестфальского мира (1648 г.) государства, входившие в состав Германской империи получили независимость. В них устанавливается сильная королевская власть. Права, вытекающие из абсолютного государственного суверенитета, принадлежали монарху. Ф. Мартенс пишет следующее ситуации ХУП-ХУШ ст.: "Король сделался преемником всех прерогатив, которыми прежде неограниченно пользовались феодальные сеньоры в отношении, как своей земли, так и населения, на нем находившегося". Воля короля "сделалась единственным законом для подданных" (6, с. 93).

Первоначально права человека получили закрепление в национальном праве. Американская декларация независимости (1776 г.) и Французская декларация прав человека и гражданина (1789 г.) представляют собой акты, ставшие первым значительным шагом на этом пути. К XX в. положения в правах человека были закреплены в конституциях многих государств. Первой же попыткой поставить международное право на защиту прав человека была принятая в 1815 г. на Венском конгрессе Декларация о запрете торга неграми-невольниками.

Классическое международное право не регулировало вопросы защиты прав человека, с исключением запрещения рабства и работорговли. Кроме того, во времена классического международного права отношения между государством и его подданными считались исключительно компетенцией первого. Вмешательство в таковые являлось нарушением суверенитета государства. История, однако знает случаи вмешательства в защиту отдельных групп населения. Примером так называемых "гуманитарной интервенции" являлись действия Великобритании, Франции и России, которые в 1827 г. вмешались в борьбу Греции и Турции в защиту христианского населения Греции. Вмешательство невозможно, пишет Л.Камаровский, "до тех пор, пока известное государство не уважает закон человеколюбия относительно отдельных лиц или сословий. Но когда преследованию подвергается целая нация ..., тогда право вмешательства может возникнуть не только для соплеменного или единоверного государства, но и для остальных стран"(4, с. 103). Однако такие случаи вмешательства были скорее исключением из общего правила.

После первой мировой войны в 1919 г. создается Лига Наций. Значение ее для развития международной защиты прав человека состояло в том, что в ее рамках были предприняты усилия по защите национальных, этнических, религиозных меньшинств. Совет Лиги в случае нарушения прав меньшинств (на что имели право указать государства-члены Совета Лиги) мог осуществлять такие действия, которые считал уместными при данных обстоятельствах. В рамках Лиги Наций в 1924 г. была также принята Декларация прав ребенка.

Важным для развития международного права и понимания уровня защиты прав человека того времени является следующее: Статут Лиги Наций— первый крупный международный догово

зафиксировавший запрещение вмешательства во внутренние дела государств. Совет Лиги не рассматривать спор между членами Лиги с их согласия (ст. 15 п.1 Статута), но ст. 15 п.8 гласила: "Если одна из сторон утверждает и если Совет Лиги Наций признает, что спор касается вопроса представляемого международным правом исключительно ведению юрисдикции этой стороны, то Совет констатирует это в докладе, не предлагая никакого решения"²¹²(9). Таким образом был подтвержден принцип классического международного права, требующего невмешательства во внутренние дела государства права, которое вытекает из суверенитета государства.

Что же относили к внутренней компетенции государства? Следующий пример дает представление об этом. Спор возник в связи с выполнением Версальского мирного договора Данцигом. Польское правительство обвиняло вольный город в нарушении прав поляков, проживающих в нем, и утверждал что на основании этого имеет право передать данный вопрос на принудительное разбирательство Лиги Наций. Ответ Постоянной палаты международного правосудия был следующим: "В данном случае отношения правительства и населения этого вольного города не выходят за рамки внутренней компетенции" (10, с.4). Подобное мнение утвердилось и в литературе, что соответствовало идее правового позитивизма господствовавшего в XIX— начала XX столетий¹.

Динамические изменения в международном праве произошли после второй мировой войны принятием Устава ООН, заложившего основы современного международного права. Устав ООН в ст.1 (3) а также в ст.55,56 устанавливает обязанность государств-членов придерживаться и защищать права человека и основные свободы. Уроки этой войны явились одним из факторов, повлекших самоограничение суверенитета государств во имя национальных и общечеловеческих интересов. Таким образом, современное международное право признает за вопросами, связанными с правами человека международный характер, так как соблюдение этих прав составляет одну из основ международного порядка.

Устав в ст. 2(11) закрепил основные принципы ООН: суверенное равенство государств; добросовестное выполнение обязательств; мирное разрешение международных споров; отказ от применения силы и угрозы силой; невмешательство во внутренние дела государств. Однако, в разд. У Устава предусмотрено: не применять принудительных мер в случае угрозы миру или нарушения его. Принцип уважения прав человека не был выделен в ст.2 Устава, а закреплен в качестве цели ООН (ст.1 § "Осуществлять международное сотрудничество ... в поощрении и развитии уважения к правам человека основных свобод для всех..." (11). Однако, в современном международном праве уважение прав человека признано в качестве принципа. Для понимания содержания каждого принципа международного права нужно рассматривать их с точки зрения связи друг с другом, взаимодополнения. С этой позиции принцип уважения прав человека не противоречит ни одному другому принципу международного права.

Следующей ступенью в развитии прав человека стало принятие в 1948 г. Всеобщей декларации прав человека (7). Это первый международно-правовой документ, содержащий каталог прав человека. На основании и в развитие положений Декларации принимаются Пакт о гражданских и политических правах(7) и Пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.) (7), ряд конвенций которые конкретизируют и закрепляют права отдельных групп населения, развивают региональные механизмы защиты этих прав.

Мы становимся свидетелями того, как многие вопросы, относившиеся ранее к внутренней компетенции государств и к которым прежде международное право было индифферентно, входят в предмет международно-правового регулирования, становятся значительными для него. Эта тенденция проявилась в защите прав человека международным правом. Бутрос Гали (в то время Генеральный секретарь ООН на Всемирной конференции по правам человека в 1993 г. сказал:" Вопрос о международном действии в делах защиты прав человека) будет возникать каждый раз, когда государства будут действовать вопреки фундаментальным принципам Устава ООН, нарушая права человека вместо того, чтобы их защищать...Когда суверенитет становится последним аргументом авторитарных режимов для оправдания тайных нарушений прав человека, то такой суверенитет уже осужден историей" (1, с. 17). Подобный вывод отвечает реалиям современности: члены международного сообщества настолько связаны взаимозависимы, что не могут допускать нарушений прав человека, признанных наивысшей ценностью.

Для современного международного права более широким стало понимание связи между правами человека и международным миром и безопасностью, что позволяет применять меры принудительного характера (предусмотрено разд. VII Устава ООН) в случаях грубых и массовых нарушений этих прав. В отчете о работе ООН за 1998 г. нынешний Генеральный секретарь ООН Кофи Аннан заявил: "Широкомасштабные нарушения прав человека есть не только результат гражданских и этнических конфликтов — они являются их главной причиной" (5, с. 102).

Хотя в настоящее время права человека общепризнаны в международном праве, что многими правоведами считается большим достижением, некоторые по-иному оценивают результаты такого признания. Ю.Д.Ильин пишет: "Мы действительно по ошибке или злонамеренно внедрили западную концепцию прав человека, которая основывается именно на широком пользовании индивидуальными свободами и на минимальном контроле за деятельностью гражданина со стороны государства" (3, с. 7). Результаты этого ученый считает "резкое падение не только культуры, но и всего того, что делает жизнь человека благополучной, — развал национальной экономики". И далее: "Ничто и никто не может заставить государство делать то, что ему во вред", имея в виду "западную концепцию прав человека" (3 с. 7, 8). Вызывает сомнение, что причиной названных бед стало признание прав человека. В труде Ф.Мартенса есть замечательная мысль: "Степень признания, которую находит человек сам по себе, всегда определяет меру развития международных отношений и права в известное время. Если уважение это велико, то международная жизнь представляет собой высокую степень развития порядка и права" (6, с. 24).

Нельзя отвергать очевидные события, свидетелями которых мы являемся: процветание тех государств, где демократическая форма правления подкрепляется уважением к правам человека, обнищание стран с авторитарным режимом. Нарушение прав человека — серьезное препятствие на пути социально-экономического развития. А "прелесть" жесткого контроля со стороны государства знакома не из собственной истории. Ведь отсутствие максимального контроля человека со стороны государства вовсе не означает произвола первого и анархии в обществе и государстве. Статья 29 Всеобщей декларации прав человека закрепляет: "Каждый человек имеет обязанности перед обществом, в котором только и возможно свободное и полное развитие его личности" (7). Что касается суверенитета государства, то международное право не отрицает его существование, а признает необходимость такового как условия создания эффективного правопорядка в мире.

Следует говорить не об отрицании, а об эволюции доктрины и практики суверенитета, так как система международных отношений, отмеченная гипертрофированным пониманием неограниченности суверенитета, исчерпала резервы своего развития (2, с. 107, 108). Ограничение государствами своего суверенитета является необходимым следствием строительства иного миропорядка, частью которого является уважение и защита прав человека. Быть может, само ограничение государствами суверенитета следует рассматривать в таком ключе: создают ли государства договоры с целью регулирования определенной области отношений; наделяют ли государства какой-либо международный орган полномочиями решать определенные проблемы. Все это — проявление их суверенной воли.

Думается, что подобная эволюция суверенитета в пользу защиты прав человека явилась прогрессом в развитии международного права, которое стремится стать правом мира, безопасности, стабильности и благополучия.

Список литературы: 1. Денисов В., Євінгов В. Міжнародна система захисту прав людини — новий етап розвитку // Права людини в Україні / Наук. ред. В.Євінгов. — К.: Право, 1996. — С. 16—20. 2. Євінгов В.И. Международное сообщество и правопорядок. — К.: Наук. думка, 1990. — 128 с. 3. Ильин Ю.Д. Лекции по международному публичному праву. — Харьков: НПКФ Консум, 1996. — 236 с. 4. Камаровский Л. Начало невмешательства. — М.: Университет.тип. Катков и К 1874—300 с. 5. Кофі Аннан. Партнерські стосунки у міжнародному співробітництві // Укр. часопис прав людини. — 1998. — № 1. — К.: Право, 1999. — С. 97—103. 6. Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. — Т. 1. — СПб.: Тип. А. Бенке, 1898. — 434 с. 7. Международная защита прав человека: Документ и комментарии / Сост. М.В. Буроменский. — Харьков: ООО Синтекс ЛТД, 1998. — 298 с. 8. Оппенгейм Л. Международное право. — Т. 1. — П/т. 1. — М.: Изд-во иностр. лит., 1948. — 407 с. 9. Статут Лиги Наций // Итоги империал. войны: Сер. мирных договоров — Версаль / Под ред. Ю.В.Ключникова, А.Сабанина. — М.: Либерия, 1925. — С. 7-15. 10. Treatment of Polish nationals in Danzig: Advisory Opinion of 4 February 1958.

Збірник наукових праць
ПРОБЛЕМИ ЗАКОННОСТІ
Випуск 39

Відповідальний за випуск проф. *М.І. Панов*
Редактор *Г.М. Соловійова*
Коректор *Н.Г. Залюбовська*

Сборник научных статей молодых ученых посвящен важным проблемам теории и истории государства и права, актуальным вопросам конституционного, административного и международного права. Значительное внимание уделяется юридическим аспектам социально-экономических реформ в Украине, повышению эффективности уголовного законодательства в борьбе с преступностью, усовершенствованию уголовного гражданского процессов.

Для научных и практических работников, преподавателей, аспирантов, студентов.
Статьи в сборнике печатаются на языке авторов.

План 1999, поз.56

Підп. до друку 29.06.1999. Формат 84x108^{1/32}. Папір друк. № 2.
Друк офсетний. Умовн. друк. арк. 12,8. Облік.-вид. арк. 13,75. Вид. № 25.
Тираж 300 прим. Зам. № 651. Ціна договірна.

Редакційно-видавничий відділ
Національної юридичної академії України
310024, Харків, вул. Пушкінська, 77

Друкарня
Національної юридичної академії України
310024, Харків, вул. Пушкінська, 77

¹ Термин "раскаяние" в науке XIX в. иногда применялся как синоним термина "добровольный отказ" (1, с. 71-78).

¹ З прийняттям названого Закону у кримінальному процесі України стала неможливою участь як захисника представника професійної спілки чи іншого громадського об'єднання.

¹ У загальному міжнародному публічному праві судовий прецедент визнається як допоміжне джерело права. Рішення міжнародних судових установ є обов'язковими лише для сторін, які беруть участь у справі, і лише у цій справі. В усіх інших випадках роль таких рішень обмежується підтвердженням (доказом) існування міжнародно-правових норм або сприянням створенню нових. Право ЄС за походженням та багатьма своїми рисами є міжнародним правом, але має багато ознак, характерних для внутрішнього права держави, особливо федеративної (12, с. 99; 11, с. 272). З цим погоджуються навіть ті, хто не поділяє думку, висловлену Судом у справі 26/62 Van Gend en Loos v Administratie der Belastingen (2, 1963, р. 3), що Співтовариство є "новим правопорядком у міжнародному праві". На наш погляд дуалістичний характер права ЄС істотно впливає на питання про правову природу рішень Суду.

² Із набуттям чинності Амстердамською угодою прецедентне право Суду ЄС отримає непряме підтвердження свого існування (але неправового значення): у декларації № 14, яка не має обов'язкової юридичної сили, є посилання на прецедентне право Суду.

³ Правило обов'язкового прецеденту (stare decisis) полягає в тому, що суд повинен слідувати своїм попереднім рішенням, а також рішенням судів такого ж чи вищого рівня. Про наявність прецедентного права свідчать обов'язок суду застосовувати рішення, яке було раніше постановлене у справі з аналогічним фактичним складом, а також недопустимість, за загальним правилом, відхилень судів від власних рішень (7, р. 58, 59).

⁴ Тут і надалі, якщо не зазначено інше, маються на увазі статті Договору про утворення ЄС.

⁵ Це ж викликає стримане ставлення Суду до доктрини *acte clair* (зрозуміла норма, щодо змісту якої немає обґрунтованих сумнівів, не вимагає тлумачення) (Lasok, р. 148, 319). Саме на цій підставі генеральний адвокат у справі 1/64 *Glucoseries Réunies v Commission* заперечував наявність правила прецеденту щодо рішень Суду (2, 1964, р. 413).

⁶ Загальні принципи права ЄС є неписаним правом, створеним Судом (12, с. 100; 11, с. 282).

⁷ М. Ентін характеризує норми первинного права як "вищі норми, що мають загальне верховенство та переважаючу силу" (13, с. 33).

¹ В труде Л.Оппенгейма "Международное право", дополненного и изданного Лаутерпахтом, (сказано следующее: "Общепризнанным является положение, гласящее, что государство в силу присущего) ему личного и территориального верховенства имеет право обращаться со своими гражданами по собственному усмотрению"(8, с.285).